

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Tiiu Pirbe

HANKELEPINGU MUUTMISE LUBATAVUSE EELDUSED

Magistritöö

Juhendaja
PhD Carri Ginter

Tallinn
2019

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
I PEATÜKK – HANKELEPINGU MUUTMISE REGULATSIOON RIIGIHANKEÕIGUSES NING RIIGIHANKEÕIGUSE PÕHIMÕTTED	8
1.1. Hankelepingu muutmise regulatsiooni areng.....	8
1.2. Läbipaistvuskohustus riigihankeõiguses.....	15
1.3. Võrdse kohtlemise põhimõte riigihankeõiguses	18
1.4. Proportsionaalsuse põhimõte riigihankeõiguses	21
1.5. Vahekokkuvõte (peatükk I).....	25
II PEATÜKK – LUBATAVAD HANKELEPINGU MUUDATUSED	26
2.1. Hankelepingu muutmine hankelepingus sätestatud alustel.....	26
2.2. Hankelepingu muutmine ettenägematust asjaolust tingituna.....	33
2.2.1. Hankijapoolse ettenähtavuse ulatus.....	34
2.2.2. Hankijalt eeldatav hoolsuskohustuse määr.....	39
2.3. Samalt pakkujalt täiendavate tööde tellimine	41
2.4. Vahekokkuvõte (peatükk II)	46
III PEATÜKK - HANKELEPINGU MUUTMIST VÄLISTAVAD ASJAOLUD	48
3.1. Hankelepingu üldine olemus ning selle muutmine	48
3.2. Olulise muudatuse keeld riigihankeõiguses	53
3.3. Riigihanke alusdokumentidega välistatud muudatused	61
3.4. Vahekokkuvõte (peatükk III)	65
KOKKUVÕTE	67
Summary.....	72
KASUTATUD ALLIKAD	79
Kasutatud kirjandus	79
Kasutatud õigusaktid	81
Kasutatud kohtupraktika.....	83
Kasutatud muud allikad	86
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks	88

SISSEJUHATUS

Tsiviilõiguslike suhete puhul räägitakse tavapäraselt lepinguvabaduse põhimõttest, mis on sätestatud võlaõigusseaduse¹ (edaspidi tekstis VÕS) § 1 lg-s 1. Lepinguvabadus omakorda tähendab seda, et pooltel on õigus lepingulist suhet kujundada ning see hõlmab endas õigust lepingut muuta.² Kuigi tsiviilõiguslikes suhetes on lepinguvabadusest lähtuvalt pooltel õigus lepingut muuta, on see riigihangete puhul piiratud. Lepinguvabadust piiratakse põhjusel, et tagada hankija tegevuse läbipaistvus ning välistada mistahes võimalus isikute diskrimineerimiseks.³

Kuigi riigihangete puhul on hankelepingu muutmise piiratum, võib ka riigihankemenetluse tulemusel sõlmitava lepingu täitmise käigus tekkida olukordi, kus ilmneb vajadus hankelepingu muutmise järele. Hankelepingu muutmist tingivad mitmesugused tegurid. Keerukamate lepingute puhul on näiteks üheks muutmist tingivaks asjaoluks olukord, kus hankija ei ole suutnud hankemenetluse ajal oma nõudeid piisavalt täpselt ja detailselt kirja panna või on teinud seda puudulikult. Samuti võib muutmise vajaduse tingida asjaolu, kus muutuvad tööde aluseks olevad nõuded ning seetõttu ei ole võimalik enam esialgsetel tingimustel lepingut täita. Nõuete muutmisega seotud probleem kerkib esile eriti pikaajalistes lepingutes.⁴ Eeltoodut ilmestab näiteks olukord, kus liiklejate ohutuse tagamiseks kehtestas Maanteeamet karmimad nõuded talvise hoolduse tegemiseks. See viis olukorrani, kus oli vaja muuta juba varem sõlmitud hankelepinguid ning see omakorda osutus problemaatiliseks.⁵

Tagamaks hankijatele võimalus hankelepingut muuta, on Euroopa Liidu (edaspidi tekstis EL) tasandil nähtud ette 2014. aastal jõustunud riigihankedirektiividega⁶ regulatsioon hankelepingute muutmiseks. Riigihankemenetlusi puudutava regulatsiooni ühtlustamise

¹ Võlaõigusseadus. - RT I, 31.12.2016, 7.

² M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. – Juridica IV/2010, lk 249.

³ J. Brodec, V. Janeček. How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime? – Public Procurement Law Review 3/2015, lk 92.

⁴ K. Hartlev, M. W. Liljenbøl. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. – Public Procurement Law Review 2/2013, lk 55.

⁵ H. Mihelson. Maanteeamet tunnistab oma viga.- Postimees 12.02.2016. - <https://www.postimees.ee/3581035/maanteeamet-tunnistab-viga> (23.01.2019).

⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta.- ELT L 94, 28.03.2014 (edaspidi tekstis kontsessioonidirektiiv); Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014 (edaspidi tekstis klassikaline direktiiv); Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ.- ELT L 94, 28.03.2014 (edaspidi tekstis võrgustikudirektiiv).

eesmärgiks EL tasandil on kõrvaldada takistused kaupade ja teenuste vabaks liikumiseks ning tagada avatud ja aus konkurents.⁷ Seejuures on eesmärk kaitsta nende ettevõtjate huve, kelle põhiline tegevuskoht on ühes liikmesriigis, samas soovivad oma kaupu või teenuseid pakkuda muuhulgas mõnes teises liikmesriigis asuvalle hankijale.⁸ Liikmesriigid peavad oma hankereegleid kehtestades ja direktiivide nõudeid üle võttes arvestama asjaoluga, et kehtestatud reeglistik tagaks direktiivide eesmärgi täitmise ja ei avaldaks sellele vastupidist mõju.⁹

Riigihankedirektiivides toodud võimalused suurendavad poolte vabadust lepingut muuta.¹⁰ Eesti õigusesse on need üle võetud riigihangete seadusega (edaspidi tekstis RHS).¹¹ Riigihankedirektiivides ning RHS regulatsioonis toodud hankelepingu muutmist käsitlevad sätted sisaldavad mõisteid, mille sisu pole avatud. Samuti pole keelatud muudatuste loetelu puhul tegu ammendava loeteluga ning lubamatuks hankelepingu muudatuseks võib klassifitseeruda muuhulgas ka mõni teistsugune seal nimetatud olukord.¹²

Arvestades eeltoodut on käesoleva magistritöö eesmärgiks uurida hankelepingu muutmise lubatavuse eeldusi ning analüüsida, kas lisandunud regulatsiooni alusel on hankelepingute muutmine võrreldes varasema regulatsiooniga muutunud efektiivsemaks.

Eesmärgist lähtuvalt on püstitatud hüpotees: väidan, et riigihankedirektiiviga kehtestatud regulatsioon ei taga hankijatele varasemaga võrreldes paindlikumaid ja tõhusamaid hankelepingu muutmise võimalusi.

Töö on jaotatud kolmeks peatükiks. Esimene peatükk loob eeldused mõistmaks, miks hankelepingu muutmine on piiratum, kui seda võrrelda mistahes muu tsiviilõigusliku suhte tulemusel sõlmitava lepinguga. Peatükis käsitletakse hankelepingu muutmise regulatsiooni sätestamise vajadust riigihankeõiguses. Lisaks selgitatakse, milliseid võimalusi pakuvad hankelepingu muutmiseks 2014. aastal vastu võetud riigihankedirektiivid. Samuti avatakse riigihanke üldpõhimõtteid, keskendudes läbipaistvuse tagamise kohustusele, pakujate võrdse

⁷ EKo 13.12.2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk jt vs GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, p 38.

⁸ Samas, p 39.

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

¹⁰ M. A. Simovart. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. - *Juridica I/2016*, lk 59.

¹¹ Riigihangete seadus. - RT I, 13.03.2019, 145.

¹² Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde, lk 108. - <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a> (02.01.2019).

kohtlemise kohustusele ning proportsionaalsuse põhimõttele. Eeltoodud põhimõtete alusel analüüsitakse, milliste piirangutega tuleb arvestada hankelepingu muutmise lubatavuse või mittelubatavuse üle otsustamisel. Tehtud järeldusi kasutatakse töö teises ja kolmandas peatükis.

Teises peatükis analüüsitakse hankelepingu muutmise lubatavuse eeldusi, mis on sätestatud klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a - c¹³. Antud regulatsioon on Eesti õigusesse üle võetud RHS § 123 lg 1 p-ga 2 - 4.¹⁴ Mahu piiratuse tõttu ei ole teises peatükis keskendunud klassikalise direktiivi artikli 72 lg 1 p d - e ning artikli 72 lg-s 2 toodud hankelepingu muutmise võimalusele. Seda põhjusel, et ühelt poolt on nende rakendamine praktikas selgem ning teiselt poolt on antud sätteid piisavalt käsitletud varasemates samalaadsetes teadustöodes teiste autorite¹⁵ poolt. Samuti analüüsitakse teises peatükis, milliseid muutmisklausleid saab pidada selgeteks, täpseteks ning ühemõttelisteks. Otsitakse vastust küsimusele, milline on hankijalt eeldatav hoolsuskohustuse määr hanke ettevalmistamise etapis. Selgitatakse, millistes olukordades saab väita, et tegu on hoolsale hankijale ettenägematu olukorraga. Lisaks käsitletakse antud peatükis õiguspärast lisatööde tellimist olemasolevalt lepingupartnerilt.

Kolmandas peatükis analüüsitakse hankelepingu muutmist välistavaid asjaolusid. Analüüsitakse küsimust, millal saame rääkida asjaolust, et hankelepingu muudatus on toonud kaasa hankelepingu üldise olemuse muutuse. Lisaks eelpool toodule analüüsitakse selles peatükis hankelepingu olulise muudatuse keeldu. Olulise muudatuse keelu analüüsi juures otsitakse vastust küsimusele, kas olulise muudatuse tegemise keeld prevaleerib nende muudatuste ees, kus olulisest avalikust huvist lähtuvalt on hankijal vajadus hankelepingut muuta. Lõpetuseks käsitletakse asjaolu, kuidas hankija enda tegevus hankemenetluse ettevalmistavas faasis hankelepingut koostades mõjutab selle täitmise käigus hilisemat muudatuste tegemise võimalust ning õiguspärasust.

Töö teema olulisust ja aktuaalsust ilmestab hästi asjaolu, et Riigikontroll viis läbi ehituse valdkonna riigihankelepingute täitmise kontrollimise auditi, mille tulemused avaldati käesoleva aasta jaanuaris.¹⁶ Eelviidatud auditi raames analüüsiti kümnet hankelepingut, mis täideti

¹³ Sama alus on toodud kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p-s a-c ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p-s a-c.

¹⁴ Kõikjal kus tööl viidatakse klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a-c, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p a-c ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p a-c peetakse silmas ka RHS § 123 lg 1 p 2-4.

¹⁵ Vt nt magistritöö: E. Toomjõe. Hankelepingu muutmine ja selle tagajärjed. Tartu Ülikool. Tartu 2016.

¹⁶ Riigikontroll. Ehitushangete lepingute täitmine ja järelevalve. Millised riskid esinevad ehituslepingute täitmisel ja kuidas neid maandada? Tallinn: 2019. - <https://www.riigikontroll.ee/Riigikontrollipublikatsioonid/Auditiaruanded/tabid/206/Audit/2475/language/et-EE/Default.aspx> (27.01.2019).

perioodil 2015-2018 eesmärgiga tuvastada, kas riigihankelepingute täitmine on toimunud kooskõlas riigihankeõigusega ja kas järelevalve hankelepingu täitmise õiguspärasuse üle oli tõhus. Analüüsi käigus tuvastati, et vaid kolm hankijat kümnest olid lepingu täitmisel tegutsenud säästlikult, otstarbekalt ja läbipaistvalt. Leiti, et ehitised ei saa valmis ei kokkulepitud tähtaja jooksul ega esialgse kokkulepitud maksumuse eest.¹⁷ Analüüsidest auditi seisukohti võib eeldada, et vähemalt ehitussektori hankijatel on hankelepingute täitmisel omajagu probleeme, mida nad peavad lahendama ning sageli ei pruugi nad käituda õiguspäraselt. Rahandusministeeriumi poolt koostatud statistikast nähtub, et ehitustööde hanked moodustasid 2017. aastal ligikaudu 46% kõigist aasta jooksul korraldatud hangete rahalisest mahust.¹⁸ Kuna ehitustööde hanked moodustavad rahaliselt pea poole hangetest, on juba eelviidatud auditi alusel selge, et lepingute muutmine on praktikas suur probleem.

Uurimismeetodina on kasutatud süstemaatilist ning analüütilist uurimismeetodit. Eeltoodud meetodeid kasutades analüüsiti töö koostamise käigus erinevaid riigihanke alusdokumente, teaduskirjandust, asjakohaseid õigusakte ja kohtupraktikat.

Töös kasutatud peamised allikad on teadusartiklid, mis on avaldatud väljaannetes *Juridica*, *Public Procurement Law Review*, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* ja riigihankeõiguse direktiivide kommenteeritud väljaanne. Allikatena on kesksel kohal vastav Euroopa Kohtu, Eesti kohtute ning riigihangete vaidlustuskomisjoni praktika ning riigihangete registrist kättesaadavad riigihanke alusdokumendid. Hankelepingu muutmise teematikal on kirjutatud varem teadustöid. Mari Ann Simovart on kirjutanud hankelepingu muutmise teemal doktoritöö¹⁹ ning kuigi töö on kirjutatud varem kehtinud regulatsiooni alusel saab selles esitatud seisukohti osaliselt kasutada tänaseni. Erle Toomjõe²⁰ on kirjutanud ülevaatliku töö hankelepingu muutmise võimalustest ja selle tagajärgedest ning Kaidi Sulg²¹ on kirjutanud ehitustööde hankelepingu muutmise võimalustest. Kristel Kongi²² magistritöö

¹⁷ Riigikontroll (viide 16), lk 1-2.

¹⁸ Rahandusministeerium. Riigihankemaastiku 2017. aasta kokkuvõte. Tallinn: 2018, lk 26. -<https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted> (27.01.2019).

¹⁹ M. A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikooli Kirjastus 2010.

²⁰ Toomjõe (viide 15).

²¹ K. Sulg. Ehituse hankelepingu muutmine uutes riigihankedirektiivides. Magistritöö Tartu Ülikool. Tallinn 2016.

²² K. Kongi. Ehituse hankelepingu tähtaja muutmine uute riigihankedirektiivide valguses. Magistritöö. Tartu Ülikool. Tallinn 2015.

keskendub lepingu tähtaja muutmisele ning Ahto Järvela²³ töö annab ülevaate ettenägematust olukorrast tingitud hankelepingu muutmisest.

Soovin tänada kõiki, kes aitasid kaasa käesoleva magistritöö kirjutamisel. Erilised tänusõnad lähevad juhendaja Carri Ginterile, kelle panustatud aeg, toetavad sõnad ning konstruktiivne kriitika aitasid palju kaasa käesoleva töö valmimisele.

Märksõnad: riigihanked, hankelepingu muutmine, Euroopa Liidu õigus.

²³ A. Järvela. Ettenägematust olukorrast tulenev hankelepingu muutmise õigus riigihangete seaduse eelnõu kohaselt. Magistritöö. Tartu Ülikool. Tartu 2016.

I PEATÜKK – HANKELEPINGU MUUTMISE REGULATSIOON RIIGIHANKEÕIGUSES NING RIIGIHANKEÕIGUSE PÕHIMÕTTED

Riigihanke tulemusel sõlmitud lepingu täitmise käigus tuleb tihti ette olukordi, kus juba sõlmitud hankelepingut soovitakse muuta.²⁴ Kuigi eraõiguslikes suhetes on sõlmitud lepingu muutmise vabadus tavapärane, on see riigihangete puhul piiratum.²⁵ Arvestades eeltoodut, avatakse käesolevas peatükis üldine taust, mõistmaks, milleks üldse on vaja hankelepingu muutmist piirata ning millistest alustest lähtuvalt on õiguspärane juba sõlmitud lepingu muutmine tulenevalt 2014. aastal vastu võetud direktiividest. Analüüsitakse riigihanke üldpõhimõtteid. Analüüsi käigus tuuakse välja, kas üldse ja kui, siis milliseid aspekte seoses riigihankeõiguse põhimõtetega tuleb arvestada hankelepingu muutmise lubatavuse või mittelubatavuse üle otsustamisel. Selles peatükis toodud seisukohti ning järeldusi kasutatakse käesoleva töö teistes peatükkides toodud analüüsis.

1.1. Hankelepingu muutmise regulatsiooni areng

Euroopa Ühenduse²⁶ eksisteerimise esimestel aastatel puudusid riigihangete osas erieeskirjad. Eeskirju polnud seetõttu, et Euroopa Ühenduse algusaastatel ei vaadanud liikmesriigid riigihankeid ühisturu vaatenurgast. Paljud riigid nägid riigihankeid kui üksikute liikmesriikide enda poolt kindlaksmääratavat küsimust. Leiti, et riigihangete näol on tegemist asjaoluga, mida peetakse liikmesriikide autonoomia küsimuseks.²⁷

Esimene riigihankeid puudutav direktiiv võeti vastu 1970. aastal. Direktiivides toodud regulatsiooni üheks eesmärgiks oli luua riigihankelepingute läbipaistvus. Pärast seda võeti vastu esimene avaliku sektori direktiiv, nõukogu direktiiv 71/305/EMÜ. Hiljem lisandus mitmeid muid riigihankeid puudutavaid direktiive.²⁸

Riigihankeid käsitlevate direktiivide osas tuleneb õiguslik alus Euroopa Liidu toimimise (edaspidi tekstis EL toimimise leping) lepingust. Asjakohased EL toimimise lepingu sätted on

²⁴ Hartlev, Liljenbøl (viide 4), p 51.

²⁵ Brodec, Janeček (viide 3), p 92.

²⁶ Euroopa Ühendus on Euroopa Liidu eelkäija. 1992. aastal kirjutati Maastrichtis alla leping, millega loodi Euroopa Liit. Allikas: Üldine teave Euroopa Liidu kohta.- https://europa.eu/european-union/about-eu_et (02.12.2018).

²⁷ M. Steinicke, P. L. Vesterdorf. EU public procurement law : Brussels commentary. München: Beck 2018, lk 1.

²⁸ Samas, lk 1-2.

artikkel 34 (kaupade vaba liikumine), artikkel 45 (töötajate vaba liikumine), artikkel 49 (asutamisvabadus), artikkel 56 (piiriüleste teenuste osutamise vabadus) ja artikkel 63 (kapitali vaba liikumine). Direktiivide esmane eesmärk on tagada liidusisese siseturu toimimine, mille üheks oluliseks aspektiks on kindlustada kõikidele siseturul tegutsevatele ettevõtetele võrdsed võimalused hankemenetluse erinevates etappides.²⁹ Üldistatuna on riigihankeõigust puudutava regulatsiooni eesmärgiks konkurentsi tagamine EL siseturu tingimustes. Konkurentsi tagamine on alati olnud üks EL riigihangete reguleerimise peamisi aluseid ja põhimõtteid.³⁰

Mis puudutab hankelepingu muutmise seotud regulatsiooni, siis pikka aega ei sekkunud EL õigusmaastikul hankelepingu muutmise reguleerimisse³¹ või nagu tabavalt on toonud professor Treumer: „Hankelepingud on Euroopa Liidu liikmesriikide õiguses olnud pikka aega püha lehma staatuses“.³² Samas vajadust sellise regulatsiooni järele ei saa eitada. Nagu analüüsitud ülal, on Eestis hankelepingute muutmine küllaltki levinud. Samamoodi on see praktilistest vajadustest tingituna mujalgi, näiteks Hispaanias.³³

Hankelepingu muutmise seonduvalt toimus EL tasandil oluline muudatus *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* kaasuses³⁴, millega Euroopa Kohus andis esmakordselt üksikasjalikud juhised otsustamiseks, kas hankelepingu muudatust tuleb pidada lubamatuks või mitte.³⁵ Euroopa Kohus leidis, et läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks, tuleb kehtiva riigihankelepingu sätete muutmist pidada uue hankelepingu sõlmimiseks olukorras, kus muudatused erinevad algetest lepingutingimustest ning neist võib järeldada poolte soovi alustada uuesti läbirääkimiste pidamist lepingu oluliste tingimuste osas.³⁶

Hankelepingu muutmise õiguse piiramiseks konkreetsete juhistega on mitmeid põhjuseid. Selleks on nt asjaolu, et lepingu täitmise etapis eksisteerib suur oht ja võimalus moonutada

²⁹ Steinicke, Vesterdorf (viide 27), lk 1-4.

³⁰ A. S. Graellis. Public procurement and the EU competition rules. Oxford and Portland: Hart Publishing Ltd 2011, lk 220.

³¹ Steinicke, Vesterdorf (viide 27), lk 766.

³² 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, lk 371.

³³ X. C. García-Andrade. Past and Present of the Spanish Public Contract Modification Regime. - European Procurement & Public Private Partnership Law Review 10/2015, lk 164.

³⁴ EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria Vabariik*.

³⁵ A. Brown. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. - Public Procurement Law Review 6/2008, lk 8.

³⁶ EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria Vabariik*, p 34.

konkurentsi ning hoida kõrvale võrdse kohtlemise põhimõttest.³⁷ Liiga suur lepingu muutmise vabadus riigihankelepingute puhul soosiks korruptiivsete suhete tekkimist.³⁸ Korruptiivsete suhete võimalikule tekkimisele viitab asjaolu, et ilma detailset regulatsiooni omamata tehakse muudatused väljaspool hankemenetluse konkurentsi tagamist reguleerivaid parameetreid ja neid võib kasutada turgu valitseva ettevõtja ebaõiglaseks eelistamiseks³⁹, mis omakorda ei ole EL õiguse, sh riigihankeõiguse põhimõtetega kooskõlas.

Hetkel kehtivad riigihankedirektiivid võeti vastu 2014. aasta veebruaris ning liikmesriigid pidid need oma siseriiklikusse õigusesse üle võtma hiljemalt 2016. aasta aprilliks.⁴⁰ Uued riigihangete direktiivid jätkavad peamiselt enamiku eelmiste direktiivide põhiprintsiipe ja suundasid.⁴¹ Direktiivis on rõhutatud, et riigihankelepingute sõlmimine liikmesriikide ametiasutuste poolt peab toimuma EL toimimise lepingus sätestatud põhimõtete alusel.⁴² Järgima peab eelkõige kaupade vaba liikumise, asutamisvabaduse ja teenuste osutamise vabaduse põhimõtteid ning nendest tulenevaid põhimõtteid nagu võrdset kohtlemist, mittediskrimineerimist, vastastikust tunnustamist, proportsionaalsust ja läbipaistvust.⁴³ Isikute mittediskrimineerimine on tulenevalt Euroopa Kohtu praktikast võrdse kohtlemise põhimõtte eriline väljendus.⁴⁴

Hankelepingu muutmine selle täitmise käigus võib kahtlemata riivata eelpool toodud põhimõtteid. Seda on rõhutatud samuti õiguskirjanduses, kus on toodud, et lepingu täitmine teistel tingimustel kui pakkumus tehti, on vastuolus ennekõike pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttega.⁴⁵ Pakkujate võrdse kohtlemise, läbipaistvuse ning proportsionaalsuse põhimõtet ning sealt tulenevaid aspekte ja mõju hankelepingu muudatuse lubatavuse üle otsustamisel analüüsitakse käesoleva peatüki järgmistes alapeatükkides.

³⁷ V. Auricchio. The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contract.- Public Procurement Law Review 5/1998, lk 124.

³⁸ Simovart (viide 2), lk 249.

³⁹ K. Smith. A risk worth taking? Practical application of the law on contract modifications in the context of PPP accommodation projects.- Public Procurement Law Review 1/2019, lk 17.

⁴⁰ Klassikalise direktiivi artikkel 90 lg 1, kontsessioonidirektiivi artikkel 51 lg 1; võrgustikudirektiivi artikkel 106 lg 1.

⁴¹ Steinicke, Vesterdorf (viide 27), lk 1-3.

⁴² Klassikalise direktiivi preambula p 1.

⁴³ Samas.

⁴⁴ EKo 8.10.1980, C-810/79, *Überschär vs Bundesversicherungsanstalt für angestellte*, p 16; EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH vs Gemeinde Brixen, Statwerke Brixen AG*, p 48.

⁴⁵ Simovart (viide 10), lk 56.

2014. aastal vastu võetud riigihangete direktiivid näevad ette järgmisi hankelepingu muutmise võimalusi:

- Esialgses hankedokumentatsioonis on ette nähtud selgete, täpsete ning ühemõtteliste tingimustena muudatuse tegemise protseduur;⁴⁶
- Vajadus tellida täiendavaid ning esialgses hankelepingus mittesisalduvaid töid olukorras, kus töövõtja asendamine ei ole majanduslikel või tehnilistel põhjustel võimalik ja lisatööde tellimine uue hankemenetlusega, põhjustab hankijale olulist ebamugavust või topelt kulusid. Seejuures on oluline asjaolu, et klassikalise- ning kontsessioonidirektiivi alusel läbi viidud hangete tulemusel sõlmitud hankelepingute muudatuste maksumuse suurenemine ei tohi ületada 50% esialgses lepingu maksumusest, võrgustikudirektiivist analoogset muudatuse maksumuse protsentuaalset piiramist reguleeritud ei ole;⁴⁷
- Olukorras, kus on täidetud kõik järgnevad tingimused: muudatus on tingitud asjaolust, mida hoolas hankija ei saanud ette näha; muudatusega ei muudeta lepingu üldist olemust. Klassikalise direktiivi ning kontsessioonidirektiivi kohaselt peab olema täidetud eeldus, et mis tahes maksumuse suurenemine ei ületa 50% esialgse lepingu või raamlepingu maksumusest;⁴⁸
- Hankemenetluses pakkumuse esitanud pakkuja asendamine juhul, kui on täidetud üks järgmisest eeldusest: asendatakse esialgne pakkuja kvalifitseerimistingimustele vastava pakkujaga ning selline asendamise võimalus oli hankedokumentatsioonis ette nähtud; esialgne pakkuja asendatakse kvalifitseerimistingimustele vastava pakkujaga tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest;⁴⁹
- Ebaolulisi muudatusi sõltumata muudatuse väärtusest;⁵⁰
- Väikese maksumusega muudatusi (*de minimis* reegel). Klassikalise- ja võrgustikudirektiivi kohaselt peab teenuste ja asjade hankelepingus olema tehtav muudatus väiksem kui 10% algse lepingu maksumusest ja ehitustööde hankelepingute puhul alla 15% algse lepingu maksumusest. Kontsessioonidirektiivi kohaselt väiksem kui 10% algse kontsessiooni

⁴⁶ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p a ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p a.

⁴⁷ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p b, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p b ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p b.

⁴⁸ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p c, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p c ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p c.

⁴⁹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p d, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p d ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p d.

⁵⁰ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p e, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p e ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p e.

maksumusest. Seejuures on oluline, et muudatus ei muudaks hankelepingu või kontsessioonilepingu üldist olemust.⁵¹

Eelpool välja toodud hankelepingu muutmise võimalused ei ole midagi täiesti uut. Riigihankedirektiivides toodud hankelepingu muutmist puudutavad sätted kodifitseerivad suures osas varasemat Euroopa Kohtu praktikat.⁵² Siinjuures olgu märgitud, et direktiivides ette nähtud hankelepingu muutmise võimalused on suhteliselt paindlikud ja tõenäoliselt ulatuslikumad võrreldes Euroopa Kohtu otsustes varem toodud seisukohtadega.⁵³

Hankelepingu muutmise seotud õigusnormide kogumiku saab jaotada nelja rühma järgmises hierarhilises järjekorras: kohustuslikud reeglid riigihangete valdkonnas, st hankelepingu muutmise regulatsioon riigihangete seaduses ning riigihangete üldpõhimõtted; lepinguõiguse kohustuslikud eeskirjad; lepingu asjakohased tingimused ning eraõiguslike õigusaktide subjektiivselt kohaldatavad sätted.⁵⁴ Eelpool toodud hierarhias esimesel kohal olevad riigihankedirektiividega vastu võetud muutmisklauslid omakorda saab liigitada kolme kategooriasse: lubatud muudatused; keelatud muudatused; muudatused, mis ei ole otseselt ei lubatud ega keelatud ning mis nõuavad hankija põhjalikumat kaalutlemist.⁵⁵

Lisaks lubatud muudatuste regulatsioonile näevad riigihankedirektiivid ette loetelu asjaoludest, mille esinemisel loetakse hankelepingu muutmine oluliseks muudatuseks⁵⁶ ehk teisisõnu on toodud nn keelatud muudatuste loetelu. Arvestama peab seejuures asjaoluga, et tegu on näitliku loeteluga.⁵⁷ Olulise muudatuse tegemise keeld tuli 2014. aastal vastu võetud riigihankedirektiividesse Euroopa Kohtu praktikast⁵⁸, mille kohaselt võrdsustati hankelepingu olulised muudatused uue hankelepingu sõlmimisega⁵⁹. Olulise muudatuse tegemise keeld laieneb samuti kontsessioonidele.⁶⁰ Hankelepingu olulise muudatuse tegemist kui ühte muutmist välistavat asjaolu analüüsitakse käesoleva töö viimases peatükis.

⁵¹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 2, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 2 ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 2.

⁵² Härginen, Simovart (viide 9), lk 627.

⁵³ Steinicke, Vesterdorf (viide 27), lk 766.

⁵⁴ Brodec, Janeček (viide 3), lk 95.

⁵⁵ M. A. Simovart. Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules. - Upphandlingsrättslig Tidskrift 1/2015, lk 35.

⁵⁶ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 4 ning võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 4. Eelviidatud keelatud muudatuse sätted on Eesti õigusesse üle võetud RHS § 123 lg-s 2.

⁵⁷ Simovart (viide 10), lk 53.

⁵⁸ Härginen, Simovart (viide 9), lk 632.

⁵⁹ EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria Vabariik*, p 34.

⁶⁰ Härginen, Simovart (viide 9), lk 632.

Vaadates Eesti õigusmaastikul toimuvat, siis hankelepinguid käsitletakse Eestis eraõiguslike lepingutena.⁶¹ See ei tähenda, et hankijal oleks hankelepingu täitmise faasis hankelepingu muutmise osas piiramatud võimalused hankelepingut muuta. Hankija peab hankelepingu muutmise käigus lisaks lepingus toodule arvestama riigihanke üldpõhimõtetega (nt läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise printsiibiga).⁶² Läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõte on riigihankeõiguse üldpõhimõtted, mis vastuolu korral eraõiguslike normidega prevaleerivad eraõiguslike normide ees.⁶³ Riigihanke üldpõhimõtted omavad olulist rolli riigihangete vaidlustuskomisjoni praktika kohaselt lepingutingimuste tõlgendamise etapis. Vaidlustes, kus on vaidluse all olnud riigihankelepingu kooskõla riigihankeõigusega, on riigihangete vaidlustuskomisjon rõhutanud, et hankelepingu tingimused ei saa olla meelevaldsed ja peavad muuhulgas arvestama RHS §-s 3 toodud üldpõhimõtetega.⁶⁴ Lisaks riigihanke üldpõhimõtetele tuleb hankelepingu muutmise üle otsustamisel arvestada RHS §-s 123 sätestatud hankelepingu muutmist reguleerivate sätetega.

Eeltoodule tuginedes saab väita, et RHS sätetest tulenev on erinormiks ning saab kohaldada põhimõtet *lex specialis derogat legi generali*. See omakorda ei tähenda, et eraõiguses kohaldatavaid norme nende lepingute puhul üldse kasutada ei saa. RHS kohaselt kohaldatakse hankelepingutele võlaõigusseaduses ja teistes õigusaktides asjaomase lepinguliigi kohta sätestatud, v.a. osas, milles on RHS-s sätestatud teisiti.⁶⁵

Vaadates riigihankeõiguse regulatsiooni arengut Eestis, on oluline märkida, et hoolimata varem kehtinud riigihankedirektiivides ette nähtud võimalustest⁶⁶ käsitles kuni 2017. aasta augusti lõpuni kehtiv RHS regulatsioon⁶⁷ hankelepingu muutmist kui erandlikku asjaolu.⁶⁸ Varem kehtinud regulatsioon oli oluliselt rangem EL tasandil riigihankedirektiividega ette nähtud võimalustest.⁶⁹ Tänapäevaks on selles toimunud olulised muudatused ja regulatsioon on võrreldes

⁶¹ Simovart (viide 19), lk 42.

⁶² Brodec, Janeček (viide 3), lk 92.

⁶³ Simovart (viide 2), lk 248.

⁶⁴ VaKo otsus vaidlustuses 90-17/185468, p 7.3.

⁶⁵ RHS § 8 lg 2.

⁶⁶ Antud kontekstis peetakse silmas direktiive: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta.- ELT L 134/114, 30.04.2004 (edaspidi tekstis 2004/18/EÜ); Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused.- ELT L 134/1, 30.04.2004.

⁶⁷ Riigihangete seadus.- RT I, 25.10.2016, 20 (edaspidi tekstis vana RHS).

⁶⁸ Simovart (viide 19), lk 141.

⁶⁹ S. Treumer. M. Comba. Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States. Northampton: Edward Elgar Publishing 2018, lk 55.

varasemaga muutunud paindlikumaks. Direktiivide ülevõtmine on võrreldes varasemaga suurendanud hankelepingu muutmise vabadust.⁷⁰

2017. aasta septembrist kehtima hakanud RHS §-ga 123 võeti üle Eesti õigusesse riigihankedirektiivides ette nähtud muutmist puudutavad sätted. Sätete ülevõtmise osas võib tähendada võrreldes direktiivis sätestatuga teatud erisusi seadusandja tahtes. Näiteks RHS eelnõu seletuskirjas on selgitatud RHS § 123 lg 1 p 4 kohase muudatuse osas, et lubatud on nii hankijale eelnevalt ette nähtavad ja riigihanke alusdokumentides sõnastatud muudatused kui ka hankijale eelnevalt ettenägematud muudatused. Viimasel juhul on sätestatud lisatingimus, et kõikide muudatuste väärtus kokku ei tohi ületada 50% hankelepingu algsest maksumusest.⁷¹ Siit võiks ekslikult aru saada, et RHS § 123 lg 1 p 4 tuleks mõista selliselt, et muudatuste koguväärtus kokku ei tohi ületada 50% esialgsest lepingu maksumusest. Siinjuures tuleb arvestada asjaoluga, et riigihankedirektiivide kohaselt seevastu sellist piirangut seatud ei ole⁷² ning vaidluse korral ei ole siseriiklikul kohtul võimalik kasutada RHS seletuskirjas toodud seisukohta. Seda põhjusel, et siseriiklik õigus oleks sel juhul vastuolus direktiivis sätestatuga. Siseriikliku regulatsiooni vastuolu korral direktiivis tooduga tuleb vaidluse korral kohtul arvestada, et direktiividest tulenev hankeõigus prevaleerib siseriiklike normide ees.⁷³ Eeltoodut on varem korduvalt kinnitanud Euroopa Kohus, rõhutades, et siseriikliku õiguse kohaldamisel peab kohus riigisisest õigust tõlgendama nii palju kui võimalik, pidades silmas direktiivi sõnastust ja eesmärki.⁷⁴

Riigihankedirektiivid ning neid üle võttev RHS regulatsioon annab rohkem võimalusi sõlmitud hankelepingu muutmiseks. See, et riigihankeõiguse regulatsioon sisaldab varasemaga võrreldes rohkem aluseid hankelepingu muutmiseks, ei anna alust väita, et hankelepingu muutmine on muutunud oluliselt tõhusamaks või paindlikumaks. Küsimusega, kas lisandunud regulatsioon tagab hankijatele paindliku ja tõhusa võimaluse juba sõlmitud hankelepingu muutmiseks, tegeletakse käesoleva töö teises ning kolmandas peatükis, milles analüüsitakse detailsemalt lisandunud regulatsiooni sisu.

⁷⁰ Simovart (viide 10), lk 59.

⁷¹ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 12), lk 108.

⁷² Vt nt klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p c.

⁷³ Simovart (viide 19), lk 40-42.

⁷⁴ EKo 04.03.1999, C-258/97, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) vs Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft*, p 25.

1.2. Läbipaistvuskohustus riigihankeõiguses

Läbipaistvuse põhimõte on üks olulisemaid riigihangete direktiivide põhimõtteid.⁷⁵ Läbipaistvuse põhimõtte esimene selgesõnaline määratlus sisaldus riigihankeid reguleerivas direktiivis 2004/18, mis on käesoleval hetkel kehtiva klassikalise direktiivi eelkäijaks. See omakorda ei tähenda, et enne eelviidatud direktiive seda põhimõtet ei eksisteerinud. Veelgi enam - juba enne seda oli läbipaistvuse põhimõtte roll riigihangete puhul kesksel kohal.⁷⁶

Läbipaistvuse põhimõtte üheks eesmärgiks on tagada, et riigihanked oleksid liikmesriikidele avatud ning igasugune potentsiaalne diskrimineerimise oht elimineeritud.⁷⁷ Lisaks avatusele, mis tagab konkurentsi säilitamise, on läbipaistvuse põhimõttel konkurentsi edendav roll.⁷⁸ Läbipaistvuse põhimõtte roll riigihankeõiguses on ühelt poolt olla nii autonoomne põhimõte ning teiselt poolt olla põhimõte, mille eesmärk on toetada võrdse kohtlemise põhimõtte kohaldamist. Läbipaistvuse tagamise võimaldab tagada võrdse kohtlemise põhimõtte ja mittediskrimineerimise põhimõtte järgimise.⁷⁹ Seda põhimõtet nähakse kui avatuse ja avalikustamise tagamise protsessi hankemenetluse eri etappides, et võimaldada osalejatel ja järelevalveasutustel jälgida hankija tegevust, veendumaks selles, et ta viib eri protsesse läbi õiglaselt ja õigesti.⁸⁰ Läbipaistvuskohustuse järgimise kaudu tagatakse avalik-õiguslike asutuste vastutus.⁸¹

Läbipaistvuse põhimõtet saab kõige olulisemate tunnuste alusel jagada kahte gruppi. Esimese grupi moodustavad representatiivsed tunnused, kuhu kuuluvad teabe pakkumine; riiklike asutuste legitiimsus ning valitsemise avatuse demonstreerimine; riigiasutuste ja avalikkuse vaheliste suhete tugevdamine. Teise grupi moodustavad kontrolltunnused, kuhu kuuluvad võimalus jälgida kõikide valitsusasutuste tegevust; selgus üksikute institutsioonide õiguste ja kohustuste osas; see, et avalikkusel võimaldatakse osaleda riigi organite otsuste tegemisel; korruptsioonivastased vahendid.⁸² Sue Arrowsmith on läbipaistvuse põhimõtte kirjeldamisel märkinud, et antud põhimõte hõlmab nelja aspekti: avalikustada info lepingute osas;

⁷⁵ C. Bovis. The law of EU public procurement. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press 2015, lk 221.

⁷⁶ Steinicke, Vesterdorf. (viide 27), lk 319.

⁷⁷ Bovis (viide 75), lk 221.

⁷⁸ C. E. de Quesadap. Competition and transparency in public procurement markets.- Public Procurement Law Review 5/2014, lk 240.

⁷⁹ Steinicke, Vesterdorf (viide 27), lk 319.

⁸⁰ I. Georgieva. Using Transparency Against Corruption in Public Procurement: a comparative analysis of the transparency rules and their failure to combat corruption. Oxford: Springer 2017, lk 7.

⁸¹ Quesadap (viide 78), lk 240.

⁸² Georgieva (viide 80), lk 13.

avalikustada kõikide protseduuride reeglid; tagada reeglitel põhinev otsustamise protsess, mis omakorda seab piire hankija diskretsioonile; võimalus kontrolliks ning täideviimiseks.⁸³

Läbipaistvuskohustuse järgimine peaks välistama mistahes ohu hankija poolt teatud pakkujate või teatud pakkumuste eelistamiseks või nende suhtes omavolilise käitumise osas.⁸⁴ Läbipaistvuskohustuse rikkumisega võidakse, vähemalt potentsiaalselt, diskrimineerida muude liikmesriikide ettevõtjaid⁸⁵ ning mistahes diskrimineerimine peaks olema juba eos elimineeritud tulenevalt EL lepingu ja EL toimimise lepingu konsolideeritud versiooni⁸⁶ artiklist 2. Läbipaistvuse põhimõtet ja võrdse kohtlemise põhimõtet rakendatakse teenuste vaba liikumise, avatud ja ausa konkurentsi tagamise eesmärgil kõikides liikmesriikides⁸⁷ ehk selle põhimõtte eesmärk laiemalt on siseturu tingimustes piirideta kaubanduse eksisteerimine ilma võimalike konkurentsi moonutusteta.

Läbipaistvuse põhimõte peaks välistama hankija poolse isiklikest huvidest lähtuva kallutatud tegevuse. See omakorda tähendab seda, et kõik hankija poolt seatavad tingimused ja pakkumusmenetluse eeskirjad tuleb koostada selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt, et kõik mõistlikult informeeritud pakkujad, kes kasutavad oma tavalist hoolsust, saavad mõista nende tingimuste ning nõuete täpset tähendust, sh võimaldamaks nende samamoodi tõlgendamist. Samuti peaks tagama see põhimõte hankija suutlikkuse hinnata asjaolu, kas esitatud pakkumised vastavad asjaomase lepingu suhtes kohaldatavatele nõuetele.⁸⁸

Pakkujalt oodatava hoolsuskohustuse määr läbipaistvuse kohustuse hindamise kontekstis võib seevastu olla väga erinev ja seda tuleb hinnata kaasuspõhiselt. Seejuures tuleb arvestada, et erinevatel kutsealadel võib hoolsuskohustuse määr mõneti erineda, kuna kutsealade lõikes on see erinev. Seda, milline on nõutud määr, peavad kutsealal tegutsevad isikud ise teadma ja hindama.⁸⁹

⁸³ S. Arrowsmith. *The law of public and utilities procurement*. London: Sweet & Maxwell 2005, lk 430.

⁸⁴ EKo 13.07.2017, C-76/16, *Ingsteel spol. s r. o. / Metrostav a.s. versus Úrad pre verejné obstarávanie*, p 34.

⁸⁵ EKo 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG vs Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, p 35.

⁸⁶ Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid.- ELT C 115/01, 09.05.2008.

⁸⁷ EKo 29.03.2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s ja teised vs Úrad pre verejné obstarávanie*, p 25.

⁸⁸ EKo 29.04.2004, C-496/99, *Commission of the European Communities vs GAS Succhi di Frutta SpA*, p 111.

⁸⁹ Kohtujuristi Michal Bobek 24.11.2016 ettepanek kohtuasjas C-387/14, *Esaprojekt Sp. z o.o. vs Województwo Łódzkie*, p 83.

Vaadates Eesti riigihangete alaste vaidluste praktikat hoolsuskohustuse määra sisustamise osas, siis vaidlustuskomisjon on pidanud lahendama kaasust, kus hoolsuskohustuse määra küsimus tõusetus tänavate hooldustööde tellimise hankes.⁹⁰ Selles kaasuses oli küsimus, kas pakkuja hoolsuskohustusest lähtuvalt tuleb tal realselt üle mõõta hankija poolt tööde mahuna ette antud tänavate pikkused. Vaidlustuskomisjon leidis, et pakkuja mõistliku hoolsuskohustuse hulka ei kuulu hoolduspiirkonna teede ja tänavate üle mõõtmise pakkumuse koostamiseks.⁹¹ Siit saab teha üldistuse, et hankija peab tööde mahu ise hanke alusdokumentides ette nägema ja tavapäraselt hoolsust rakendav pakkuja ei pea esitatud andmete õigsuses kahtlema. Eeltoodud seisukohta toetab Tallinna Ringkonnakohtus arutusel olnud kaasus, kus selgus, et hankija poolt esitatud põhiprojekti andmed ei vastanud tõe, ning tõusetus vaidlus, kas professionaalne töövõtja pidi seda ette nägema või mitte.⁹² Tallinna Ringkonnakohtus leidis, et professionaalne töövõtja järgides oma tavapäraselt hoolsuskohustust ei pea eeldama, et töövõtjale antud andmed osutuvad valeks või puudulikuks.⁹³

Oluline on rõhutada, et läbipaistvuse tagamise põhimõtte, nagu mistahes muu riigihankeõiguse üldpõhimõtte, järgimise kohustus ei lakka hankija jaoks hankelepingu sõlmimisega. Kuigi riigihankemenetlus lõpeb RHS § 73 lg 3 p-i 1 kohaselt hankelepingu sõlmimisega, tuleb lähtuvalt Euroopa Kohtu seisukohtadest järgida hankemenetluse üldpõhimõtteid riigihanke kõikides etappides.⁹⁴ Riigihankeõigus omab tähendust läbivalt kogu protsessis, st alustades lepingu eelsetest suhetest kuni lepingu täitmiseni välja.⁹⁵ Hankelepingu täitmise etapis tuleb lepingu muutmise üle otsustamisel olla ääretult hoolas, kuna oht rikkuda seeläbi läbipaistvuse ning võrdse kohtlemise põhimõtet on üpris suur ning selle hindamisel ei tohiks kõrvale jätta muudatuse tegemise aega, kuna see võib omada määravat tähtsust selle üle otsustamisel, kas eelviidatud põhimõtteid on rikutud.⁹⁶

⁹⁰ VaKo otsus vaidlustuses 222-16/178021.

⁹¹ Samas, p 5.2.

⁹² RKTko 19.12.2017,2-15-15662 , p 18.

⁹³ Samas.

⁹⁴ EKo 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau AG vs Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH*, p 93.

⁹⁵ Simovart (viide 19), lk 26.

⁹⁶ P. Bogdanowicz. The Application of the principle of Proportionality to Modification of Public Contract. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2/2016, lk 202-203.

1.3. Võrdse kohtlemise põhimõtte riigihankeõiguses

Lisaks läbipaistuse kohustuse tagamisele tuleb tagada isikute võrdne kohtlemine.⁹⁷ Võrdse kohtlemise põhimõtte hõlmab sageli läbipaistvuse põhimõtte peamisi elemente.⁹⁸ Üldistatuna on võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõtte osaliselt omavahel läbi põimunud. Euroopa Kohus on korduvalt rõhutanud, et läbipaistvuse põhimõtte võimaldab kontrollida võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist⁹⁹ ning aitab avastada selle põhimõtte rikkumisi¹⁰⁰.

Võrdse kohtlemise põhimõtte hõlmab endas seda, et pakkujad saavad riigihanke eseme ning sõlmitava lepingu ja sellega seotud tingimuste kohta võrdse ja piisava teabe¹⁰¹, ning olukorras, kus ühele hankemenetluses osalenud isikule jagatakse näiteks rohkem teavet või teistsuguse sisuga teavet, siis sellised olukorrad võivad endast kujutada võrdse kohtlemise rikkumist¹⁰².

Võrdse kohtlemise põhimõtte näol on tegu põhimõttega, mis peab tagama terve ja tõhusa konkurentsiolekorra. Pakkujatele tuleb anda võrdsed võimalused, mis tähendab muuhulgas seda, et kõikide konkurentide pakkumine peab põhinema samadel tingimustel.¹⁰³ Võrdse kohtlemise põhimõtte peaks tagama pakkujatele kindluse, et kõik kehtestatud tingimused kehtivad ühtviisi kõikidele konkurentidele.¹⁰⁴ Samuti peaks võrdse kohtlemise põhimõtte tagama, et isikuid koheldakse sarnastes olukordades ühtemoodi.¹⁰⁵

See omakorda ei tähenda, et võrdse kohtlemise põhimõtte välistab mistahes erineva kohtlemise. Erinev kohtlemine võib olla õigustatud, kui see põhineb objektiivsel ja mõistlikul kriteeriumil, st kui see on kooskõlas asjassepuutuvate õigusnormide legitiimse eesmärgiga ning kui selline erinevus on proportsionaalne taotletud eesmärgi suhtes.¹⁰⁶ Erinev kohtlemine on teatud juhtudel lubatud siis, kui selline kohtlemine on objektiivselt põhjendatud¹⁰⁷ või kui see on õigustatud

⁹⁷ Klassikalise direktiivi artikkel 18 lg 1, kontsessioonidirektiivi artikkel 3 lg 1, võrgustikudirektiiv artikkel 35 lg 1. Eelviidatud säte on Eesti õigusesse üle võetud RHS § 3 p-s 2.

⁹⁸ Georgieva (viide 80), lk 6.

⁹⁹ EKo 18.06.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs- GmbH (HI) vs Stadt Wien*, p 45; EKo 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau AG vs Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH*, p 91.

¹⁰⁰ S. d. Mars. The limits of general principles: a procurement case study. - *European Law Review* 38/2013, lk 318.

¹⁰¹ Georgieva (viide 80), lk 6.

¹⁰² Steinicke, Vesterdorf. (viide 27), lk 319.

¹⁰³ EKo 29.04.2004, C-496/99, *Commission of the European Communities vs GAS Succhi di Frutta SpA*, p 110.

¹⁰⁴ EKo 14.12.2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services BV vs Staat der Nederlanden*, p 39.

¹⁰⁵ EKo 14.12.2004, C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG vs Landrat des Kreises Herford*, p 68 ja seal viidatud kohtupraktika.

¹⁰⁶ EKo 16.12.2008, C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine jt vs Premier ministre*, p 47.

¹⁰⁷ Samas, p 23.

EL toimimise lepingus toodud alusvabaduste kohaldamise eranditega¹⁰⁸. Objektivselt põhjendatud olukordadena on praktikas aktsepteeritud keskkonnakaitse või muu nn nõrgema poole kaitse eesmärgist lähtuvaid olukordi.¹⁰⁹ RHS seletuskirjas on toodud ühe võimaliku näitena tootlustuskaupade hankimine, kus võib selliseks kriteeriumiks olla kas toiduainete värskusega seotud kriteerium või selle tarneajaga seonduv ning see omakorda loob loomuliku eelise siseriiklikele ettevõtjatele.¹¹⁰

Erinevate olukordade võrreldavuse hindamisel tuleb arvestada kõiki iseloomustavaid asjaolusid. Asjaolude kindlakstegemise järgselt tuleb anda hinnang, arvestades asjakohase siseriikliku või muu õigusakti eset ja eesmärki, milles konkreetne vahetegemine erinevate olukordade vahel on määratud.¹¹¹ Arvesse tuleb võtta selles valdkonnas kehtivaid põhimõtteid ning eeskirju, kuhu see liikmesriigi õigusakt kuulub, mis näeb ette erineva kohtlemise võimaluse.¹¹² Teisisõnu saab siit teha üldistuse, et kui mingi piirangu näeb ette avaliku õiguse valdkonda kuuluv õigusakt, siis tuleb arvestada liikmesriigis kehtivate avaliku õiguse oluliste põhimõtetega.

Hindamaks võrdse kohtlemise järgimist ning seda millised on need sarnases olukorras olevad isikud, tuleb arvestada asjaolu, et võrdse kohtlemise tagamine ei ole oluline mitte üksnes konkreetnes hankemenetluses osalenud pakkujate osas, vaid seda tuleb vaadata avaramalt. Euroopa Kohus on kaasuses *komisjon vs Prantsusmaa* asunud seisukohale, et võrdse kohtlemise põhimõtte kehtib laiemalt, st see ei kehti üksnes kõnealuses hankemenetluses osalenud pakkujate vahel, vaid tuleb arvestada neid potentsiaalseid pakkujaid, kellel oleks olnud muudetud tingimuste korral võimalik hankemenetluses osaleda.¹¹³ Teisisõnu olukorras, kus hankija seadis mingi tingimuse, millest ta hiljem tahab loobuda, tuleks tal leida mh vastus küsimusele, kas antud tingimusest loobumine varem oleks taganud talle rohkem pakkujaid ja kui vastus antud küsimusele on jaatav, tuleb antud olukorda käsitleda võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumisena.

¹⁰⁸ EKo 13.09.2007, C-260/04, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Itaalia Vabariik*, p 24-26.

¹⁰⁹ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu 2006, lk 55.

¹¹⁰ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 12), lk 13.

¹¹¹ Kohtujurist Henrik Saugmandsgaard Øe 04.07.2018 ettepanek kohtuasjas C-220/17, *Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG vs Land Berlin*, p 27.

¹¹² EKo 16.12.2008, C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine jt vs Premier ministre*, p 26.

¹¹³ EKo 05.10.2000, C-16/98, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Prantsusmaa Vabariik*, p 107.

Hankelepingute muutmise kontekstis takistavad võrdse kohtlemise põhimõte ja sellest tulenev läbipaistvuskohustus seda, et pärast riigihankelepingu sõlmimist teevad hankija ja pakkuja selle lepingu tingimustes selliseid muudatusi, mille tingimused on oluliselt erinevad esialgses lepingus esitatutest.¹¹⁴ Lepingu täpsustamise olukorras on hankijal potentsiaalne oht võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumiseks ning eriti selge on see olukorras, kus hankija lepingu täitmise käigus kujundab lepingut nii, et see sobib konkreetsele pakkujale.¹¹⁵ Euroopa Kohtu praktika kohaselt loetakse võrdse kohtlemise ja diskrimineerimiskeelu põhimõttega ning läbipaistvuse tagamise kohustusega vastuolus olevaks selline tegevus, kus hankemenetluses toimivad mistahes läbirääkimised osapoolte vahel.¹¹⁶ Põhimõtteliselt ei tohi esitatud pakkumust pärast selle esitamist muuta ei hankija ega pakkuja algatusel.¹¹⁷

Arvestades eeltoodut saab teha üldistuse, et tulenevalt võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttest pole ei hankija ega töövõtja algatusel võimalik üldjuhul teha selliseid lepingu muudatusi, mille osas sõnaselge alus riigihankeõiguse regulatsioonis puudub. Olukord võib olla teistsugune, kui muudatuse tingib oluline avalik huvi. Olulise avaliku huvi aspekti hankelepingu lubatavuse üle otsustamisel analüüsitakse viimases peatükis.

Võrdse kohtlemise põhimõttest tuleneb hankijale kohustus kinni pidada enda poolt seatud tingimustest. Seda on korduvalt kinnitanud Euroopa Kohus, leides, et hankija peab rangelt kinni pidama enda poolt määratud tingimustest, õigustades seda eelkõige just võrdse kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuskohustuse tagamisega.¹¹⁸ See omakorda tähendab, et võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumised võivad olla sellised lepingutingimuste muutmised, kus algselt hankemenetluse ajal on hankija nõudnud eritingimustele vastavat kindlustust¹¹⁹, mida ei pruugi kõik ettevõtjad kindlustusseltsidelt saada, kuid lepingu täitmise käigus loobub vastavasisulisest nõudest.

¹¹⁴ EKo 07.09.2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S vs Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, p 28.

¹¹⁵ Steinicke, Vesterdorf. (viide 27), lk 319.

¹¹⁶ Repliigi korras olgu märgitud, et üldpõhimõtete läbi tuletatav läbirääkimiste keeld hankemenetluse ajal on kohalduv üksnes nende riigihangete puhul, kus riigihangete seaduse sätetest tulenevalt on läbirääkimised välistatud nt RHS §-des 51 jj toodud avatud menetluse puhul.

¹¹⁷ EKo 14.09.2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni Srl vs Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*, p 35.

¹¹⁸ EKo 29.04.2004, C-496/99, *Commission of the European Communities vs GAS Succhi di Frutta SpA*, p 115; EKo 10.10.2013, C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser vs Manova A/S*, p 40; EKo 06.11.2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA vs CEM Ambiente SpA*, p 42.

¹¹⁹ Analoogne nõue on olnud näiteks riigihankes viitenumbriga 121263, kus hankija nõudis hankelepingu punkti 18.1. kohaselt ca 6 miljoni euro suuruse (selle suhe lepinguliste tööde mahtu on üle 50% teostatud tööde rahalisest mahust) kindlustuskaitsega tsiviilvastutuskindlustust kolmandate isikute suhtes, mille saamine väiksema ja keskmise suurusega ettevõtetele oli kahtlemata probleemne (Allikas autori valduses).

1.4. Proportsionaalsuse põhimõtte riigihankeõiguses

Lisaks eespool käsitletud läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttele tuleb hankijal arvestada proportsionaalsuse põhimõttega.¹²⁰ Proportsionaalsus, mida esimesena selgitati Aristotelese poolt, on tänaseks üle maailma tuntud õiguse üldpõhimõtte ning mitmed autorid usuvad, et see on kõige olulisem EL majandusõiguse üldpõhimõtte.¹²¹ Euroopa Kohus on oma praktikas rõhutanud proportsionaalsuse põhimõtte kui Euroopa ühe aluspõhimõtte olulisust.¹²² Proportsionaalsus on 2014. aastal vastu võetud riigihankedirektiivides viidud sõnaselgelt sisse riigihankemenetluse üldpõhimõtetesse ning see on seotud teiste põhimõtetega.¹²³ See omakorda ei tähenda, et proportsionaalsuse puhul oleks tegu uue aspektiga, millega riigihangetes peab arvestama. Enne 2014. aasta jõustunud direktiive kehtinud direktiivides oli viide proportsionaalsusele toodud selle preambulas. Kuigi see põhimõtte oli muudest üldpõhimõtetest oluliselt vähem nähtav, oli see osa direktiivi õiguslikust taustast. Arvestades asjaolu, et hetkel kehtivates direktiivides on proportsionaalsuse põhimõttele sõnaselgelt viidatud, muutub see põhimõtte riigihankedirektiivide kohaldamisel järjest olulisemaks.¹²⁴

Tulenevalt Euroopa Kohtu seisukohtadest hinnatakse proportsionaalsust peamiselt läbi kohasuse ja vajalikkuse kriteeriumi,¹²⁵ st tuleb hinnata seda, kas kavandatav meede on sobiv ega lähe kaugemale sellest, mis on nende eesmärkide saavutamiseks vajalik¹²⁶, ning teatud kaasustes, kuid mitte kõigis, kasutatakse kolmandat komponenti, milleks on mõõdukus ehk proportsionaalsus kitsamas tähenduses¹²⁷. Proportsionaalsuse hindamisel tuleb arvestada, et olukorras, kus on võimalik valida mitme sobiva meetme vahel, tuleb rakendada kõige vähem piiravat meetet, ning tekitatud piirangud peavad olema vastavuses seatud eesmärkidega.¹²⁸ Läbi kohasuse ja vajalikkuse hinnatav proportsionaalsus on tuttav samuti Eesti õigusest, kus tulenevalt 2002. aasta Riigikohtu praktikast hinnatakse Eesti Vabariigi põhiseaduse¹²⁹ § 11

¹²⁰ Klassikalise direktiivi artikkel 18 lg 1, kontsessioonidirektiivi artikkel 3 lg 1, võrgustikudirektiiv artikkel 35 lg 1. Eelviidatud sätted on Eesti õigusesse üle võetud RHS § 3 p-s 1.

¹²¹ Bogdanowicz (viide 96), lk 194.

¹²² EKo, 16.12.2008, C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, p 48.

¹²³ Georgieva (viide 80), lk 7.

¹²⁴ Steinicke, Vesterdorf (viide 27), lk 326.

¹²⁵ VaKo otsus vaidlustuses 263-18/202671, p 7.2.

¹²⁶ EKo 07.02.2018, C-643/16, *American Express Company vs The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury*, p 84

¹²⁷ M. Triipan. Proportsionaalsuse põhimõtte Euroopa Liidu õiguses.- *Juridica* III/2006, lk 154.

¹²⁸ EKo 04.05.2016, C-358/14, *Poola Vabariik vs Euroopa Parlament, Euroopa Liidu nõukogu*, p 78 ja seal viidatud kohtupraktika.

¹²⁹ Eesti Vabariigi põhiseadus.- RT I, 15.05.2015, 2.

kohast proportsionaalsust läbi kolmeastmelise testi, mille raames hinnatakse kavandatava abinõu sobivust, vajalikkust ning mõõdukust.¹³⁰

Proportsionaalsuse kolme astmelise testi tehes, kui Eesti kohus hindab nt haldusorgani tegevuse proportsionaalsust, läbitakse alati eelpool kirjeldatud kolme elemendi hindamine.¹³¹ Samas Euroopa Liidu õigust, sh riigihankeõigust silmas pidades on proportsionaalsust hinnatud mitmeti. Mõnikord kehtib see tervikuna, st hindamisel on kaasatud selle põhimõtte kõiki kolme komponenti, ja mõnikord kohaldab Euroopa Kohus neid kriteeriume hindamisel osaliselt, st hinnatakse üksnes neid, mis on konkreetse juhtumi puhul asjakohased.¹³²

Seoses riigihankeõigusega on Euroopa Kohus pidanud peamiselt tegelema proportsionaalsuse hindamisega hankemenetluse enda läbiviimise aspektist, st olukordades, kus on hankemenetluses osalejatele seatud nt hankemenetluses osalemise tingimused.¹³³ Seetõttu mängib pakkujate välja valimise protsessis proportsionaalsuse põhimõtte olulist rolli. Asjaolu miks praktikas enamik kaasusi selle hindamise osas on seotud parima pakkujate välja valimise protsessiga, on arvatavasti tingitud sellest, et erinevalt lepingu sõlmimise protsessist on pakkuja välja valimise protsessil selge eesmärk leida hankemenetluses osalevad ettevõtted, kes vastavad eeldatavale pädevusele.¹³⁴

Eeltoodu omakord ei tähenda, et proportsionaalsus hankelepingu täitmise käigus ning kavandatavate muudatuste üle otsustamisel mingit rolli ei mängi. Kahtlemata tuleb proportsionaalsuse põhimõttega arvestada hankelepingu täitmise käigus. Hankelepingus tehtava muudatuse lubatavuse üle otsustamise juures on oluline arvestada asjaoluga, et olukorras, kus hankija teeb muudatuse, mis osutub ebaseaduslikuks muudatuseks, ei saa hankija õigustada oma käitumist proportsionaalsuse põhimõttega.¹³⁵

Olukorras, kus hankija peab kaaluma, kas tekkinud olukorras leping üles öelda või lubada hankelepingu muutmist, ei saa kõrvale vaadata ajalisest aspektist. Olemasoleva lepingu lõpetamine ja uue hankemenetluse korraldamine võtab omajagu aega. Ajaline viivitus võib avaldada negatiivset mõju olemasolevale lepingupartnerile. Samuti võib tekkida küsimus

¹³⁰ M. Ernits. PõhiSK § 11/10.- Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm Vlj. 4.vlj. Tallinn: Juura 2017.

¹³¹ Vt nt RKÜKo 3-1-3-10-02, p 30.

¹³² Steinicke, Vesterdorf (viide 27), lk 326.

¹³³ Vt nt EKo 10.07.2014, C-358/12, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici vs Comune di Milano*.

¹³⁴ Steinicke, Vesterdorf, lk 327.

¹³⁵ Bogdanowicz (viide 96), lk 203.

avalikust huvist ning sealt tulenevate argumentidega arvestamisest.¹³⁶ Seda kõike tuleks proportsionaalsuse hindamisel kaaluda, st on vaja leida tasakaal, kus hindamisel kõrvutatakse tagajärgi tellijale ning lepingupartnerile. Ühelt poolt tuleb hinnata tagajärgi olukorras, kus jätkatakse lepingut muutmata kujul, sh tuleb arvestada lepingu lõpetamisega seotud riske. Teiselt poolt tuleb kõrvutada olukorda, kus jätkatakse lepinguga muudetud kujul, siis millised on selle võimalikud tagajärjed konkurentsile. Seejuures tuleb arvestada, et sellisel kaalumisel ei tohi rikkuda muid riigihanke üldpõhimõtteid.¹³⁷ Lisaks peab arvestama riigihankeõiguses toodud hankelepingu muutmise võimalustega.

Hankelepingu muutmise võimalustega seoses on Eesti kohtupraktikas käsitletud kaasust, kus kohus on pidanud hindama hankelepingu hinna muutmise regulatsiooni proportsionaalsust.¹³⁸ Hind seejuures on hanke juures oluline tingimus¹³⁹ ning selle muutmiselega võib arvestades proportsionaalsust esineda hüpoteetiliselt probleeme. Analüüsitud kaasuses oli hankija näinud ette regulatsiooni, kus perioodiliselt korrigeeriti lepingu maksumust selliselt, et arvestati tarbijahinnaindeksit. See regulatsioon vaidlustati huvitatud isiku poolt, kes väitis muuhulgas, et tegu on ebaseproportsionaalse nõudega ja seab ettevõtjatele ebamõistliku äririski. Tartu Ringkonnakohus pidas esmalt vajalikuks rõhutada, et proportsionaalsuse hindamise aspektist peab saama kahjustada isiku subjektiivne õigus ning subjektiivse õiguse puhul ei saa rääkida ettevõtja õigusest nõuda hankelepingusse sätteid, mis reguleeriks tasu muutmist seoses erinevate hinnaindeksitega. Lisaks eespool toodule märkis kohus, et isegi kui see kõrvale jätta, on selliste indeksite rakendamine ning selle läbi hankelepingu maksumuse muutmise näol tegemist proportsionaalse meetmega.¹⁴⁰

Lisaks hinnaindeksite kasutamise regulatsiooni proportsionaalsusele saab tõstatada küsimuse, kas proportsionaalsuse kohustusest saab tuletada hankelepingu sätete, osas nõudeõiguse eesmärgiga nõudmaks hankelepingusse enda jaoks soodsamaid tingimusi. Seda olukorras, kus hankemenetlusest huvitatud isiku hinnangu on hankija poolt koostatud lepingutingimused ebamõistlikud. Praktikas ei ole välistatud kogusumma lepingute (st „*Fixed Price*“ lepingud) kasutamine hankijate poolt ning nende lepingute eripära on asjaolu, et valdav osa riske on

¹³⁶ R. D. Olivera. Modification of Public Contracts: Transposition and Interpretation of the new EU Directives . – European Procurement & Public Private Partnership Law Review 1/2015, lk 36.

¹³⁷ Bogdanowicz (viide 96), lk 201.

¹³⁸ TrtRnKo 23.08.2018, 3-18-1031.

¹³⁹ EKO 19.04.2018, C-152/17, *Conorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA vs Rete Ferroviaria Italiana SpA*, p 30.

¹⁴⁰ TrtRnKo 23.08.2018, 3-18-1031, p 9-10.

lepingupartneril.¹⁴¹ Sellised lepingud sisaldavad hankemenetluses osalejate jaoks teataval määral äririski, mille suurus sõltub hankedokumentide ettevalmistamise kvaliteedist.

Tartu Halduskohus on eelviidatud küsimusele vastamisel leidnud, et kirjeldatud olukorras pakkujal selline nõudeõigus puudub. Äritegevusega kaasneb kahtlemata äririsk ning ebasobivad lepingutingimused, sh võimatus lepingu hinda lepinguperioodil korrigeerida kahtlemata suurendab seda. See omakorda ei tähenda, et proportsionaalsuse põhimõttele tuginedes saaks pakkujad nõuda oma äririski minimeerimiseks endale meelepäraseid hankelepingu tingimusi.¹⁴² Halduskohus on eelviidatud järeldust põhjendanud lisaks äririskile asjaoluga, et proportsionaalsuse põhimõtet kasutatakse hangetes eeskätt juhtumitel, kus piiratakse pakkujate hankemenetlusel osalemise võimalust.¹⁴³ Sellest võib teha eksitava järelduse, et muudel juhtumitel justkui proportsionaalsuse põhimõttega arvestama ei pea. Tegelikuses see nii ei ole. Eespool sai juba selgitatud, et üldpõhimõtete mõju ei lakka hankelepingu sõlmimisega ning seega ei lakka proportsionaalsuse järgimise kohustus hankija jaoks hankelepingu sõlmimisega.

Proportsionaalsuse tagamise kohaldamise või mittekohaldamise teema võib tõusetuda olukordades, kus erinevad üldpõhimõtted on omavahel vastuolus. Kuigi üldpõhimõtete kohaldamisel tuleks neid kohaldada vastastikuselt mõjus üht või teist esiplaanile seadmata¹⁴⁴, leiab seisukohti, kus võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtet on eelistatud proportsionaalsuse põhimõttele¹⁴⁵. See, et ühte või teist üldpõhimõtet on proportsionaalsusele teinekord eelistatud, ei muuda kuidagi kohustust sellega oma tegevuses arvestada.

¹⁴¹ Kogusummaleping on näiteks International Federation of Consulting Engineers poolt välja töötatud „Töövõtulepingu tingimused seadmestamiseks ja projekteerimiseks-ehitamiseks“ (nn „kollasel“ FIDIC’ul) baseeruv leping, mida on laialdaselt kasutatud vee- ja kanalisatsioonitrasside rajamise hangetes vt nt riigihange viitenumbri 202349,201756.

¹⁴² TrtHKo 06.07.2018, 3-18-1047, p 8.

¹⁴³ Samas.

¹⁴⁴ TlnRnKo 29.09.2014, 3-14-51156, p 16.

¹⁴⁵ EKo 14.12.2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services BV vs Staat der Nederlanden*, p 43.

1.5. Vahekokkuvõte (peatükk I)

2014. aasta vastu võetud riigihankedirektiivides toodud muudatused saab jagada kolme gruppi: lubatud muudatused; keelatud muudatused; ning muudatused, mis vajavad kaalumist.

Riigihankedirektiividega on lubatud teha järgmisi hankelepingu muudatusi:

- muudatusi, mis on selgete, täpsete ja ühemõtteliste muutmisklauslitena ette nähtud juba riigihanke alusdokumentides ning eeldusel, et muudatuse tulemusel ei muutu hankelepingu üldine olemus;
- tellida samalt pakkujalt täiendavaid töid seoses hoolsale hankijale ettenägematu asjaoluga;
- tellida samalt pakkujalt esialgses hankelepingus mittesisalduvaid töid, kui lepingupartneri vahetamine põhjustaks tellijale olulist ebamugavust ning märkimisväärseid lisakulusid;
- asendada esialgne pakkuja kvalifitseerimistingimustele vastava pakkujaga olukorras, kus selline võimalus oli riigihanke alusdokumentides ette nähtud, või olukorras, kus tegu on ettevõtte restruktureerimisega;
- väheolulisi muudatusi (*de minimis* reegel).

Hankelepingu muutmisvabadust tuleb piirata EL toimimise lepingus sätestatud põhimõtete järgimise tagamiseks. Piiramatu lepingu muutmine võib kahjustada konkurentsi ning soodustada korruptiivsete suhete tekkimist. Riigihankeõiguse regulatsiooni üheks peamiseks eesmärgiks on tagada konkurentsimoonutuste vältimine ja piirideta teenuste ning kaupade vaba liikumise tagamine liidu siseturul.

Läbipaistvuse tagamise kohustus, pakkujate võrdse kohtlemise kohustus ning proportsionaalsus on kõik võrdlemisi tähtsad põhimõtted riigihankeõiguses. Ühtegi neist ei saa esile tõsta, kuid olukorras, kus põhimõtted on omavahel kollisioonis, on läbipaistvuse tagamise kohustust ning pakkujate võrdse kohtlemise kohustust eelistatud proportsionaalsuse tagamise kohustusele.

Riigihanke üldpõhimõtete mõju ei lakka hankelepingu sõlmimisega ning nendega tuleb arvestada hankelepingu täitmise etapis. Hankelepingu täitmise etapis võivad eelviidatud põhimõtted õigustada hankelepingu muutmist või selle välistada. Asjaolu, kuidas mõjutavad riigihankeõiguse põhimõtted hankelepingu lubatavaid muudatusi konkreetsete muutmist lubavate sätete kontekstis, käsitletakse järgmises peatükis.

II PEATÜKK – LUBATAVAD HANKELEPINGU MUUDATUSED

Eelmises peatükis sai selgitatud, et hankelepingu muutmisvabadust on piiratud selleks, et tagada EL toimimise lepingus sätestatud aluspõhimõtete täitmine. Kuigi hankelepingu muutmise vabadus on piiratum, ei saa eitada hankelepingu muutmise vajadust. Seda ilmestab selgelt Riigikontrolli poolt tehtud audit, millest nähtub, et olukorras, kus hanke aluseks olev ehitusprojekt on puudulik, muutub sageli tööde teostamise tähtaeg ning sõlmitud hankelepingu esialgne maksumus.¹⁴⁶ Samuti on muutmise vajadusele viidatud õiguskirjanduses.¹⁴⁷ Hankijad ei pruugi alati kõiki võimalusi ette näha, mis võivad neil tõusetuda hankelepingu täitmise käigus.¹⁴⁸ Arvestades eeltoodut, analüüsitakse käesolevas peatükis riigihankedirektiivides sätestatud hankelepingu muutmist võimaldavad sätteid. Eesmärgiks on anda hinnang, kas hankelepingu muutmist võimaldavaid sätteid tagavad praktikas hankijatele vajaliku paindlikkuse. Lisaks eeltoodule analüüsitakse tõhususe hindamiseks asjaolusid, millega tuleb sätete rakendamisel arvestada.

2.1. Hankelepingu muutmine hankelepingus sätestatud alustel

Riigihankedirektiivid näevad ette ühe võimalusena muuta sõlmitud hankelepingut juhul, kui vastav muutmise võimalus on selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt juba ette nähtud hanke ajal hankelepingu tingimustega.¹⁴⁹ Kuigi esmapilgul võib tunduda, et see alus on üks kergemini rakendatavaid aluseid, siis praktikas see nii ei ole. Hankijad ei suuda tavaliselt ette näha kõiki võimalikke olukordi, et neid selgelt, täpselt ning ühemõtteliselt juba hanke ajal kirja panna.¹⁵⁰ Lisaks sellele ei ole riigihankedirektiividest võimalik üheselt aru saada, millised tingimused loetakse selgeteks, täpseteks ning ühemõttelisteks või kuidas neid hinnata. Mõningaid hindamissuuniseid leiab nii kohtupraktikast kui ka õiguskirjandusest

Euroopa Kohus on selgete, täpsete ning ühemõtteliste tingimuste seadmise vajadust seostanud õiguskindluse põhimõttega.¹⁵¹ Lähtudes Euroopa Kohtu seisukohtadest tuleb õiguskindluse, omavolilise käitumise ning ebavõrdse kohtlemise vältimise tagamiseks panna selgelt, täpselt ning ühemõtteliselt kirja tingimused, mis võivad avaldada mõju hankemenetluses osalejatele.

¹⁴⁶ Riigikontroll (viide 16), lk 2.

¹⁴⁷ Hartlev, Liljenbøl (viide 4), lk 55

¹⁴⁸ Samas.

¹⁴⁹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p a, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p a. Eelviidatud säte on Eesti õigusesse üle võetud RHS § 123 lg 1 p-s 2.

¹⁵⁰ Hartlev, Liljenbøl (viide 4), lk 58.

¹⁵¹ EKo 16.02.2012, C-72/10, C-77/10, *Marcello Costa, Ugo Cifone*, p 78.

See tagab potentsiaalsele pakkujale kindluse, hindamaks kirja pandu kohaldamist tema suhtes.¹⁵² Kuigi selles lahendis ei käsitletud Euroopa Kohus hankelepingu muutmist, on antud seisukoht analoogia korras kasutatav hankelepingu muutmise üle otsustamisel. Seda põhjusel, et hankelepingu muutmist puudutava regulatsiooni eesmärk on muuhulgas tagada riigihankeõiguse üldpõhimõtete järgimine ning selle kaudu peaks olema välistatud mistahes hankija meelevaldne käitumine või kellegi soosimine. Eelviidatud Euroopa Kohtu seisukohas on samuti rõhutatud vajadust välistada kellegi eelistamine.¹⁵³

Õiguskindluse põhimõtte oluliseks elemendiks on õigusselguse põhimõte.¹⁵⁴ Õigusselguse põhimõtet on Euroopa Kohus ära märkinud kaasustes, kus on analüüsitud EL õiguse määratlemise ja rakendamisega seotud teematikat.¹⁵⁵ Seega saab teha üldistuse, et kui muutmisklausel on õiguslikult selge, siis on täidetud koosseisu elemendid selgus, täpsus ning ühemõttelisus.

Muutmisklausli sõnastamisel peab hankija arvestama asjaoluga, et see peab olema rakendatav ilma läbirääkimisteta. Kui muutmisklausel eeldab lepingu poolte vahel tingimuste kohaldamise üle läbirääkimisi, tekitab see riski pakkujate ebavõrdsest kohtlemisest.¹⁵⁶ Lisaks sellele on Euroopa Kohus oma praktikas rõhutanud, et läbirääkimised lepingu oluliste tingimuste üle kujutavad endast uue lepingu sõlmimist.¹⁵⁷ Olukorras, kus muudetakse olemasolevat hankelepingut, on hankija tegevus vastuolus riigihankeõiguse üldpõhimõtetega, st eelkõige läbipaistvuse tagamise kohustusega ning pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttega.¹⁵⁸ Seega saab teha üldistuse, et selge, täpne ning ühemõtteline muutmisklausel on selline, mida on võimalik rakendada ilma täiendava diskussioonita.

Lisaks muutmisklausli selgusele, täpsusele ja ühemõttelisusele ning ulatuse ja protseduurireeglite kirjeldamisele on riigihankedirektiividega ette nähtud selge, täpse ning ühemõttelise muutmisklausli rakendamise tingimustes asjaolu, et tegu ei tohi olla muudatusega,

¹⁵² EKo 16.02.2012, C-72/10, C-77/10, *Marcello Costa, Ugo Cifone*, p 78.

¹⁵³ Samas.

¹⁵⁴ S. Mikli. Kui kaugel Euroopa Liidu õigus saab järsku igapäevatöö osaks: probleeme Euroopa Liidu õiguse ülevõtmisel ja rakendamisel õiguskindluse põhimõtte kontekstis.- *Juridica II/2014*, lk 104.

¹⁵⁵ Samas.

¹⁵⁶ Hartlev, Liljenbøl (viide 4), lk 58.

¹⁵⁷ EKo 19.06.2008, C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH*, p 34.

¹⁵⁸ EKo 05.10.2000, C-337/98, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Prantsumaa*, p-d 44, 46; EKo 19.06.2008, C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH*, p 34.

mille tulemusel hankeleping olemuslikult muutub.¹⁵⁹ Hankelepingu üldise olemuse mõiste puhul on tegu määratlemata õigusmõistega ning selle sisu ei ole üheselt ja ammendavalt avatud ei direktiivides ega RHS-i sätetes. Hankelepingu üldise olemuse muutmist käsitletakse detailsemalt viimases peatükis.

Küsimus hankelepingu üldise olemuse muutmisest võib tekkida olukorras, kus näiteks tööde maht ja seeläbi tööde maksumus märkimisväärselt suureneb. See omakorda ei tähenda, et riigihankedirektiividest tuleneks mahu- või rahalised piirangud selge, täpse ning ühemõttelise muutmisklausli rakendamise ulatusele.

Eeltoodud seisukohta kinnitab asjaolu, et kui teistes riigihankedirektiivide muudatuse sätetes on seatud muudatuste maksumusele piirang, siis sättes, mis võimaldab selgete, täpsete ja ühemõtteliste muutmisklauslite alusel hankelepingut muuta, sellist piirangut seatud ei ole.¹⁶⁰ Olukorras, kus mahu muutmine on selgelt ja täpselt ning ühemõtteliselt juba hankemenetluse faasis kõikidele potentsiaalselt huvitatud isikutele avaldatud - st kõik potentsiaalsed huvilised said nendega juba alguses hinnapakumuses osalemise otsust tehes arvestada - on välditud hilisem võimalik isikute ebavõrdse kohtlemise riski või läbipaistvuse tagamisega seotud probleemid. Seda seisukohta toetab riigihangete direktiivi kommenteeritud väljaanne, kus on rõhutatud, et see alus erineb teistest direktiivis toodud võimalustest, sest tegu on piiranguteta kohaldatava sättega.¹⁶¹ Käesolevas alapeatükis analüüsitav säte ei näe ette künniseid, alates millest pole enam võimalik antud sätte alusel hankelepingut õiguspäraselt muuta.¹⁶²

Hankelepingu õiguspärase muutmise tagamiseks, selgete, täpsete ning ühemõtteliste muutmisklauslite alusel, tuleks esialgses hankelepingus ette näha lisaks muutmise aluseks olevate asjaolude faktilistele tingimustele muudatuse sisu. Sealhulgas tuleb reguleerida kord, kuidas uute elementide hind lepingus täpsemalt määratakse, millise piirini seda teha võib jm vajalik info.¹⁶³ Tulenevalt sätte sõnastusest ei saa ulatuse all silmas pidada üksnes muudatuse maksumuse ulatust, kuna muudatused ei ole sätte regulatsiooni kohaselt pandud seosesse

¹⁵⁹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p a, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p a.

¹⁶⁰ Vt nt klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p b.

¹⁶¹ Steinicke, Vesterdorf. (viide 27), lk 767.

¹⁶² Samas.

¹⁶³ Olivera (viide 136), lk 40.

muudatuse väärtusega. Seda kinnitab sätte enda sõnastus, mille kohaselt on muudatus lubatud „sõltumata selle rahalisest väärtusest“.¹⁶⁴

Häid näiteid selgetest, täpsetest ning ühemõttelistest muutmisklauslitest võib leida ehitustööde hankimise hankelepingutest, kus lisaks lepingu hinna muutmise regulatsiooni faktilistele alustele on kirjeldatud muudatuse maksumuse kujundamise piirid. Näiteks Maanteeameti poolt hangitavate tee ehitustööde hangete puhul leiab sageli hankelepingust regulatsiooni, kus on toodud, et hindamisel - muutuste korral - lähtutakse lepingus sisalduvatest ühikhindadest või samalaadsete tööde ühikhindadest. Töövõtjal on õigus lepingus sisalduvaid ühikhindasid või samalaadsete tööde ühikhindasid muuta, kui on täidetud üks järgmistest tingimustest: a) kui selline töö puudub, ei ole määratud ühikhinda või selle osa töömaht on muutunud enam kui 20% võrreldes kululoendis tooduga; b) kui projekti vea tõttu muudetakse projekti ning sellest tingituna muutub ehitamise tehnoloogia.¹⁶⁵

Reeglina tuleb hankelepingu muutmisel vältida olulisi muudatusi.¹⁶⁶ Siit omakorda tekib küsimus, kas juhul kui hankija on hanke ajal näinud ette põhjaliku regulatsiooni hankelepingu muutmiseks, siis olulise muudatuse keeld võib välistada nende sätete kohaldamise. Näiteks olukorras, kus muudatus sisuliselt vastaks mõnele olulise muudatuse loetelus toodud kriteeriumile. Õiguskirjanduses tuuakse välja, et olukorras, kus hankija on näinud ette selged, täpsed ja ühemõttelised muutmisklauslid on lubatud lepingus teha olulisi muudatusi.¹⁶⁷ Seda seetõttu, et lepingu muutmine on juba konkurentsile avatud ning seetõttu ei pea teisi pakkujaid ega teisi ettevõtjaid arvesse võtma, kuna neil oli võrdsetel tingimustel eduka pakkujaga arvestada muudatuste tegemisega pakkumise faasis.¹⁶⁸

Olulise muudatuse tegemise võimalust hankelepingus sõnaselgelt määratletud tunnuste alusel on tunnistanud Euroopa Kohus. Näiteks on lahendis Finn Frogne¹⁶⁹ kohus leidnud, et oluline muudatus on võimalik, järgides hankelepingu täitmise etapi lõpuni rangelt riigihanke alusdokumentides määratud tingimusi ja nähes otsesõnu ette hankija võimaluse kohandada pärast hankelepingu sõlmimist selle teatud tingimusi, isegi olulisi. Nähes sõnaselgelt ette sellise

¹⁶⁴ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p a, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p a; RHS § 123 lg 1 p 2.

¹⁶⁵ Vt nt riigihanked viitenumbri 204021, 203928, 204148 hankelepingu lisa 6 p-d 2.1. ning 2.2.

¹⁶⁶ Simovart (viide 10), lk 53.

¹⁶⁷ Hartlev, Liljenbøl (viide 4), lk 58

¹⁶⁸ Samas.

¹⁶⁹ Antud lahend on tehtud peale käesoleval hetkel kehtivate direktiivide jõustumist ning lahend baseerub varasematel direktiividel ning seetõttu antud lahendis viiteid kehtivatele direktiividele leida ei õnnestu.

võimaluse ja määratledes selle kohaldamise viisid, tagab hankija, et kõik asjaomasest hankest huvitatud isikud teavad seda algusest peale ja on seega pakkumuse esitamise ajal samasuguses olukorras.¹⁷⁰ Käesoleval juhul saab nõustuda eelpool toodud seisukohaga, sest tulenevalt kohtupraktikast on hind hankelepingu oluline tingimus¹⁷¹ ja hankelepingu muutmisega seotud piirangud tagavad eesmärgi, välistamaks võimalikud piirangud kaupade ning teenuste vabale liikumisele ning konkurentsimoontust liidu siseturu mõistes. Kui kõikidele hankes osalejatele on reeglid juba algusest peale teada ning neid rakendatakse ühesuguselt, siis ei ole hinna muutmine kuidagi konkurentsi moonutav või kaupade ja teenuste vaba liikumist piirav.

Kuigi eespool toodud analüüsist võib järeldada, et selgelt, täpselt ning ühemõtteliselt kirja pandud muutmisklauslid puudutavad üksnes lepingu hinna või mahuga seotud asjaolusid, siis tegelikkuses see nii ei ole. Hanke ajal kirja pandud muutmisklauslid võivad muuhulgas sätestada, kuidas toimub lepingu muutmine olukorras, kus muutuvad valdkonna õigusaktid vmt.¹⁷² Lepingu muutmist seostatakse lepingu hinnaga sageli seetõttu, et praktikas enim aset leidvad juhtumid on just hinna või tähtaja muutmisega seotud ning mistahes muu tingimuse muutmine, nt nõuete lisamine, toob samuti kaasa lepingu hinna korrigeerimise vajaduse ning seetõttu leiabki just enim näiteid hinda või tähtaega puudutavatest muutmisklauslitest.

Selge, täpse ning ühemõttelise muutmisklausli näitena leiab õiguskirjandusest viiteid erinevatele indekseerimisklauslitele¹⁷³ või optiooniklauslitele¹⁷⁴. Indekseerimisklauslite või optiooniklauslite kasutamine ei ole riigihangetes midagi ebatavalist. Analüüsitud riigihanke alusdokumentidest võis leida mitmeid indekseerimisega¹⁷⁵ seotud klausleid ja optiooniklausleid¹⁷⁶. Indekseerimisklauslite kasutamine suurendab kahtlemata huvi lepingu

¹⁷⁰ EKO 07.09.2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S vs Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, p 39.

¹⁷¹ EKO 19.04.2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA vs Rete Ferroviaria Italiana SpA*, p 30; RKTko 3-2-1-102-14, p 19.

¹⁷² M. A. Simovart. RHSK § 123/12.- Riigihangete seadus. Komm Vl. Eelnõu tööversioon. (Allikas autori valduses.)

¹⁷³ Hartlev, Liljenbøl (viide 4), lk 62.

¹⁷⁴ Samas, lk 60.

¹⁷⁵ Nt Maanteeameti teede ehitustööde hangetest leiab tihti bituumeni hinnaindeksiga arvestamist vt nt riigihange viitenumbriga 206163, Tallinna Kommunaal ameti poolt läbi viidavate rajatiste hooldustööde hangetes on kasutatud Eesti Statistikaameti poolt avalikustatava maantee hooldustööde hinnaindeksit vt riigihange viitenumbriga 152134, bussiliini teenindamiseks partneri leidmise hangetes kohtab teinekord tarbijahinna indeksi arvestamisega seotud klausleid vt nt riigihange viitenumbriga 195194.

¹⁷⁶ Nii oli näiteks riigihaneks viitenumbriga 169254 lepingukokkuleppe punktis 6 klausel, mille kohaselt: „Tellija jätab endale õiguse vähendada punktis 5 toodud Lepinguhinda kuni 31. detsembrini 2016 kui otsustab punktis 2(g) toodud Loendites kirjeldatud „Opsioonidega tellitavaid töid“ osaliselt või täielikult mitte tellida. Lepinguhinda vähendatakse sel juhul iga konkreetse opsioonidega tellitava töö maksumuse ning sellele arvestatud ettenägematute tööde (10% iga konkreetse töö mahust) summade võrra.“

vastu ning teatud tarnelepingute puhul on see isegi hädavajalik.¹⁷⁷ Indekseerimisklauslite kasutamisel tuleb arvestada, et tegu peab olema asjakohase ja konkreetse hankega seotud indekseerimisklausliga, kuna lihtne oleks väita, et mitteseotud indeks võib muuta lepingu majanduslikku tasakaalu ning seeläbi kujutada endast riigihankeõiguse rikkumist.¹⁷⁸ Selleks, et erinevad indekseerimisklauslid ja optiooniklauslid oleksid käsitletavad selge, täpse ja ühemõttelise muutmisklauslina, peab säte olema sõnastuses, mis välistaks poolte läbirääkimiste võimaluse.¹⁷⁹ Teisisõnu peavad neis toodud indekseerimisklauslid ja optiooniklauslid olema rakendatav seal toodud tingimuste alusel. Olukorras, kus on vaja hakata asjaolusid juurde selgitama või neile hinnangut andma, ei vasta indekseerimisklausel või optiooniklausel selge, täpse ja ühemõttelise tingimuse põhimõttele.

Näitena selgest, täpsest ja ühemõttelisest indekseerimisklauslist saab tuua Maanteeameti lepingutes kasutusel oleva bituumeni turuhinna osas, mis võib märkimisväärselt kõikuda maailmamajandust mõjutavate poliitiliste ja majanduslike sündmuste tagajärjel. Maanteeamet on sätestanud võimaluse kõikumisest tulenevalt korrigeerida hankelepingu hindu.¹⁸⁰ Bituumeni hinnaindeksi arvestamise meetodikat analüüsid tuleb tõdeda, et tegu on matemaatilise tehtega, kus tehte sisendid on detailselt ära reguleeritud. Teisisõnu on välistatud mistahes läbirääkimiste võimalus. Samuti on võimalik meetodikast aru saada, kuidas toimub selle rakendamine lepingu täitmise käigus ehk saab asuda seisukohale, et tegu on selge, täpse ning ühemõttelise regulatsiooniga.

Selgete, täpsete ning ühemõtteliste muutmisklauslite alusel hankelepingu muutmist on sisustanud ka teiste EL-i liikmesriikide kohtud. Näiteks Hollandis pidi Overijsseli ringkonnakohus hindama¹⁸¹ muutmisklauslit, mis nägi ette võimaluse asendada lepingupartner olukorras, kus lepingu täitmise käigus tekib selleks vajadus. See vajadus tekkis lepingupartneri pankrotistumise tõttu. Riigihanke alusdokumendid sisaldasid sätet, mille kohaselt oli võimalik hankija nõusolekul lepingupartnerit asendada tema õigusjärglasega. Tõusetus küsimus, kas selline lepingupartneri vahetamine on kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega. Overijssel'i

¹⁷⁷ D. Aquilina. The valuation of contracts for the purposes of the EU Public Contract Directive. - Public Procurement Law Review 2018, lk 2.

¹⁷⁸ Samas, lk 29.

¹⁷⁹ Hartlev, Liljenbøl (viide 4), lk 60.

¹⁸⁰ Vt nt riigihange viitenumbri 206163.

¹⁸¹ Kuigi antud kaasus pärineb varasemast ajast, mil riigihankedirektiivid ei näinud ette regulatsiooni selgete, täpsete ning ühemõtteliste muutmisklauslite alusel lepingupartnerit vahetada, siis ilmestab antud kaasolu, et ka liikmesriikide kohtud leiavad, et selgete, täpsete ning ühemõtteliste muutmisklauslite alusel hankelepingu muutmine ei ole riigihankeõiguse üldpõhimõtetega vastuolus.

ringkonnakohus leidis, et arvestades asjaolusid pole tegu riigihanke üldpõhimõtete rikkumisega. Lepingu partneri asendamine oli ette nähtud riigihanke alusdokumentides sisaldunud tingimustega, mida kohus pidas selgeteks, täpseteks ning ühemõttelisteks ning seega ka kõigile algusest peale teada.¹⁸²

Kõrvutades EL ja Eesti riigihanke praktikas esitatud seisukohti võib tuua võrdluseks ühe kaasuse, milles riigihangete vaidlustuskomisjon asus seisukohale, et hankelepingu projekti sätted koosmõjus lepingu lisaks oleva tehnilise kirjeldusega, mis võimaldavad hankijal muuta liiniveo teenuse hankimise hankelepingu mahtu 40% ulatuses - st nii suurendada kui vähendada- ei ole õiguspärased. Selline regulatsioon jätab kogu töömahu määra muutumisest tuleneva riski vedaja kanda. Vaidlustuskomisjon põhjendas sellise tingimuse vastuolu RHS § 3 p-s 1 sätestatud riigihanke korraldamise üldpõhimõttega, mille kohaselt hankija tegutseb riigihanke korraldamisel läbipaistvalt, kontrollitavalt ja proportsionaalselt ning sama paragrahvi p-s 2 sätestatud riigihanke üldpõhimõttega osas, mille kohaselt kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid peavad olema riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed.¹⁸³ Hoolimata eelpool välja toodud riigihangete vaidlustuskomisjoni seisukohast ei ole võimalik järeldada, et selgete, täpsete ning ühemõtteliselt seatud muutmisklauslite alusel võib lepingut muuta vaid piiratud mahu. Seda põhjusel, et riigihangete direktiivid ega neid üle võttev RHS ei näe sellist piirangut ette olukordades, kus muudatus toimub hankelepingus selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt sätestatud tingimustel. Seda enam, et sättes sisaldub sõnaselgelt viide, mille kohaselt saab seda kohaldada sõltumata muudatuse väärtusest.

Analüüsidest erinevate hangete alusdokumentide koosseisus esitatud hankelepinguid tuli tõdeda, et hankepingud ei sisalda sageli detailset regulatsiooni hankelepingu muutmiseks. Praktikast levinud säte, mis sisaldab viidet hankelepingu muutmise võimalustele ja mida hankelepingust leida võib, on sõnastuses, mille kohaselt on pooltel õigus lepingut muuta vastavasisulisel kokkuleppel. Seejuures täpsem regulatsioon, kuidas muudatust täpsemalt teha või või mis tingimusi need muudatused hõlmavad, on sageli jäetud hankelepingusse lisamata.¹⁸⁴ Lepingu muutmine poolte kokkuleppel tuleneb lepinguvabaduse ja privaatautonomia

¹⁸² Overijssel District Court, 02.06.2016, C/08/185163/KG ZA 16-124, C/08/185165/KG ZA 16-125, p 4.11. - 4-12. - <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBOVE:2016:1948> (15.04.2019).

¹⁸³ VaKo otsus vaidlustuses 37-18/194776, p 6.4.

¹⁸⁴ Vt nt riigihangete viitenumbri 183251, 205035, 202606 riigihanke alusdokumentide koosseisus esitatud hankelepingu projekt.

põhimõttest.¹⁸⁵ See omakorda ei tähenda, et kui riigihankeleping ilma täpsustava regulatsioonita sellist sätet sisaldab, siis on hankijal lubatud ilma mistahes piiranguta lepingut muuta. Seda takistavad riigihanke üldpõhimõtted - eelkõige pakkujate võrdse kohtlemise ning läbipaistvuse põhimõte - ning asjaolu, et selline säte ei vasta mitte ühelegi riigihankedirektiividega ette nähtud lepingu muutmist võimaldavale alusele.

Õiguskirjanduses on samuti juhitud tähelepanu sellele, et selgete, täpsete ning ühemõtteliste muutmisklauslite kasutamine praktikas ei ole laialt levinud.¹⁸⁶ Jääb arusaamatuks, miks hankijad ei reguleeri lepingus hankelepingu muutmise võimalusi, kuna Riigikontrolli poolt läbi viidud auditist peegeldub selgelt vajadus sõlmitud lepingute muutmise järele.¹⁸⁷ Seda eriti veel olukorras, kus selgete, täpsete ja ühemõtteliselt kirja pandud muutmisklauslite alusel lepingu muudatus on tulenevalt Eesti kohtupraktikast peetud võimalikuks juba enne praegu kehtiva RHS-i redaktsiooni jõustumist.¹⁸⁸ Küll aga oli varasem hankelepingu muutmist puudutav regulatsioon selline, mis seadis võrdlemisi piiratud võimalused hankelepingu muutmiseks.¹⁸⁹ Vähesese kasutamise taga võib olla ühelt poolt põhjus hankijate teadlikkuses. Teiselt poolt asjaolu, et antud sätte rakendamiseks ei piisa üksnes sellest, kui panna hankelepingusse kirja, et pooled on kokku leppinud hankelepingu muutmises teatud asjaoludel ning lisades sellele näitliku loetelu, millal see võimalikuks osutub. Hankijate teadlikkust ning pädevust on võimalik tõsta nt erinevate koolituste korraldamisega või juhendmaterjalide koostamisega. Viimane juhendmaterjal, mis käsitleb detailsemalt hankelepingu muutmist, on koostatud enne käesoleva seaduse jõustumist.¹⁹⁰ Arvestades asjaolu, et hankelepingus muutmist puudutav regulatsioon ei anna ühest vastust praktikas esile kerkivatele küsimustele, tuleks koostada praktilised juhised koos näidetega, mis aitavad hankijal hinnata kas kavandatav muudatus on õiguspärane või mitte.

2.2. Hankelepingu muutmine ettenägematust asjaolust tingituna

Lisaks selgelt, täpselt ning ühemõtteliselt kirja pandud muutmisklauslile lubavad riigihankedirektiivid sõlmitud hankelepingut muuta olukorras, kus muudatus on tingitud asjaolust, mida hoolas hankija ei saanud hanget läbi viies ette näha. Seejuures tuleb arvestada,

¹⁸⁵ I. Kull. VÕS § 13/4.1. -Võlaõigusseadus I. Komm Vlj. Tallinn: Juura 2016.

¹⁸⁶ Simovart (viide 10), lk 53.

¹⁸⁷ Riigikontroll (viide 16), lk 2.

¹⁸⁸ RKHKo 3-3-1-31-11, p 21.

¹⁸⁹ Simovart (viide 19), lk 143.

¹⁹⁰ E. Karindi-Kask. Hankelepingute muutmine.- https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/hankelepingu_muutmine_1_15.pdf?download=1 (01.04.2019).

et tehtava muudatuse maksumus ei tohi ületada 50% esialgse lepingu või raamlepingu maksumusest. Samuti ei tohi muudatus kaasa tuua hankelepingu üldise olemuse muutumist.¹⁹¹

Eelpool toodud säte tekitab mitu praktilist küsimust. Milline peab olema hankijapoolse ettenähtavuse ulatus, st kas hankija ettenähtavuse ulatus laieneb mistahes asjaoludele või saab seda piirata lähtuvalt mõistlikkuse põhimõttest. Kui ulatuslik on hankija hoolsuskohustuse määr, st mis maalt loetakse tegevus hoolsale hankijale mitteomaseks. Arvestades eeltoodut on käesoleva alapeatüki eesmärgiks analüüsida hankija hoolsuskohustuse määra ning hankijapoolset ettenähtavuse ulatust.

2.2.1. Hankijapoolse ettenähtavuse ulatus

Riigihankedirektiivid ei sisalda detailset regulatsiooni, mis võimaldaks hinnata, kas hankija peab ette nägema mistahes asjaolusid või mitte. Samuti on Euroopa Kohtu praktikas ettenähtavuse hindamist käsitletud vaid üksikutes kaasustes.¹⁹²

Mõningaid viiteid ettenähtavuse hindamiseks võib leida direktiivide põhjenduspunktides, milles on toodud, et arvestada tuleb olemasolevaid vahendeid, projekti olemust ning omadusi.¹⁹³ Samuti on kesksel kohal valdkonnas kehtivad tavad. Tagada tuleb tasakaal hanke ettevalmistamiseks kuluvate ressursside ning hankelepingu eeldatava maksumuse vahel.¹⁹⁴ Saab teha üldistuse, et ettenähtavuse määr võib sõltuda konkreetse juhtumi asjaoludest. Isegi kui asuda ühes kaasuses seisukohale, et hankija pidi ette nägema maa sees olevad miinid, võib teises kaasuses sõltuvalt asjaoludest olla tegemist ettenägematu asjaoluga. Kuigi riigihankedirektiivid detailsemaid suuniseid ettenähtavuse hindamiseks ei anna, saab hinnangu andmisel kasutada riigihanke põhimõtteid. Riigihankedirektiivide kohaselt tuleb hankijal tagada oma tegevuse kooskõla proportsionaalsuse põhimõttega.¹⁹⁵ Selle põhimõtte rakendamise kaudu tuleb leida direktiivide põhjenduspunktides viidatud tasakaal.

¹⁹¹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p c, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p c, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p c; RHS § 123 lg 1 p 4.

¹⁹² S. Treumer. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive. - Public Procurement Law Review 3/2014, lk 151.

¹⁹³ Klassikalise direktiivi põhjenduspunkt 109.

¹⁹⁴ Samas.

¹⁹⁵ Klassikalise direktiivi artikkel 18 lg 1, kontsessioonidirektiivi artikkel 3 lg 1, võrgustikudirektiivi artikkel 36 lg 1. Eelviidatud sätted on Eesti õigusesse üle võetud RHS § 3 p-s 1.

Mõningaid viiteid hindamaks, kas tegu on ettenägematu asjaoluga, võib leida Euroopa Kohtu seisukohtadest, mida on võimalik analoogia korras kasutada.¹⁹⁶ Euroopa Kohus on leidnud, et üldjuhul ei saa pidada ettenähtamatuks olukordi, mis on põhjustatud hankija tegevusest või tegevusetusest.¹⁹⁷ Tegevusetusena on Euroopa Kohtu praktikas käsitletud näiteks juhtumit, kus hankija pole välja selgitanud, kas ette nähtud tingimustel on suuteline lepingut täitma mõni muu isik väljaspool tema asukohariiki.¹⁹⁸ Siit saab teha üldistuse, et asjaolud, mida hankijal oli vähemal või rohkemal määral võimalik mõjutada, ei klassifitseeru tavapäraselt ettenägematuks.

Siit tõusetub küsimus, kas ettenägematuks saab pidada mistahes asjaolusid, mis on hankija mõjusfäärist väljas, nt kolmanda isiku tegevusega seotud asjaolusid. Hankija mõjusfäärist väljas olevaid asjaolusid analüüsi Euroopa Kohus kaasuses, kus pädeva asutuse poolt oli ette antud võrdlemisi lühike tähtaeg tööde tegemiseks, mistõttu ei olnud hankijal enam aega läbida kogu hankemenetluse protseduuri.¹⁹⁹ Hankija hinnangul oli tegu on ettenägematu asjaoluga, mis õigustas täiendavate tööde tellimist ilma hankemenetlust korraldamata.²⁰⁰ Euroopa Kohus leidis, et pädeva asutuse poolt määratud tähtaja jooksul tööde tegemist ei saa pidada ettenägematute sündmuste tagajärjel tekkinud olukorraks. See, et projekti hindav pädev asutus võib kehtestada tähtaegu, mida peab järgima, kujutab endast projekti heakskiitmise menetluses ettenähtud osa.²⁰¹ Hankija mõjusfäärist väljas olevaid asjaolusid on käsitletud samuti Euroopa Kohtu kohtujurist F. G. Jacobs. Ta analüüsis kaasust, milles peeti ettenägematuks asjaoluks erakordselt ilmastikutingimusest tingitud tulekahju puhkemist. Oma seisukohtades rõhutas kohtujurist, et ettenägematuks asjaoluks ei saa pidada aastaegadega seotud regulaarseid sündmusi. Samas märkis ta, et olukorras, kus ilmastikuga seotud regulaarsed sündmused on mõnel aastal erakordselt tugevad või intensiivsed, võivad need kvalifitseeruda ettenägematuks asjaoluks.²⁰² Kuigi eelviidatud seisukohad on tehtud varasemate riigihankedirektiivide tõlgendamiseks tekkinud vaidlustes, saab neid analoogia korras kasutada.²⁰³

¹⁹⁶ Vana RHS § 28 lg 5, millega võeti üle 2004/18/EÜ artikkel 31 lg 4, nägi ette ehitustööde hangetes ettenägematus olukorras samalt pakkuvalt täiendavate tööde tellimise võimaluse ning antud säte oma olemuselt on sarnane käesolevas alapeatükis analüüsitava sättega.

¹⁹⁷ EKo 11.09.2014, C-19/13, *Ministero dell'Interno vs Fastweb SpA*, p 49-50; EKo 08.04.2008, C-337/05, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Itaalia Vabariik*, p 55–58.

¹⁹⁸ EKo 14.01.2013, T-54/11, *Hispaania Kuningriik vs Euroopa Komisjon*, p 54.

¹⁹⁹ EK.o 2.06.2005, C-394/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Kreeka Vabariik*

²⁰⁰ Samas, p-d 7-8.

²⁰¹ Samas, p-d 42-43.

²⁰² Kohtujurist F. G. Jacobs 02.06.2005 ettepanek kohtuasjas C-525/03, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Itaalia Vabariik*, p-d 63-64.

²⁰³ Vana RHS § 28 lg 5, millega võeti üle 2004/18/EÜ artikkel 31 lg 4, nägi ette ehitustööde hangetes ettenägematus olukorras samalt pakkuvalt täiendavate tööde tellimise võimaluse ning antud säte oma olemuselt on sarnane käesolevas alapeatükis analüüsitava sättega.

Kokkuvõttes saab teha üldistuse, et mistahes hankija mõjusfäärist väljas olev asjaolu ei anna alust automaatselt väita, et tegu on ettenägematu asjaoluga, millega on võimalik õigustada hankelepingu muutmist. Iga konkreetset olukorda tuleb hinnata sõltuvalt konkreetsest situatsioonist, arvestades tähtsust omavaid asjaolusid kogumis.

Ettenähtavuse hindamise üle otsustamisel on vaja arvestada muudatuse tekkimise vajaduse ajalise aspekti. Välistada ei saa, et küsimusele, kas hankija pidi asjaolu ette nägema või mitte, saab vastata erinevalt. Vastuse erinevuse võib tingida ajalise aspektiga arvestamine. Ajafaktori osas on õiguskirjanduses rõhutatud, et muudatus, mis on tehtud mitu aastat pärast lepingu sõlmimist, on vähem kahtlane kui muudatus mis on tehtud lühikese aja jooksul pärast lepingu sõlmimist.²⁰⁴ Arvestada tuleb, et hinnates, kas hankija pidi midagi ette nägema või mitte, tuleks ettenägematust tõlgendada kitsendavalt.²⁰⁵ Liiga lai tõlgendus võimaldaks hankija omavoli ning see omakorda võib viia riigihanke üldpõhimõtete - eelkõige pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamise kohustus - rikkumiseni.

Analüüsid EL liikmesriikide hankelepingu muutmist puudutavat regulatsiooni, tuleb tõdeda, et mitmed liikmesriigid on riigihankedirektiivides toodud võimalused üle võtnud sarnaselt direktiivide sõnastusele. Seejuures ei leia ettenägematu asjaolu hindamise osas detailsemat regulatsiooni mitmete liikmesriikide siseriiklikest õigusaktidest. Nii näiteks ei ole detailsemat regulatsiooni ette näinud Saksamaa Liitvabariik²⁰⁶, Soome Vabariik²⁰⁷ ega Ühendkuningriik²⁰⁸. Mõnevõrra teistmoodi lähenemist võib kohata Hispaanias kehtestatud regulatsioonis. Enne direktiivide ülevõtmist nägi Hispaania ette detailsema regulatsiooni²⁰⁹, millele tuginedes saab väita, et tegu on ettenägematu asjaoluga.²¹⁰

²⁰⁴ Bogdanowicz (viide 96), lk 202.

²⁰⁵ M. Motyka-Mojkowski. Economic reasons as a justification for extreme urgency in construction projects for sports events. - Public Procurement Law Review 2/2013, lk 37.

²⁰⁶ Vt Act against Restraints of Competition § 132 (edaspidi tekstis GWB). - http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p1377 (01.04.2019).

²⁰⁷ Vt Act on Public Procurement and Concession Contracts § 136 lg 2. - <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2016/en20161397.pdf> (14.04.2019).

²⁰⁸ Vt The Public Contracts Regulations 2015 § 72. - <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents> (01.04.2019)

²⁰⁹ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico (edaspidi tekstis TRLCSP). - BOE-A-2011-17887, 16.12.2011.

²¹⁰ García-Andrade (viide 28), p 168.

Ettenägematuks asjaoluks Hispaania regulatsiooni kohaselt peeti:

- hanke aluseks olnud ja kolmandate isikute poolt koostatud projekti või tehnilise kirjelduse vigu ning puudusi;²¹¹
- lepingu täitmise käigus ilmnenu ehitusgeoloogilisi, hüdrooloogilisi, arheoloogilisi, keskkonnavalaseid või muid sarnaseid asjaolusid, mida ei olnud võimalik ette näha, hoolimata esialgse projekti hoolikast ettevalmistamisest;²¹²
- vääramatut jõudu või muid juhuslikke sündmuseid, mis muudavad võimatuks lepingu täitmise algsetel tingimustel;²¹³
- teatavaid tehnilisi parendusi, mis ei olnud lepingu sõlmimisel kättesaadavad;²¹⁴
- tehniliste, keskkonna-, linna-, julgeoleku- või juurdepääsetavuse eeskirjade vastuvõtmist peale lepingu sõlmimist.²¹⁵

Riigihankedirektiivide ülevõtmise järgselt on Hispaania seadusandja oma regulatsiooni muutnud.²¹⁶ Uue regulatsiooni kohaselt ei loetleta ettenägematuks asjaolusid eelpool toodud viisil.²¹⁷ See omakorda ei tähenda, et ühtegi eelpool toodud asjaolu ettenägematuks asjaoluks ei peeta. Vääramatu jõu argumentidele tuginevat lepingu muudatust peetakse ehitustööde lepingutes võimalikuks ka uue regulatsiooni kohaselt. Seda eeldusel, et töövõtja on oma tegevuses olnud hoolas. Vääramatu jõu asjaoluks peetakse nt katastroofiliste tagajärgedega loodusnähtusi (maavärinad, vulkaanipursked jmt), sõja tagajärjel tekkinud kahjustusi jmt.²¹⁸

Sarnaselt teiste Euroopa Liidu liikmesriikidega ei ole Eesti seadusandja pidanud riigihankedirektiive üle võttes vajalikuks seaduse tasandil detailsemalt avada termini „ettenägemata asjaolu“ sisu. Seetõttu tuleb otsida seisukohti siseriiklikust kohtupraktikast ning õiguskirjandusest.

Eesti kohtupraktikas²¹⁹ on leitud, et ettenägematule asjaolule tuginedes ei ole hankelepingu muutmine lubatud, kui hankelepingu sõlmimise vajadus olnuks hanke parema planeerimise

²¹¹ TRLCSP artikkel 107 lg 1 p a.

²¹² TRLCSP artikkel 107 lg 1 p b.

²¹³ TRLCSP artikkel 107 lg 1 p c.

²¹⁴ TRLCSP artikkel 107 lg 1 p d.

²¹⁵ TRLCSP artikkel 107 lg 1 p e.

²¹⁶ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico (edaspidi tekstis TRLCSP 2017). - BOE-A-2017-12902, 09.03.2018.

²¹⁷ Vt TRLCSP 2017 artiklid 203 - 208.

²¹⁸ TRLCSP 2017 artikkel 239.

²¹⁹ Kuigi antud kaasuses toodud seisukohad põhinevad varem kehtinud regulatsioonil, saab analoogia korras kasutada ka käesoleval juhul sätte sisu tõlgendamisel, kuna varasem RHS nägi ette samuti võimaluse teatud juhul lisatööde tellimiseks ettenägematu asjaolu esinemisel vt kuni 31.08.2017 kehtinud RHS § 28 lg 5 p 1.

korral ettenähtav. Kiireloomulise olukorra tekkimine peab olema väljaspool hankija mõjusfääri.²²⁰ Seega on Eesti ja Euroopa Kohtu kohtupraktika seisukohad sarnased. Mõlemal juhul on asutud seisukohale, et olukorras, kus esineb hankija mõjusfäärist väljas olev asjaolu, ei saa automaatselt väita, et tegu on lubatava hankelepingu muudatusega. Hankija mõjusfäärist väljas olevaid asjaolusid on analüüsinud Tallinna Ringkonnakohus kaasuses, kus kaebaja pidas ettenägematuks asjaoluks struktuuritoetuse saamist, kuna projekti koostamisel ei olnud veel teada, kas ja millistel tingimustel toetust saadakse, samuti biomeditsiinitehnika instituudi ruumide üürilepingu lõppemist ja sellest tingitud vajadust leida instituudile ruumid TTÜ hoonetes.²²¹ Kohus seevastu ei leidnud, et tegu oleks olnud ettenägematute asjaoludega, mille alusel lepingu muutmise oleks olnud õiguspärane.²²²

Seisukohti, et mistahes hankija mõjusfäärist väljas olevat asjaolu ei peeta ettenägematuks, leiab juba vana RHS kehtivuse ajast. Enim kõlapinda on tekitanud, kas maksumuudatused on ettenägematu asjaolu, mis annaks aluse hankelepingu muutmiseks.²²³ Rahandusministeerium on asunud seisukohale, et kuivõrd maksumuudatused on üldteada asjaolud, on need riigihankeõiguse seisukohalt pakkuja äririsk ning pakkuja peab sellega juba oma pakkumust koostades arvestama.²²⁴ Lisaks eeltoodule ei ole varasemas kohtupraktikas peetud ettenägematuks ehitushindade langust. Kohus leidis, et ehitushindade langus ei too kaasa vajadust täiendavate tööde järele, vaid see loob selleks hoopis võimaluse.²²⁵ Võimaluse loomine omakorda ei saa olla asjaoluks, millele tuginedes õigustada hankelepingu muutmist. Seda põhjusel, et teistsugune lähenemine soosiks pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtte rikkumist. See omakorda peaks riigihankemaastikul olema välistatud.

Ahto Järvela on oma magistritöös leidnud, et ettenähtavuse puhul on sisuliselt tegemist samasuguse kriteeriumiga nagu vääramatute jõud, st seda tuleks samamoodi tuvastada.²²⁶ Hispaania nägi oma regulatsioonis ette vääramatute jõudu kui ettenägematu asjaolu.²²⁷ Kahtlemata on ettenähtavusel riigihankeõiguse kontekstis ja VÕS § 103 lg-s 2 sätestatud vääramatul jõul olemas mingi seos, kuid võrrelda ettenähtavust üksnes vääramatute jõuga ei ole

²²⁰ TlnHKo, 02.04.2018, 3-17-2743, p 14.

²²¹ TlnRnKo 30.09.2016, 3-15-853.

²²² TlnRnKo 30.09.2016, 3-15-853, p 16.

²²³ Rahandusministeerium. Korduma kippuvad küsimused, lk 60.- <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/834> (26.01.2019).

²²⁴ Rahandusministeerium (viide 205), lk 60.

²²⁵ TlnHKo 21.12.2015, 3-15-1709, p 22.

²²⁶ Järvela (viide 23) lk 13.

²²⁷ TRLCSP § 107 lg 1 p c.

võimalik. Põhjus seisneb suuresti selles, et VÕS kohase vääramatü jõu puhul on tegu isiku mõjusfäärist väljas oleva asjaoluga nt loodusjõud, sotsiaalsed asjaolud st sõda, streik jmt²²⁸, kuid tulenevalt riigihankedirektiivide regulatsioonist²²⁹ tuleb RHS kohase ettenähtavuse hindamisel arvestada hankija tegevust ning tegevusetust. Teisisõnu ei piisa pelgalt, et tegemist on mõjusfäärist väljaspool oleva asjaoluga. Hinnangu andmisel on kesksel kohal hankija hoolsuskohustus ja selle täidetavuse määr. Kui asjaolu oli ettenägematu seetõttu, et hankija ei täitnud oma piisavat hoolsuskohustust nt olukorras, kus hankijal oli võimalus kerge vaevaga see välja selgitada, tekib küsimus nõutava hoolsuskohustuse määra täitmisest, ei saa sellega õigustada hankelepingu muutmist eelpool viidatud sättele tuginedes.

2.2.2. Hankijalt eeldatav hoolsuskohustuse määr

Riigihankedirektiividega ei ole reguleeritud millal loetakse hankija tegevus hoolsale hankijale omaseks. Seetõttu tuleb vastuseid otsida õiguskirjandusest ning kohtupraktikast.

Hoolsuskohustuse täitmise määra hindamisel on küsitav, kas seda peaks sisustama selliselt, et hankija hoolsuskohustuse määr on tagada igal juhul teatud tulemus. Teisisõnu – kui on vähimgi kahtlus, et hankija ei ole kõike vajalikku teinud, kas saaks väita, et tegu pole hoolsa hankijaga. Üldistatult, kas hankija hoolsuskohustus tähendab absoluutset määra, mis peaks tagama tulemuse või mitte.

Hankija hoolsuskohustuse määra osas on Euroopa Kohus leidnud, et hankija hoolsuskohustust tuleb hinnata pigem kui kohustust teha tulemuse saavutamiseks kõik võimalik, mitte kui kohustust saavutada teatud tulemus.²³⁰ Kuigi eelpool viidatud lahend on tehtud olukorras, kus hankijale heideti ette otsustest teavitamise viivitust ning asjaolu, et ta ei ole täitnud nõutavat hoolsust, saab analoogia korras selles toodud seisukohti kasutada hoolsuskohustuse määra hindamisel. Hoolsuskohustuse määra liiga rangelt sisustamine oleks ilmselt vastuolus ka proportsionaalsuse põhimõttega.

Hoolsuskohustuse määra hindamisel tuleb samuti arvestada valdkonnas kehtivaid tavasid ja praktikaid.²³¹ Euroopa Kohtu praktikas on leitud, et ettenägematuse hindamisel on oluline

²²⁸ V. Kõve. VÕSK § 103/6.1.

²²⁹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p c, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p c, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p c.

²³⁰ EKo 04.06.2009, C-250/07, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Kreeka Vabariik*, p 68.

²³¹ Klassikalise direktiivi põhjenduspunkt 109.

analüüsida, milline on konkreetse hankija hoolsusstandard ning kas hankija käitus hanke ettevalmistamisel sellele vastavalt.²³² Selles seisukohas on rõhuasetus just viitel konkreetsele hankijale. Välistada ei saa olukorda, kus mõnes valdkonnas kehtiva tava ja praktika, sh seda valdkonda reguleerivate õigusaktide kohaselt on ühe hankija hoolsuskohustuse määr madalam kui teisel.

Kohtupraktikas on mitmeid ehitussektori kaasusi, milles on asutud seisukohale, et tellija hoolsuskohustuse määr on mõnevõrra madalam kui töövõtjal.²³³ Riigikohus pidi kujundama seisukoha kaasuses, kus vaieldi selle üle, kellel lasub vastutus tulenevalt tellija ebaõigetest juhistest. Kohus leidis, et töövõtja vabaneb VÕS § 641 lg 3 järgi tellija juhistest, tema poolt muretsetud materjali või kolmanda isiku puudulikkust eeltööst tingitud töö lepingutingimustele mittevastavuse korral vastutusest siis, kui ta tõendab, et on juhiste, materjali või eeltööde sobivust piisavalt kontrollinud. Küll aga ei saa töövõtja vastutusest vabanemiseks tugineda tellija juhistele siis, kui ta rikkus neid täites ehitamist käsitlevaid õigusakte.²³⁴

Kõrvutades Eesti kohtute praktikat Euroopa Kohtu seisukohtadega, tuleb tõdeda, et hoolsuskohustuse määra osas need ei erine. Sarnaselt Euroopa Kohtu praktikale saab lugeda riigihangete vaidlustuskomisjoni seisukohtadest välja selle, et hankijalt ei eeldata mistahes asjaolude ette nägemist.²³⁵ Riigihangete vaidlustuskomisjoni on pidanud hindama, kui detailse tehnilise kirjelduse peab hankija suutma koostada selleks, et saaks väita, et see on kooskõlas muuhulgas riigihankeõiguse üldpõhimõtetega ning hankijalt eeldatava hoolsuse määraga. Vaidlustuskomisjon asus seisukohale, et teatud juhtudel pole hankijal võimalik tehnilises kirjelduses detailselt määratleda sõlmitava hankelepingu eset, ja sellisel juhul peavad pakkujad lähtuma pakkumust koostades oma kogemustest vastavas valdkonnas.²³⁶ Seega saab teha üldistuse, et hankija hoolsuskohustuse määr ei ole selline, mis on kohaselt täidetud vaid kindla tulemuse saavutamise korral.

Hankija madalama hoolsuskohustuse määra olemasolu ehitustööde riigihankelepingu täitmisel ning seega hankelepingu muudatuse üle otsustamisel leiab kinnitust Tallinna Ringkonnakohtu seisukohtadest. Kohus arutas kaasust, kus hanke alusdokumendid ei sisaldanud viidet

²³² EKo 11.09.2014, C-19/13, *Ministero dell'Interno vs Fastweb SpA*, p 50; TlnHKo 02.04.2018, 3-17-2743, p 17.

²³³ Vt nt RKTko 3-2-1-177-11, RKTko 3-2-1-32-12.

²³⁴ RKTko 3-2-1-177-11, p 13.

²³⁵ VaKo otsus vaidlustuses 93-13/142417, p 7; VaKo otsus vaidlustuses 204-15/166874, p 8.

²³⁶ Samas.

konkreetsetele normidele ja nõuetele ning sellest tekkis vaidlus võimalike muudatustööde üle. Kohus leidis, et töövõtjal tuleb üldjuhul arvestada töölepingus sätestatud laiemate kohustustega. Töövõtjal on kohustus teha tööd selliselt, et need oleks kooskõlas kehtivate õigusaktidega, tehniliste normide ja standarditega. Töövõtja peab tagama tööde tegemise vähemalt keskmise kvaliteediga. Kohus rõhutas, et töövõtja on oma ala professionaal kelle kõrgem hoolsusstandard tuleneb VÕS § 641 lg-st 3.²³⁷

Lisaks eeltoodule on kohtupraktikas leitud, et hankija hoolsuskohustuse osaks on muuhulgas kohustus läbi mõelda kõik hankemenetlusega seonduv.²³⁸ Hankija peab hanget läbi viies arvestama võimalike vaidlustuste ja nende ajalise mõjuga.²³⁹ Seega saab teha üldistuse et hoolas hankija ei saa õigustada hankelepingu muutmist - nt lepinguliste tähtaegade muutmist - olukorras, kus lepingut on vaja muuta seoses asjaoluga, et lepingu sõlmimine venis vaidlustuste tõttu.

2.3. Samalt pakkujalt täiendavate tööde tellimine

Lisaks eelmistes alapeatükkides toodule näevad riigihankedirektiivid ette võimaluse hankida täiendavaid töid samalt lepingupartnerilt.²⁴⁰ Selleks, et eelviidatud erandit kasutada, peab lisatööde tellimine uue hankega põhjustama hankijale olulist ebamugavust või märkimisväärseid lisakulusid. Täiendavalt peab olema täidetud kriteerium, mille kohaselt lisatööde tellimine ei ole majanduslikel või tehnilistel põhjustel võimalik tulenevalt asjade, teenuste või rajatiste asendatavuse või koostoimimise vajadusest. Seejuures ei tohi tehtava muudatuse väärtus olla suurem kui 50% hankelepingu enda maksumusest.²⁴¹

Eelviidatud alus rakendub vaid lisatöödele. Sellel alusel muudatustöid samalt pakkujalt, mida on vaja teostada näiteks hankelepingu täitmise käigus selgunud ettenägematu asjaolu tõttu, tellida ei saa. Eeltoodut kinnitab sättes sisalduv viide „osutab täiendavaid ehitustöid või -teenuseid või tarnib täiendavalt asju“²⁴² ning seda on rõhutatud samuti õiguskirjanduses²⁴³.

²³⁷ RKTko 19.12.2017, 2-15-15662, p 17.

²³⁸ TlnHko 02.04.2018, 3-17-2743, p 17.

²³⁹ Samas.

²⁴⁰ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p b, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p b, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p b; RHS § 123 lg 1 p 3.

²⁴¹ Samas.

²⁴² Samas.

²⁴³ S. Gherghina. The new as an old story: the modification of the public procurement contract (II). - Romanian Public-Private Partnership Law Review 16/2016, lk 37.

Lisa- ja muudatustööde terminoloogilist erinevust rõhutatakse Eestis kasutatavate lepingute tüüptekstides. Nii on näiteks ehituse töövõtulepingute üldtingimustes (ETÜ 2013) punktis 1.17., kus on lisatööde ja muudatustööde erinevus selgitatud järgmiselt: „lisatöö – töö, mis oma olemuselt ja lepingu eesmärgist tulenevalt ei kuulu töö hulka ja mida tehakse lisaks lepingus kokku lepitud töödele. Lisatööks ei peeta sellist lisanduvat tööd, millega kaasneb tööde mahu suurenemine või täiendavate tööde tegemine, kui sellised tööd on oma olemuselt seotud lepinguga ja selle eesmärgi saavutamise ja ilma vastavate tööde tegemiseta ei oleks võimalik lepingu eesmärki saavutada. Vastavaid töid käsitatakse lepingu tähenduses muudatustöödena“.²⁴⁴

Riigihankedirektiivid ega RHS ei anna vastust küsimusele, mida tuleb pidada oluliseks ebamugavuseks eeltoodud sätte kontekstis. Uue hankemenetluse läbiviimine võib erinevatel põhjustel osutada hankija jaoks ebamugavaks, kuna suurendab hankija halduskoormust ning kulutab ressursse. Rahandusministeeriumi poolt 2016. aastal koostatud uuringu kohaselt on ühe hankemenetluse läbiviimise kulu üle 1200 euro.²⁴⁵ Pelgalt argument, et hankijal suureneb halduskoormus, ei saa õigustada lisatööde tellimist. Selle välistavad riigihanke üldpõhimõtted - eelkõige läbipaistvuse, pakkujate võrdse kohtlemise ning proportsionaalsuse põhimõte. Samuti ei Hispaanias uue lepingupartneri leidmiseks hankemenetluse läbiviimist peetud selliseks asjaoluks, millele tuginedes saab väita olulise ebamugavuse esinemist.²⁴⁶

Täiendavaid töid võib tellida olukorras, kus lepingupartneri vahetamine põhjustaks tellijale märkimisväärseid lisakulusid. Selle aspekti hindamine on problemaatiline. Märkimisväärsete lisakulude hindamise muudab komplitseeritumaks asjaolu, et direktiivi vastav punkt viitab eestikeelses versioonis ”topeltkuludele”, inglise keeles aga „märkimisväärsetele topeltkuludele“ - substantial duplication of costs.²⁴⁷ Märkimisväärse lisakulu sisustamisega pole kohtupraktika pidanud veel tegelema. RHS seletuskirjas on märkimisväärse kuluna näiteks toodud olukord, kus tarkvara ümbervahetamine tooks kaasa vajaduse uuesti koolitada kogu hankija personali.²⁴⁸ Eeltoodud näitega nõustuda pole võimalik. Sedavõrd lihtsustatud käsitlus

²⁴⁴ Ehituse töövõtulepingute üldtingimused (ETÜ 2013). Tallinn 2013. - https://www.mkm.ee/sites/default/files/ehituse_toovotulepingute_uldtingimused.pdf (28.01.2019).

²⁴⁵ Rahandusministeerium RRO. Riigihanke läbiviimise ja riigihankel osalemise kulude hindamise uuringu kokkuvõtte, lk 10. https://www.rahandusministeerium.ee/system/files/force/document_files/hanke_labiviimise_kulukuse_hindamise_kokkuvote_13.pdf?download=1 (01.04.2019).

²⁴⁶ TRLCSP 2017 artikkel 205 lg 2 p a I alternatiiv.

²⁴⁷ M. A. Simovart. RHSK § 123/19.- Riigihangete seadus. Komm Vlj. Eelnõu tööversioon (Allikas autori valduses).

²⁴⁸ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 12), lk 110.

ei taga tõhusat konkurentsiolekorda. Selleks, et tagada tõhus konkurentsiolekord, tuleb hinnata kõiki asjaolusid kogumis. Personali koolitamise vajaduse näite puhul tuleks hinnata proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt, kas asjaolud, mis kaasnevad kogu personali koolitusega, kaaluvad üle tekkida võiva konkurentsimooneutuse.

Lisaks olulisele ebamugavusele või märkimisväärsetele kuludele peab käesolevas alapeatükis analüüsitava sätte rakendamiseks esinema tehniline või majanduslik põhjus, millega lisatellimust oleks võimalik õigustada. Tehnilisele põhjusele tuginedes lisatööde tellimist samalt lepingupartnerilt on aktsepteeritud juba varasemate riigihankedirektiividega.²⁴⁹ Seejuures ei ole riigihankedirektiivides toodud ammendavat loetelu võimalikest tehnilistest põhjustest, mis õigustaks samalt lepingupartnerilt lisatööde tellimist.

Riigihankedirektiivide põhjenduspunktist leiab tehnilise põhjusena selgituseks selliseid olukordi, kus näiteks tarnija vahetamine sunnib hankijat hankima teistsuguste omadustega materjali, ehitustöid või teenuseid, mis tooks kaasa kas ühildamatuse või ebaproportsionaalsed tehnilised raskused hilisemas käitlemise või hooldamise protsessis.²⁵⁰ Seega nähtub, et tehniliste põhjuste hindamisel on kesksel kohal proportsionaalsuse põhimõte.

Tehnilise põhjusena ei ole Euroopa Kohtu seisukohtadest tulenevalt aktsepteeritud olukorda, kus väideti, et samalt pakkujalt jätkutööde tellimine on põhjustatud sellega, et antud pakkuja tunneb hästi juba rajatud süsteemi. Selles kaasuses oli tegu pakkujaga, kes hankemenetluse ajal haldas ja kasutas hanke esemeks olevaid kohalikke seadmeid.²⁵¹ Euroopa Kohus rõhutas, et süsteemide hea tundmine pole piisav põhjus, mis õigustaks täiendavate tööde tellimist samalt lepingupartnerilt. Hoolimata sellest, et keegi omab liikmesriigis detailseid teadmisi, ei saa välistada, et hoolika otsimise järel võiks leida muust liikmesriigist mõne teise pakkuja, kes suudaks hankijale nõutavat teenust pakkuda, ja seetõttu pole muudatus õiguspärane.²⁵²

Samuti ei ole Euroopa Kohtu kohtujuristi seisukohtades aktsepteeritud tehnilise põhjusena olukordi, kus hankelepingu esemeks olevad tööd on oma olemuselt niivõrd erilised, et hankija hinnangul suudab neid teha vaid üks ettevõtte.²⁵³ Vaadeldavas kaasuses sõlmis Kreeka Vabariik

²⁴⁹ 2004/18/EÜ artikkel 31 lg 4 p a.

²⁵⁰ Klassikalise direktiivi põhjenduspunkt 108.

²⁵¹ EKO 14.01.2013, T-54/11, *Hispaania Kuningriik vs Euroopa Komisjon*, p 51.

²⁵² Samas, p 54.

²⁵³ Kohtujurist F. G. Jacobs 24.02.2005 ettepanek kohtuasjas C-394/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Kreeka Vabariik*, p-d 40.

lepingu ühe konkreetse pakkujaga, põhjendas seda kolme tüüpi tehniliste põhjustega. Kreeka Vabariik rõhutas, et konkreetse erilahenduse tellimine ühelt ettevõttelt on vajalik transporditava tuha eriomaduste tõttu. Teise põhjusena toodi, et aluspinnase ebastabiilsus muudab konveieri aluse ehitamise keerukaks ja seetõttu on põhjendatud nende tööde tellimine isikult, kes hankijale teadaolevalt omab sellist kogemust. Täiendavalt märkis Kreeka Vabariik, et uus konveier tuleb ühendada olemasolevaga. Mõlema konveieri ühilduvuse tagamiseks on oluline, et tööd teostab sama lepingupartner. Kreeka Vabariik oli seisukohal, et eelpool toodud tehnilisi iseärasusi arvestades olid tööde teostamiseks vajalikud teadmised ja oskused olemas vaid ühel äriühingul. Euroopa Kohtu kohtujurist eeltoodud põhjendustega ei nõustunud. Ta märkis, et teostatavate tööde tehniline keerukus ei tähenda tingimata, et ainult üks äriühing omab tööde teostamiseks vajalikku oskusteavet.²⁵⁴ Seega saab teha üldistuse, et tehnilise põhjusena pole üldjuhul aktsepteeritavad olukorrad, kus teostatavate tööde tehnilise keerukuse tõttu ei ole hankija hinnangul teised ettevõtted suutelised nõuetekohaselt töid teostama.

Eesti kohtupraktikast²⁵⁵ leiab näiteid, kus hankija tellis raamatukogu kabinetidesse täiendavat mööblit oma seniselt lepingupartnerilt. Hankija leidis, et esineb tehniline põhjus, mis võimaldab hankijal lisatööde tellimist. Ta rõhutas, et pakkuja vahetamise korral oleksid tooted olemasolevast mööblist erineva disainiga. Lisaks eeltoodule tõi hankija välja võimalikud probleemid köögitehnika integreerimisel ning märkis, et see võib kaotada olemasolevale mööblile antud garantii. Hankija rõhutas vajadust tellitud laudade kinnitamiseks olemasoleva mööbli külge. Tallinna Ringkonnakohus seevastu hankijaga ei nõustunud. Kohtu arvates ei ole eelviidatud põhjused käsitletavad tehnilise kokku sobimatusega või käitamisel ning hooldamisel tekkivate tehniliste probleemidena. Kohus rõhutas, et uute toolide tehnilised omadused ei takista olemasolevate toolide kasutamist. Võimaliku garantii kaotamise osas leidis kohus, et see on tõendamata ja pole eluliselt usutav, et köögitehnika integreerimine olemasoleva mööbliga tekitaks tehnilisi probleeme. Lisaks sellele on kohus oma otsuses välja toonud, et samalt pakkujalt täiendava töö tellimist ei saa õigustada asjaoluga, et hiljem oleks katki läinud tooteid saanud vajadusel kasutada teise toote varuosadeks. Asjaolu, et ostetud toote katkimisel ei saa kasutada seda teiste samalaadsete toodete varuosadeks, ei ole käsitletav käitamisel ja hooldamisel tekkiva tehnilise probleemina.²⁵⁶

²⁵⁴ Kohtujurist F. G. Jacobs 24.02.2005 ettepanek kohtuasjas C-394/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Kreeka Vabariik*, p-d 39-40.

²⁵⁵ Kuigi viidatud kohtupraktika on enne 01.09.2017 a kehtinud RHS § 28 lg 5 p 1 kohaldamiseks, siis arvestades asjaolu, et ka antud ajahetkel kehtiva RHS kohaselt tuli hinnata tehnilist kokkusobimatust, siis on antud praktikale tuginemine käesoleval hetkel jätkuvalt asjakohane.

²⁵⁶ TlnRnKo 30.09.2016, 3-15-853, p 18-20.

Üldistatuna saab eeltoodust teha järelduse, et kunstilised või sisekujunduslikest aspektidest tulenevad põhjused ei ole sellised kaalukad asjaolud, mis õigustaks eelpool viidatud sätte kasutamist hankelepingu muutmiseks. Samas võib selleks tehniliseks põhjuseks olla juba tehtu osas garantiiaja katkemine, kuid seejuures on oluline, et seda oleks võimalik objektiivselt põhjendada, st pelgalt kahtlusest siinjuures ei piisa. Eeltoodust teistsugusele seisukohale asudes loodaks oht riigihanke üldpõhimõtete - eelkõige läbipaistvuskohustus ja pakkujate võrdne kohtlemine - rikkumiseks. Teistsugune tõlgendus võib asjade hankimise juures viia selleni, et hankija saaks põhjendamatult eelistada konkreetseid tooteid ja seadmeid. Konkreetse toote ja seadme eelistamine on riigihankeõiguses keelatud.²⁵⁷ Täiendavalt tuleb märkida, et konkreetsete toodete ja seadmete eelistamine on riigihankeõiguses keelatud ei tähenda omakorda, et hankijat saaks sundida juba olemasolevaid süsteeme välja vahetama olukorras, kus ta suudab ära põhjendada samalt partnerilt täiendavate tööde tellimise vajaduse. Hankijal on õigus määrata hanke ese ning riigihangete vaidlustuskomisjonil ja kohtul pole õigust otsustada selle üle, mida hankija vajab, vaid nende roll on kontrollida, kas hankija tegevus on kooskõlas konkurentsi tagamise eesmärkidega ning ega hankija pole seadnud konkurentsi põhjendamatult piiravaid nõudeid.²⁵⁸

Siinkohal olgu mainitud, et kui tehnilise põhjusena ei ole aktsepteeritud asjaolu, et jätkutööde tellimine on õigustatud samalt pakkujalt, kes on eelnevalt süsteemid arendanud, siis võib olukord klassifitseeruda analüüsitava sätte²⁵⁹ teise alternatiivi alla, mil majanduslikud põhjused võivad õigustada jätkutööde tellimist samalt pakkujalt. Seda olukorras, kus hankija on kogu seda süsteemi toetava tehnoloogilise süsteemi üles ehitanud konkreetsete seadmetega ning on teada, et lepingupartneri vahetamine tingiks vajaduse kogu tehnoloogilise süsteemi asendamiseks.

Arvestama peab, et majanduslikud põhjused võivad õigustada hankelepingu muutmist olukorras, kus see on kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega ning teatav kõrvalekaldumine võib olla lubatav üksnes ülekaaluka avaliku huvi olemasolu korral. Siinjuures tuleb arvestada, et siia alla ei lähe juhtumid, kus lepingupartneril on õigustatud huvi tulenevalt õiguspärase ootuse põhimõttest lepingu muudatuse vastu. Näiteks kontsessioonilepingute kontekstis pole Euroopa Kohus pidanud hankelepingu muutmisel õiguspäraseks selliseid majanduslikke kaalutlusi nagu

²⁵⁷ Klassikalise direktiivi artikkel 42 lg 4, kontsessioonidirektiivi artikkel 36 lg 2, võrgustikudirektiivi artikkel 60 lg 4. Eelviidatud säte on Eesti õigusesse üle võetud RHS § 88 lg-s 6.

²⁵⁸ TlnHKo 06.10.2014, 3-14-51805, p-d 8-9.

²⁵⁹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p b, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p b, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p b; RHS § 123 lg 1 p 3.

kontsessiooni omanikele järjepidevuse, majandusliku stabiilsuse ja minevikus tehtud investeeringute eest korrektse kasu saamise tagamine.²⁶⁰

Majanduslike põhjuste hindamise juures tuleks arvestada, et need ei hõlma rahalisi põhjuseid, vaid majanduslikke aspekte laiemalt. Seda kinnitab sätte²⁶¹ enda sõnastus, kus on eristatud märkimisväärseid topeltkulusid²⁶² (inglise keeles „*substantial duplication of costs*“) ning majanduslikke aspekte (inglise keeles „*economic reasons*“). Olukorras, kus neid mõeldakse samatähenduslikult, ei tagaks selle jaoks kahe eri termini kasutamine õigusselgust.

2.4. Vahekokkuvõte (peatükk II)

Riigihankedirektiividega on ette nähtud mitmed võimalused, millal hankelepingu muutmine on õiguspärane. Analüüsidest hankelepingu muutmist võimaldavaid sätteid, tuli tõdeda, et neid rakendama asudes võib esile kerkida mitmeid probleeme. Seda põhjusel, et kehtestatud regulatsioon annab üksnes näitlikud loetelud või suunised, millega ühe või teise tingimuse juures arvestada. Seejuures täpsemad asjaolud jäävad tulevase praktika sisustada.

Hankelepingu muutmine on lubatud olukorras, kus algselt on ette nähtud selged, täpsed ning ühemõttelised muutmisklauslid. Nende seadmise juures on oluline arvestada, et:

- sätestatud muutmisklausel peab välistama igasuguse läbirääkimiste võimaluse;
- muutmisklauslist peab nähtuma selle täpne ulatus ning muudatuse tegemise protseduur;
- selgete, täpsete ja ühemõtteliste muutmisklauslite kaudu saab reguleerida mistahes muudatusi, isegi olulisi;
- muudatuse tulemusel ei tohi muutuda hankelepingu üldine olemus.

Praktikas ei ole selged, täpsed ning ühemõttelised muutmisklauslid laialt kasutuses. Vähesese kasutuse taga võib olla hankijate teadmatus ning kogematus. Seda on võimalik parandada läbi erinevate koolituste ning juhendmaterjalide koostamise.

Hankelepingut võib veel muuta olukorras, kus muudatuse tingis hoolsale hankijale ettenägematu asjaolu. Siinjuures tuleb arvestada, et:

²⁶⁰ EKO 13.09.2007, C-260/04, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Itaalia Vabariik*, p 34.

²⁶¹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p b, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p b, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p b, RHS § 123 lg 1 p 3.

²⁶² RHS § 123 lg 1 p 3 kasutab terminit märkimisväärseid lisakulusid.

- hoolsuskohustuse ega ettenähtavuse määr ei ole absoluutne;
- arvesse tuleb võtta mh valdkonnas kehtivaid tavasid ning seetõttu võib see määr valdkondade lõikes erineda;
- ettenägematuks ei saa pidada üldjuhul olukorda, mis on tingitud hankija enda tegevusest või tegevusetusest;
- ei saa teha üldistust, et mistahes hankija mõjusfäärist väljas olevad asjaolud klassifitseeruvad automaatselt ettenägematuks;
- muudatuse tulemusel ei tohi muutuda hankelepingu üldine olemus.

Riigihankedirektiivid näevad ette võimaluse tellida esialgses lepingus mittesisaldunud töid samalt lepingupartnerilt. Oluline on, et tegu peab olema täiendavate töödega ning selle sätte alusel muudatustööde hankimine, mis on näiteks tingitud ettenägematust olukorrast, võimalik ei ole. Arvestada tuleb, et:

- täiendavate tööde tellimine samalt lepingupartnerilt on võimalik, kui lisatööde tellimine uue hankega põhjustaks hankijale olulist ebamugavust või märkimisväärseid kulusid ning tehnilistel või majanduslikel põhjustel pole võimalik lepingupartnerit asendada;
- olulise ebamugavuse sisustamisel tuleb arvestada, et uue hankemenetluse läbiviimine iseenesest ei saa olla peamine argument, mis õigustaks lisatööde tellimist samalt partnerilt;
- tehnilise põhjuse alla ei kvalifitseeru olukorrad, kus tööde spetsiifika tõttu ei ole keegi teine suuteline töid nõuetekohaselt teostama;
- tehnilise põhjusena ei aktsepteerita üldjuhul olukordi, kus jätkutööde tellimine samalt lepingupartnerilt on õigustatud sellega, et tema on rajanud kogu olemasoleva süsteemi;
- asjaolu, et antud konkreetne ettevõtja on rajanud olemasoleva süsteemi võib klassifitseeruda majanduslike põhjuste alla olukorras, kus lepingupartneri vahetamine tingiks hankijale vajaduse kogu süsteem välja vahetada ning kogu personal ümber koolitada.

III PEATÜKK - HANKELEPINGU MUUTMIST VÄLISTAVAD ASJAOLUD

Eelmistes peatükkides sai selgitatud, et kuigi riigihankedirektiivid näevad ette erinevaid võimalusi hankelepingu muutmiseks, ei tähenda see, et hankijal on piiramatulepingu muutmise vabadus. Riigihankedirektiivide kohaselt peab lubatud muudatuste tegemisel üldjuhul jälgima, et selle tulemusel ei muutuks hankelepingu üldine olemus.²⁶³ Lepingu üldise olemuse muutmine võib kaasa tuua selle, et hankemenetlusest oleks huvitatud teised ettevõtted, kes algselt hankemenetluses ei osalenud.²⁶⁴ Samuti võib hankelepingu muutmine olla välistatud olukorras, kus sõlmitud muudatus ei klassifitseeru mitte ühegi lubatud muudatuse sätte alla ning seega oma olemuselt on tegu olulise muudatusega.²⁶⁵ Lisaks eeltoodule võib muudatuste tegemine olla võimatu hankijast tingitud põhjustel, nt hanke ajal avaldatud lepingu tingimustega on see välistatud.

Käesolevas peatükis analüüsitakse hankelepingu muutmist välistavaid asjaolusid. Seejuures on eesmärgiks selgitada, kuidas mõista terminit „hankelepingu üldine olemus“. Käesolev peatükk annab vastuse küsimusele, milliseid aspekte tuleb silmas pidada olulise muudatuse tegemise kontekstis. Lisaks eeltoodule otsitakse vastust küsimusele, kas olulise muudatuse tegemise keeld prevaleerib olukordades, kus muudatuse tingivad riigihankeõiguse eesmärkidest kaalukamad huvid. Hankelepingu muutmise õiguspärasuse hindamisel pole vähem tähtis hankija enda tegevus. Seetõttu analüüsitakse, millest tuleks hankijal lähtuda riigihankemenetluse ajal hankelepingut koostades.

3.1. Hankelepingu üldine olemus ning selle muutmine

Eelmises peatükis sai selgitatud, et riigihankedirektiividega nähakse ette mitmed hankelepingu muutmise alused. Seejuures on enamikul juhtudel seatud piirang, mille kohaselt ei tohi muutuda hankelepingu üldine olemus.²⁶⁶ Riigihankedirektiividega pole defineeritud mõiste hankelepingu üldise olemuse sisu või asjaolu, kuidas selle muutumist hinnata. Seega saab väita, et tegu on määratlemata õigusmõistega. Määratlemata õigusmõistete sisustamise osas on

²⁶³ Vt nt klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p-d a ja c.

²⁶⁴ J. M. Hebly, S. v. d. Boogaart. Modification of Public Contracts in the Netherlands. - European Procurement & Public Private Partnership Law Review 12/2017, lk 207.

²⁶⁵ Simovart (viide 10), lk 56.

²⁶⁶ Vt nt klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p-d a ja c; kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p-d a ja c; võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p-d a ja c; RHS § 123 lg 1 p 1 ja 2.

Euroopa Kohus asunud seisukohale, et seda tuleb sisustada, võttes arvesse mõiste konteksti ja sätete eesmärki, kuhu see kuulub.²⁶⁷

Mõningaid viiteid hankelepingu üldise olemuse sisustamiseks leiab klassikalise direktiivi põhjenduspunktidest. Seal on selgitatud, et hankelepingu olemuse muutmiseks saab pidada sellist olukorda, kus näiteks riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga.²⁶⁸ Neid muudatusi loetakse olemuslikuks muudatuseks, sest võib eeldada hüpoteetilist mõju esialgse hankemenetluse tulemusele.²⁶⁹ Siit võib ekslikult teha järelduse, et olemuslik muutus on seotud hankelepingu rahalise poole muutmise, kuna pakkumuse maksumuse muutmine võib avaldada hüpoteetilist mõju hanketulemustele.

Kuigi hankelepingu üldist olemust on seotud hankelepingu maksumusega ja pole välistatud nende osaline omavaheline seos, ei saa eeldada, et olukorras, kus muutub hankelepingu maksumus teatava summa või vahemiku võrra, on tegemist kohe hankelepingu üldise olemuse muutmise. Sellist järeldust kinnitavad riigihankedirektiivid, mille kohaselt on hankelepingus lubatud teha muudatusi, mis on vähese väärtusega (*de minimis* reegel).²⁷⁰ Seejuures ka *de minimis* erandit kasutades tuleb arvestada, et selle käigus ei tohi muutuda hankelepingu üldine olemus.²⁷¹

Riigihankedirektiivide põhjenduspunktis on selgitatud, et üldise olemuse muutmiseks saab lugeda sellist olukorda, kus riigihanke liiki oluliselt muudetakse.²⁷² Seejuures pole täpsustatud, kas selle all peetakse silmas võimalikke situatsioone, kus algselt asjade ehitustööde tellimise hange muutub projekteerimis-ehitustööde hankeks, või tuleb vaadata lisaks muid aspekte. Näiteks võib tekkida küsimus olukorras, kus algselt viidi läbi siseriiklik hankemenetlus, kuid muudatustööde maksumus koos algse hankelepingu maksumusega ületab riigihangete rahvusvahelist piirmäära. Kui võrd üldise olemuse määratletust on põhjendatud hüpoteetilise mõjuga esialgsetele hanketulemustele²⁷³, saab asuda seisukohale, et hankemenetluse liigi muutuse alla võivad minna mõlemad näited. Kummalgi juhul pole võimalik tõsikindlalt välistada asjaolu, et selline muudatus ei avaldaks mõju esialgsele pakujate ringile. Kui tegu

²⁶⁷ EKo 28.02.2019, C-388/17, *Konkurrensverket vs SJ AB*, p 48.

²⁶⁸ Klassikalise direktiivi põhjenduspunkt 109.

²⁶⁹ Samas.

²⁷⁰ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 2, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 2; võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 2. Eelviidatud sätte võetakse Eesti õigusesse üle RHS § 123 lg 1 p-s 1.

²⁷¹ Samas.

²⁷² Klassikalise direktiivi põhjenduspunkt 109.

²⁷³ Samas.

on siseriikliku vs rahvusvahelise hankemenetluse läbiviimise küsimusega, ei saa välistada, et kui hankija oleks hanketeate avaldanud ka Euroopa Liidu Teatajas²⁷⁴, oleks selle vastu huvi tundnud mõni teises liikmesriigis asuv pakkuja.

Alapeatükis 2.2. analüüsiti, et aeg on selline aspekt, mis võib mõjutada hinnangut muudatuse õiguspärasusele. Hankelepingu algusfaasis tehtavad muudatused äratavad kahtlemata suuremat kahtlust, kui pikema aegse lepingu puhul hankemenetluse viimases faasis tehtud muudatused.²⁷⁵ Seetõttu saab tõstatada küsimuse, kas ajafaktor mängib rolli hankelepingu üldise olemuse muutmise väljaselgitamisel.

Võtame näiteks olukorda, kus hankelepingus on selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt kehtestatud regulatsioon, mille kohaselt tööde eest tasutakse vastavalt tegelikult teostatavatele mahtudele ning 12-kuulise lepingu täitmise viimastel kuudel selgub tööde üle mõõtmise tulemusel, et lisanduva mahu tõttu on lepingu täitjale makstava tasu suurus suurem kui riigihanke rahvusvaheline piirmäär.²⁷⁶ Hanke ajal see ettenähtav ei olnud.²⁷⁷ Võtame seejuures eelduse, et hankija on täitnud nõutud hoolsuskohustuse riigihanke alusdokumentide koostamisel, sh on ta riigihanke eeldatava maksumuse määranud riigihankeõiguse nõuetega kooskõlas²⁷⁸ ja kõrge professionaalsusega.

Sellise näite puhul pole hüpoteetilist mõju esialgsele hanketulemusele võimalik välistada. Samuti võivad eelpool käsitletud asjaolud klassifitseeruda üldise olemuse muutmiseks.²⁷⁹ Seega on tegu komplitseeritud juhtumiga ning õiget vastust leida on üpris problemaatiline. Selliste keerukate olukordade lahendamisel tuleb arvestada riigihanke üldpõhimõtted ning normi eesmärki, mida on selgitatud esimeses peatükis. Üldistatuna on regulatsiooni vaja selleks, et mistahes reeglite puudumisel oleks hankijatel võimalik mõjutada hankemenetluse, sh hankelepingu täitmise kulgu selliselt, et luuakse põhjendamatud eelised endale sobilikele ettevõtjatele. See omakorda ei ole EL riigihankeõiguse eesmärkidega kooskõlas, mille kohaselt

²⁷⁴ Rahvusvahelist piirmäära ületav hange tuleb tulenevalt RHS-is avaldada lisaks Eesti riigihangete registrile Euroopa Liidu Teatajas.

²⁷⁵ Bogdanowicz (viide 96), lk 203.

²⁷⁶ Riigihanke piirmäärad erinevad sõltuvalt hanke liigist. Allikas: Rahandusministeerium. Kasulik teave.- <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave> (21.04.2019).

²⁷⁷ Sellist tööd eel tasumise loogikat on pikka aega juurutanud nt Maanteeamet oma hangetes, vt nt riigihanked viitenumbri 204021, 203928.

²⁷⁸ Nõudeid vt RHS §-st 23.

²⁷⁹ Klassikalise direktiivi põhjenduspunkt 109.

tuleks tagada siseturul piiranguteta konkurents ning kaupade ja teenuste vaba liikumine. Üldise olemuse muutmise keeld on direktiividesse seatud just kannustatuna antud eesmärgist.

Hankijal tuleb oma tegevuses lähtuda proportsionaalsuse põhimõttest.²⁸⁰ Proportsionaalsuse põhimõttega arvestamiseks tuleb läbida proportsionaalsuse test vastavalt alapeatükis 1.4. kirjeldatule. Proportsionaalsuse kaalumisel on kaalukausil ühel poolel võimalik ebasoodne mõju konkurentsile ehk teisisõnu hankelepingu muutmise keelu piirangu eesmärk. Teisel poolel aga võimalik ebasoodne mõju hankijale, mis peamiselt võib väljenduda ressursi kulus, täiendavas rahalises ja ajalises kulus, mis tekiks lisatööde ning mõju senisele lepingu partnerile, kel eksisteerib õiguspärane ootus lepingute täitmise vastu kasvõi tulenevalt põhimõttest *pacta sunt servanda*.

Proportsionaalsuse testi tehes pole ilmselgelt kahtlust, et uue hankemenetluse läbiviimine on sobiv vahend. Seda põhjusel, et sellega avatakse uus võimalus kõigile potentsiaalsetele antud valdkonnas tegutsevatele ettevõtetele. Seega pole võimalik väita, et tegu oleks konkurentsi pärssiva meetmega. Vajalikkuse kriteeriumi täitmisega ei ilmne samuti probleeme, kuna sätte legitiimseks eesmärgiks on konkurentsi tagamine siseturu tingimustes. Konkurentsi pole võimalik tagada vähem riivavamate meetmetega. Küsitav seevastu on, kas sellisel juhul uue hanke läbiviimine oleks alati mõõdukas abinõu. Olukorras, kus tegu on lõppjärgus olevate töödega, ei ole uue hanke läbiviimine mõõdukas, arvestades sellega kaasnevat lisakulusid.

Seega saab teha üldistuse, et olukorras, kus hankeleping on põhimahus täidetud ja hankemenetluse liigi muutuse tingivate tööde maht on marginaalne, siis ilmselgelt poleks proportsionaalsuse põhimõttega kooskõlas järeldus, et tegu on hankelepingu olemusliku muudatusega. Eeltoodut kinnitab Rahandusministeeriumi seisukoht, milles on rõhutatud, et riigihanke piirmäära ületamine muudatuse tagajärjel ei pruugi igakordselt kaasa tuua hankelepingu üldise olemuse muutumist.²⁸¹

Hankelepingu üldise olemuse hindamisel on vaja hinnata hankelepingu muudatuse ajalisi aspekte ning hankija tegevust hankemenetluse läbiviimisel ja lepingu täitmise käigus. Neid asjaolusid igakülgselt arvesse võttes võib jõuda kaasuste lõikes erinevale järeldusele.

²⁸⁰ Klassikalise direktiivi artikkel 18 lg 1, kontsessioonidirektiivi artikkel 3 lg 1, võrgustikudirektiiv artikkel 35 lg 1; RHS § 3 p 1.

²⁸¹ Rahandusministeerium. Korduma kippuvad küsimused. Riigihangete menetlemine alates 01.09.2017. Hankelepingu muutmine, selgitus nr 7.- <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/1183> (29.01.2019).

Lisaks eeltoodule tekib küsimus, kas hankelepingu olemuse muutus võrdub hankelepingu olulise muudatusega. Küsimust ilmestab asjaolu, et riigihankedirektiivide põhjenduspunktides on olemuse muutmist seostatud mõjuga esialgsele hankemenetluse tulemusele.²⁸² Samuti on seda märgitud ühe võimalusena, mil hankelepingu muutmine on oluline.²⁸³ Hankelepingu üldine olemuse muutus ei võrdu hankelepingu olulise muudatusega. Ühelt poolt kinnitab seda asjaolu, et riigihankedirektiivides ning seda üle võtvas RHS-s kasutatakse termineid erinevas sõnastuses „lepingu üldise olemuse muutmine (inglise keeles *modification of the overall nature of the contract*)“ vs „hankelepingu oluline muutmine (inglise keeles *substantial modification*)“²⁸⁴, ning erinevate terminite kasutamiseks puudub igasugune objektiivne põhjendus. Samatähenduslike asjaolude kohta erinevate terminite kasutamine külvab õiguslikku ebaselgust. See oleks vastuolus hea õigusloome tavaga ning võib viia sinnani, kus liikmesriikides hakatakse analüüsivat sätet rakendama erinevalt. Sätete erinev rakendamine liikmesriikides omakorda võib negatiivselt mõjuda piirideta konkurentsi tagamisele EL-i siseselt. Sellist tõlgendust kinnitab ka Euroopa Kohtu kaasus, millest saab välja lugeda seisukoha, et „oluline muudatus“ ning „hankelepingu olemuse muudatus“ ei ole samatähenduslikud.²⁸⁵ Selles lahendis leiti, et selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt kirja pandud muutmisklauslite alusel on võimalik teha olulisi muudatusi.²⁸⁶ Riigihankedirektiivide kohaselt tuleb selgelt, täpselt ning ühemõtteliselt kirja pandud muutmisklauslite rakendamisel vältida hankelepingu olemuse muutmist.²⁸⁷

Mõningaid viiteid hankelepingu üldise olemuse sisustamiseks leiab EL liikmesriikide seisukohtadest. Näiteks Hollandis on seadusandja direktiive üle võttes selgitanud hankelepingu üldise olemuse muutumist olukorrana, kus muutub lepingu liik, nt algsest asjade tarnelepingust saab töövõtuleping.²⁸⁸ Saksamaa kohtupraktikast leiab kaasuse, kus algsest oli ette nähtud kavandada laste päevahoiuteenuse ruumiline planeering.²⁸⁹ Lepingu täitmise käigus tellija vajadused muutusid ning nüüd sooviti juba lahendust, mis sobiks lastele kuni algkooli lõpuni. Selles kaasuses leidis kohus, et selline muudatus on juba olemuslik muudatus, mis nõuaks uue hanke korraldamist.²⁹⁰

²⁸² Klassikalise direktiivi põhjenduspunkt 109.

²⁸³ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4 p a, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 4 p a; võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 4 p a; RHS § 123 lg 2 p 1.

²⁸⁴ Võrdle klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a vs klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4.

²⁸⁵ EKo 07.09.2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S vs Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, p 36.

²⁸⁶ Samas.

²⁸⁷ Vt nt klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a.

²⁸⁸ Hebly, Boogaart (viide 264), lk 207.

²⁸⁹ VK Baden-Württemberg, 07.06.2018, 1 VK 10 / 18.

²⁹⁰ Samas.

Eestis on hankelepingu üldise olemuse muutmise teemal toodud näitena niivõrd laiulatuslike muudatuste tegemist, kus esialgsed tööd asendatakse millegi muuga.²⁹¹ Teisisõnu muutub algselt välja kuulutatud hanke liik. Näite kohaselt peetakse selliseks olukorraks juhtumit, kus esialgses hankemenetluses nõutud spetsiifilise valgustuse, heli ja veesurve muutmise installatsiooniga varustatud ja selleks otstarbeks spetsiifiliste omadustega purskkaevu asemele projekteeritakse lihtne, muutumatu veesurvega kivimist purskkaev.²⁹²

Eeltoodut võib jätkata veel muude näidetega. Näiteks võib hankelepingu olemuse muutuse alla klassifitseeruda selline muudatus, kus hankemenetluse ajal nõutakse pakkuja kvalifitseerimise või pakkumuste vastavuse faasis kindlatele nõuetele vastavat võtmeisikut, kuid hankemenetluse sõlmimise järgselt aktsepteeritakse hanke ajal toodud nõuetele mittevastavat isikut. Seda põhjusel, et hankijale tundub, et tegu on pädeva isikuga. Või alternatiivselt olukord, kus hankija on nõudnud võtmeisikuid alles hankelepingu täitmise faasis ning lisaks on seadnud nõude, et lepingu täitmisel kasutatav võtmeisik ei tohi olla hõivatud rohkemas kui kahes samaaegselt töös olevas projektis.²⁹³ Kui pärast lepingu sõlmimist selgub, et pakkuja ei suuda nõuetele vastavat võtmeisikut tagada, on hankija dilemma ees, kas aktsepteerida nõuetele mittevastavat isikut või lõpetada nõuetekohaselt leping või jätkata lepingut muudetud tingimustel. Nõuetekohaselt sõlmitud lepingu lõpetamine ja uue hankemenetluse läbiviimine toob hankijale kaasa täiendavat ressursi kulu.

3.2. Olulise muudatuse keeld riigihankeõiguses

Lisaks eelmises alapeatükis käsitletule ei tohi hankelepingus teha olulisi muudatusi. Hankelepingu olulise muudatuse temaatikat lahkas Euroopa Kohus põhjalikult *pressetext Nachrichtenagentur GmbH* kaasuses.²⁹⁴ Selles lahendis tõi Euroopa Kohus välja põhilised seisukohad, millal saab väita, et hankelepingu muutmine on oluline. Need põhimõtted on riigihankeõigusesse üle võetud riigihankedirektiividega.²⁹⁵ Muudatusi loeti oluliseks seetõttu, et nende puhul eksisteerib võimalus läbipaistvuskohustuse ja pakkujate võrdse kohtlemise kohustuse rikkumiseks.²⁹⁶ Ilma neid põhimõtteid järgimata ei pruugi olla võimalik tagada ausat

²⁹¹ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 12), lk 109.

²⁹² Samas.

²⁹³ Sellist praktikat on pikalt juurutanud Maanteeamet oma ehitustööde hangetes vt näiteks riigihange viitenumbri 200408 hankelepingu projekti lisa 3 punkt 5.1.f).

²⁹⁴ EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria Vabariik*.

²⁹⁵ Simovart (viide 10), lk 56.

²⁹⁶ EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria Vabariik*, p 60.

konkurentsi siseturul. Siinjuures olgu märgitud, et tegu on näitliku loeteluga.²⁹⁷ Oluliseks muudatuseks võivad klassifitseeruda muud asjaolud ning tegu on igakordse kaalutluse küsimusega. Seisukoha andmise näol on tegemist võrdleva hindamisega, kus arvestatakse nii läbipaistvuse kui võrdse kohtlemise põhimõttega.²⁹⁸ Kaalutlust tehes tuleb hinnata asjaolusid objektiivsest seisukohast lähtuvalt.²⁹⁹ Hinnang peab baseeruma objektiivse kõrvaltvaataja seisukohtadel. Seejuures ei ole oluline, kas tegu on hankija ja pakkuja tahtlusega hankelepingu tingimusi uuesti läbi rääkida või mitte.³⁰⁰

Riigihankedirektiivide kohaselt loetakse oluliseks muudatuseks:

- muudatust, millega lisatakse tingimus, mis oleks võimaldanud osaleda hankemenetlusel teistel potentsiaalsetel hankemenetlusest huvitatud isikutel, või muudatust, mis oleks võimaldanud aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumusi, või muudatust, mis oleks kaasanud hankemenetluse täiendavaid osalejaid, ehk teisisõnu muudatust, mis mõjutab hankemenetluse tulemust;
- muudatust, mille tulemusel muudetakse võrreldes esialgsega lepingu tasakaal töövõtja jaoks soodsamaks ja mida polnud algselt ette nähtud;
- muudatust, millega laiendatakse märkimisväärselt lepingu reguleerimisala;
- muudatust, mille kohaselt toimub lepingupartneri asendus, v.a. direktiivis sõnaselgelt reguleeritud juhtumid, mis andsid hankijale võimaluse aktsepteerida lepingupartneri vahetust.³⁰¹

Kuigi näiliselt tunduvad eeltoodud alused selged, võib praktikas nende rakendamine osutuda problemaatiliseks. Esmalt tekib küsimus, mis saab olukorras, kus hankelepingu muutmise aluseks olevad asjaolud vastavad nii lubatud kui keelatud muudatuse koosseisu tunnustele. Näiteks võib olla hankelepingu hinna muutus selline, mis täidab ära nii lubatud kui keelatud muudatuse koosseisu. Ilmestamaks eeltoodut, saab tuua olukorra, kus hankija on hankemenetluse ajal näinud hankelepingus ette, et tegu on ühikhinna lepinguga, kus tasutakse vastavalt tegelikult teostatud tööde mahtudele.³⁰² Selleks on hankija hankelepingus ette näinud regulatsiooni, mis täidab riigihankedirektiivides toodud lubatud muudatuse koosseisu, mille

²⁹⁷ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde (viide 12), lk 109.

²⁹⁸ VK Baden-Württemberg, 07.06.2018, 1 VK 10 / 18.

²⁹⁹ EKo 07.09.2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S vs Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, p 33.

³⁰⁰ Samas, p 32.

³⁰¹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4; kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 4; võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 4. Eelviidatud sätteid võetakse Eesti õigusesse üle RHS § 123 lg-s 2.

³⁰² Sellist praktikat viljeleb näiteks Maanteeamet oma tee ehitustööde hangetes vt nt riigihanked viitenumbri 204021, 203928.

kohaselt on hankijal lubatud hankelepingut muuta selgete, täpsete ning ühemõtteliste muutmisklauslitega.³⁰³

Oletame, et pakkuja X teeb hankemenetluses soodsaima pakkumuse ning pakkuja Y pakkumus on temast madalam 10 euro võrra. Tehtud hinnapakumuses oli tööliigi Z ühikhinnaks pakkuja X puhul märgitud 1 euro ning pakkuja Y puhul 2 eurot. Lepingu täitmise käigus tööde üle mõõtmisel selgub, et tööliigi Z tegelik töömaht on 10 ühiku võrra madalam kui hanke aluseks olevas hinnaloendis toodu. Muud tööliigi mahud lepingu täitmise käigus ei muutu. Tööde lõppmaksumuseks jääks pakkuja X puhul 10 eurot madalam summa kui algselt hankemenetluses esitatud pakkumus. Kui pakkuja Y oleks lepingut täitnud, oleks selle näite puhul tema maksumus vähenenud 20 euro võrra ehk tegu oleks asjaoluga, mille tulemusel on näha mõju esialgsele hankemenetluse tulemusele. Kui mahu muutust oleks kohe alguses ette nähtud, oleks edukaks osutunud pakkuja Y.

Kuigi eeltoodud näide ilmestab, kuidas ühel juhul võib lepingu muudatus täita ära nii lubatud kui keelatud muudatuse koosseisu, ei ole võimalik teha järeldust, et sellisel juhul ei ole hankijal muudatuse tegemine lepingus toodud muutmisklauslite alusel õiguspärane. Seda on esile toodud nii õiguskirjanduses³⁰⁴ kui ka olulise muudatuse keeldu reguleerivas sättes, mis rõhutab, et, et antud loetelu ei piira õigust kasutada sätteid, mis lubavad hankelepingu muutmist³⁰⁵. Eeltoodud seisukohta kinnitab täiendavalt asjaolu, et vaadates regulatsiooni nähtub, et lubatud muudatuste loetelu puhul on tegu alternatiivsete võimalustega. Alternatiivsete sätete rakendamiseks piisab, kui ühes sättes toodud koosseis on täidetud.³⁰⁶

Seega saab teha üldistuse, et olulise muudatuse piirang on kohaldatav üksnes juhtumitel, kus hankija ei leia muutmise õigustamiseks sätet lubatud muudatuste regulatsiooni hulgast. Mõnevõrra teistsuguse järelduseni võib viia olukord, kus hankija on riigihanke alusdokumentidega näinud ette riigihankeõiguse regulatsioonist kitsamad võimalused hankelepingu muutmiseks. Antud problemaatikat on analüüsitakse viimases alapeatükis.

³⁰³ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p a, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p a; RHS § 123 lg 1 p 2.

³⁰⁴ Simovart (viide 10), lk 53.

³⁰⁵ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4; kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 4, võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 4; RHS § 123 lg 2.

³⁰⁶ R. Narits. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2007, lk 100.

Üheks oluliseks asjaoluks, mistõttu kavandatud muudatus võib osutada keelatud muudatuseks, on mõju esialgsele hankemenetluse tulemusele.³⁰⁷ Selle mõju olemasolu hindamine on keerukas. Hüpeteetilist mõju saab praktiliselt alati näidata. Näiteks õiguskirjanduses on hüpeteetilist mõju jaatatud olukorras, kus algselt nõutakse pangagarantiid 100% ulatuses, aga lepingu täitmise ajal alandatakse see 50%-ni.³⁰⁸ Ettevõtete krediitdivõimekused on erinevad ja seetõttu saab hüpeteetilist mõju jaatada. Olukorras, kus esitatakse nõue suure summaga tagatise esitamiseks, siis ilmselt isikud, kel seda võimalik saada pole, hankemenetluses ei osale.

Palju on räägitud sellest, et hankelepingu muudatuse olulisuse hindamise puhul on üks indikaator see, kas poolte käitumisest saab välja lugeda nende soovi oluliste tingimuste üle läbi rääkida.³⁰⁹ Eelnevast võib aru saada, et olulise muudatuse puhul peavad lepingus toodud nõuded muutuma või lisanduma täiendavaid töid. See omakorda ei tähenda, et hankelepingu oluliseks muudatuseks klassifitseeruvad üksnes sellised muudatused, kus töö maht kas suureneb või muutuvad töödele algselt seatud nõuded. Hankelepingu muudatus võib olla oluline juhtumitel, kus hankija näiteks soovib vähendada hankelepingu mahtu.³¹⁰ Seda seisukohta kinnitab Euroopa Kohus *Finn Frogne* kaasuses.³¹¹

Hankelepingu sõlmimise aegse tööde mahu vähendamise juures tuleb arvestada võimalusega, et hange võib huvi pakkuda väiksema- ja keskmise suurusega ettevõtetele.³¹² Seetõttu võib mahu vähendamine samuti kahjustada konkurentsi ja hankija tegevuse läbipaistvust.³¹³ 2014. aastal jõustunud riigihangete direktiivide üheks eesmärgiks on edendada väikese- ja keskmise suurusega ettevõtjate³¹⁴ riigihankes osalemist.³¹⁵ Hilisemad mahu vähendamisega seotud muutmised võivad eelviidatud eesmärgi täitmist takistada ning liikmesriikidel on kohustus jälgida, et sellist lubamatut tagajärge ei tekiks.

Lisaks hanke eseme osas tehtavatele muudatustele tekib küsimus, kuidas käituda olukorras, kus lepingu täitmise käigus ilmneb vajadus vahetada isikut, kes hankelepingus kokkulepitud alusel

³⁰⁷ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4 p a; kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 4 p a; võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 4 p a; RHS § 123 lg 2 p 1.

³⁰⁸ Hartlev, Liljenbøl (viide 4), lk 54.

³⁰⁹ Brodec, Janeček (viide 3), lk 92.

³¹⁰ A. Brown. Whether a new tendering procedure is required when a public contract is amended under a settlement agreement: the EU Court of Justice ruling in case C-549/14 *Finn Frogne A/S*. – *Public Procurement Law Review* 1/2017, lk 7.

³¹¹ EKo 07.09.2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S vs Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, p 40.

³¹² Brown (viide 310), lk 9.

³¹³ Olivera (viide 136), lk 40.

³¹⁴ Kirjanduses kasutusel enamasti mõiste eesti keeles „VKE“ ning inglise keeles „SME“.

³¹⁵ Klassikalise direktiivi põhjenduspunkt 2.

peaks töid tegema. Selleks isikuks võib olla lepingupartner ise, pakkumuse ajal nimetatud alltöövõtja või teine isik, kellele pakkuja oma kvalifikatsiooni tõendamiseks tugines. Seda eriti olukorras, kus riigihankeõiguses loetakse pakkuja asendamist oluliseks muudatuseks, v.a. kui see toimub neis toodud regulatsiooniga kooskõlas.³¹⁶

Riigihankedirektiivide kohaselt võib pakkumuse esitanud isiku välja vahetada, kui selline võimalus on sõnaselgelt riigihanke alusdokumentides ette nähtud või kui tegu on pakkuja restruktureerimisega.³¹⁷ Alltöövõtjat ega teist isikut, kellele pakkuja tugines, ei loeta tulenevalt riigihankedirektiividest pakkujaks.³¹⁸ Seetõttu alltöövõtja või teise isiku, kelle näitajatele pakkuja hankemenetluses tugines, asendamist riigihankedirektiividega reguleeritud ei ole.

Kui pakkuja asendamine on teatud juhtudel võimalik, siis muudatuse õiguspärasuse hindamine läheb palju keerukamaks juhul, kui hankelepingu täitmise käigus on vaja asendada ettevõtte, kelle pädevusele pakkuja hanke ajal riigihankedirektiivide kohaselt³¹⁹ tugines põhjusel, et pakkuja ise üksinda ei täida hankemenetluse ajal kvalifitseerimiseks seatud nõudeid. Seda eriti olukorras, kus hankemenetluse ajal on riigihankedirektiivide kohaselt teatud juhtumitel lubatud sellise isiku välja vahetamine, kelle näitajatele pakkuja on kvalifitseerimise tingimuse vastavuse tõendamiseks tuginenud. Isiku välja vahetamine on riigihankedirektiivide kohaselt lubatud olukorras, kus isikul, kellele tuginetakse, esineb riigihankest kõrvaldamise alus hankemenetluse staadiumis.³²⁰ Lepingu täitmise faasis isiku välja vahetamist antud säte ei reguleeri.

Tekib küsimus, kas selline hankelepingu muudatus on õiguspärane, kus lepingu täitmise käigus asendatakse isik, kelle pädevuse tõttu lepingu täitja sai hankemenetluses osaleda. Kui hankija on sellise olukorra tekkimise hanke ajal ette näinud ja seega kehtestanud regulatsiooni, kuidas sellisel juhtumitel käitatakse, on olukord lihtsam. Seda põhjusel, et hankelepingus on lubatud teha muudatusi, kui tegu on selgete, täpsete ning ühemõtteliste muutmisklauslitega.³²¹

³¹⁶ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4 p d; kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 4 p d; võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 4 p d; RHS § 123 lg 1 p 5.

³¹⁷ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4 p d koosmõjus artikkel 72 lg 1 p-ga d, kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 4 p d koosmõjus artikkel 43 lg 1 p-ga d; võrgustikudirektiivi artikkel 43 lg 4 p d koosmõjus artikkel 89 lg 1 p-ga d. Eesti õigusesse on eelviidatud sätted võetud üle RHS § 123 lg 1 p-s 6.

³¹⁸ Klassikalise direktiivi artikkel 2 lg 1 p 11, kontsessioonidirektiivi artikkel 5 p 4; võrgustikudirektiivi artikkel 2 p 7. Eesti õigusesse on eelviidatud sätted võetud üle RHS §-is 7.

³¹⁹ Klassikalise direktiivi artikkel 63; kontsessioonidirektiivi artikkel 38; võrgustikudirektiivi artikkel 79; RHS § 103.

³²⁰ Klassikalise direktiivi artikkel 63 lg 1; võrgustikudirektiivi artikkel 79 lg 1; RHS § 103 lg 6.

³²¹ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p a; kontsessioonidirektiiv artikkel 43 lg 1 p a; võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 1 p a; RHS § 123 lg 1 p 2.

Keerulisem on olukord, kus riigihanke alusdokumendid sellekohast regulatsiooni ei sisalda. Antud olukorras tuleb kasutada vastuse leidmiseks riigihanke üldpõhimõtteid ning seaduse analoogiat. Pakkujate kvalifitseerimise etapis on riigihankedirektiivide kohaselt teise isiku välja vahetamine võimalik olukorras, kus selgub, et isiku suhtes esineb hankemenetlusest kõrvaldamise alus.³²² Järelikult ei tõlgendata sellist teise isiku vahetamist riigihanke üldpõhimõtte rikkumisena. Seetõttu saab analoogia korras asuda seisukohale, et lepingu täitmise käigus on teise isiku, kelle pädevusele hankemenetluse ajal tugineti, vahetamine õiguspärane. Seda juhul, kui väljavahetamise vajaduse tingib asjaolu, et selle isiku suhtes ilmnevad alused, mis tingiks tema hankemenetlusest kõrvaldamise.

Eeltoodust teistsugusele järeltulele saab jõuda juhul, kui teise isiku, kelle pädevusele hankemenetluses tugineti, väljavahetamine on hankelepingu täitmise käigus vajalik seetõttu, et ta on kaotanud oma kvalifikatsiooni. Seda põhjusel, et teise isiku kvalifikatsioonile tuginemise korral tuleb arvestada, et tuginemine ei saa olla formaalne, vaid peab olema sisuline.³²³ Teine isik, kelle näitajatele pakkuja kvalifitseerimise tingimuste täitmisel tugines, peab osalema lepingu täitmisel vähemalt osas, milles tema pädevusele tuginetakse.³²⁴ Eelkirjeldatud isiku vahetamise näol on tegu olukorraga, kus vahetatakse välja isik, kes kohustub lepingut teatavas osas täitma. Euroopa Kohus on leidnud kaasuses, kus teine isik, kelle näitajatele pakkumuses tugineti, kaotas pärast pakkumuse esitamist nõutud kvalifikatsiooni, et sellise isiku välja vahetamine hankemenetluse etapis kujutab endast pakkumuse olulist muutmist, mis on vastuolus pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttega.³²⁵

Olukorras, kus pärast pakkumuse esitamist ning enne hankelepingu sõlmimist on teise isiku, kelle näitajatele pakkuja antud hankemenetluses tugines, välja vahetamine riigihankeõigusega vastuolus, ei saa väita, et sellise isiku hilisem väljavahetamine lepingu täitmise käigus oleks õiguspärane. Lisaks eeltoodule kinnitab seda Euroopa Kohtu seisukoht kaasuses, kus vaidluse all oli küsimus, kas sellist alltöövõtjat, kes on lepingus nimeliselt nimetatud, saab hankelepingu täitmise faasis õiguspäraselt välja vahetada.³²⁶ Selles kaasuses leidis Euroopa Kohus, et alltöövõtja vahetamine, isegi kui lepingus on ette nähtud muutmise võimalus, võib erandjuhtudel kujutada endast lubamatut muudatust. Seda olukorras, kus ühe alltöövõtja

³²² Klassikalise direktiivi artikkel 63 lg 1; võrgustikudirektiivi artikkel 79 lg 1; RHS § 103 lg 6.

³²³ EKo 07.04.2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz vs Zarząd Oczyszczania Miasta*, p 38.

³²⁴ Vt nt RHS § 103 lg 1 viimase lause, millega võetakse üle klassikalise direktiivi artikkel 63.

³²⁵ EKo 14.09.2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni Srl vs Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*, p-d 39-40.

³²⁶ EKo 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG vs Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*.

kasutamine teise asemel on olnud lepingu sõlmimisel otsustav tegur.³²⁷ Teise isiku näitajatele tuginemise olukorras on see kahtlemata lepingu sõlmimisel otsustav tegur, kuna tuginemise vajadus praktikas eksisteerib, kui hankemenetlusest huvitatud isik ei täida hankija poolt seatud nõudeid. Hankelepingu õiguspäraseks muudatuseks ei saa lugeda olukorda, kus pakkuja lepingu täitmise käigus vahetab välja isiku, kellele tuginedes ta täitis kvalifitseerimistingimused, sest see isik on kaotanud hanketingimustes nõutud pädevuse.

Lepingu muudatuse olulisuse üle hindamisel tuleb hankijal arvestada riigihankemenetluse piirmääradega. Seda seetõttu, et välistada ei saa olukordi, kus muudatus võib tulenevalt kohtupraktikas toodud seisukohtadest olla ebaoluline, kuid juhul kui muudatusega kaasneb selline lepingu maksumuse suurenemine, mis tähendaks hankeaegset muu menetlusliigi valimist - näiteks lihthankemenetluse asemel avatud hankemenetlust - eksisteerib võimalus, et kogu leping vaidlustatakse selle tõttu, et hankija on oma tegevusega üritanud riigihanke välistada direktiivi kohaldamisalast.³²⁸ See omakorda võib viia konkurentsi piiramiseni. Konkurentsi piiramine on vastuolus riigihanke üldpõhimõtetega. Eeltooduga arvestamine ei tähenda, et automaatselt saaks järeldada sellise muudatuse lubamatust. Olukorras, kus hankija on oma tegevuses olnud korrektne ja rakendanud seejuures käibes vajalikku hoolsust, oleks ebaproportsionaalne eeldada, et muudatust loetakse oluliseks ilma täiendavaid kaalutlusi arvestamata.

Praktikas võib tekkida küsimus, kuidas käituda olukorras, kus ühelt poolt on tuvastatud, et muudatus, mida hankija soovib hankelepingusse teha, on oluline muudatus, mis tulenevalt riigihankeõiguse regulatsioonist on keelatud. Samas on hankelepingu muutmise teiste hüvede kaitsmiseks vajalik. Pole välistatud olukorrad, kus riigi julgeoleku tagamiseks või rahva tervise kaitseks või muule olulisele avaliku huvi argumendile tuginedes on olemasolevas hankelepingus vaja teha muudatusi. Sel juhul on erinevad kohustused omavahel kollisioonis, st ühelt poolt on kohustus tagada kaupade ja teenuste vaba liikumine, aus konkurentsiolukord ning välistada diskrimineerimine, samas teiselt poolt on kohustus kaitsta muid olulisi hüvesid.

Kuigi riigihankemenetluse läbiviimise, sh hankelepingu muutmise õiguspärasus on oluline hüve, mida tuleb kaitsta, siis seda hüve kaitstes ei ole lubatud riivata muid olulisi hüvesid.

³²⁷ EKO 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG vs Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, p 39.

³²⁸ Aquilina (viide 177), lk 31.

Sellist seisukohta kinnitab Euroopa Kohtu praktika.³²⁹ Kaasuses, kus arutati Itaalia Vabariigi hasartmängupoliitikat, möönis Euroopa Kohus, et teatavad piirangud, mis võivad ohustada võrdse kohtlemise põhimõtet, võivad olla õigustatud ülekaaluka üldise huviga ning EL toimimise lepingu artiklites 51 ja 52 sätestatud avaliku korra, julgeoleku või tervishoiu huvides sõnaselgelt sätestatud erandite alusel.³³⁰ Ülekaalukaks üldiseks huviks on kohtupraktikas nimetatud lisaks eeltoodule tarbijate kaitset.³³¹ Seejuures on rõhutatud, et ülekaalukaks üldiseks huviks ei saa olla majanduslikud kaalutlused.³³² Majanduslikud põhjused on välistatud samuti riigihankeõigusega, mille sätetes on rõhutatud, et olulise avaliku huviga seotud põhjusteks ei ole vastava hankelepinguga otseselt seotud majanduslikud huvid, nt võimalikud kulud tulenevalt pakkuja välja vahetamisest jmt.³³³

Lisaks eeltoodule on Euroopa Kohus pidanud analüüsima võrdse kohtlemise põhimõtet, läbipaistvuskohustust ning proportsionaalsust meditsiiniseadmete hanke tehnilise kirjelduse koostamise kontekstis.³³⁴ Analüüsi käigus rõhutas Euroopa Kohus, et proportsionaalsuse põhimõtet kohaldatakse tundlikus rahvatervise valdkonnas erilisel moel ning lisas, et hinnates, kas liikmesriik on järginud proportsionaalsuse põhimõtet, peab arvestama, et inimese elu ja tervis on EL toimimise lepinguga kaitstud hüvede ja huvide hulgas esikohal. Liikmesriigid võivad otsustada, millisel tasemel nad kavatsevad rahvatervise kaitse tagada ja kuidas selline tase saavutatakse.³³⁵

Oluline on märkida, et avaliku huvi kui kaaluka argumendi arvestamist on riigihanke lepingute puhul peetud võimalikuks Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivis 2007/66/EÜ (edaspidi tekstis 2007/66/EÜ).³³⁶ 2007/66 EÜ artikkel 2d lg-s 3 on rõhutatud, et hoolimata hankelepingu tühisust tingivate aluste esinemisest võib tellijast sõltumatu järelevalveasutus jätta lepingu tühiseks tunnistamata, kui järelevalveasutus leiab pärast kõigi oluliste aspektidega tutvumist, et teatavad olulise avaliku huviga seotud põhjused nõuavad lepingu mõju säilitamist. Lisaks eeltoodule rõhutatakse, et lepingu kehtivuse juures võib majanduslikke huve pidada olulise avaliku huviga seotud põhjuseks üksnes siis, kui lepingu tühiseks tunnistamisega kaasneks

³²⁹ EKo 08.09.2016, C-225/15, *Domenico Politanò*.

³³⁰ EKo 08.09.2016, C-225/15, *Domenico Politanò*, p 41.

³³¹ EKo 12.06.2014, C-156/13, *Digibet Ltd, Gert Albers vs Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, p 23.

³³² EKo 07.03.2018, C-651/16, *DW vs Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra*, p 33.

³³³ RHS § 197 lg 4.

³³⁴ EKo 25.10.2018, C-413/17, „*Roche Lietuva*“ *UAB*

³³⁵ *Samas*, p 42.

³³⁶ 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.- ELT L 335/31, 20.12.2007 (edaspidi tekstis 2007/66/EÜ).

ebaproportsionaalsed tagajärjed. Samuti täpsustatakse 2007/66/EÜ artikkel 2d lg-s 3, et olulise avaliku huviga seotud põhjusteks ei ole asjaomase lepinguga otseselt seotud majanduslikud huvid, mille hulka kuuluvad lepingu täitmise edasilükkumisest tulenevad kulud, uue hankemenetluse alustamisest tulenevad kulud, lepingut täitva ettevõtja vahetamisest tulenevad kulud ja lepingu tühisusest tulenevate õiguslike kohustuste kulud. Kuigi tegu on direktiiviga, mis reguleerib riigihankelingu tühisuse tuvastamise aluseid, on selles toodud regulatsiooni võimalik analoogia korras kasutada olukorras, kus tuleb hinnata, kas avalikust huvist lähtuvalt võib õigustada hankelingu olulise muudatuse tegemist.

Seega saab teha üldistuse, et olukorras, kus erinevate kaitstud hüvede vahel on kollisioon, siis muud olulised hüved prevaleerivad riigihankeõigusest tulenevate kohustuste ees. Seda ainult juhul, kui EL toimimise leping või Euroopa Kohtu praktika on neid hüvesid olulistena tunnustanud.

3.3. Riigihanke alusdokumentidega välistatud muudatused

Eelpool toodud peatükid kirjeldasid hankelingu muutmise lubatavust või mittelubatavust riigihankedirektiivides toodud võimaluste kohaselt. Hankelingu muudatus võib olla mittelubatav olukorras, kus hankija on hankemenetluse käigus soovinud lepingu riske jaotada selliselt, et märkimisväärsed riskid on pandud teisele lepingu osapoolle. Praktikas leiab selliseid näiteid sageli ehitustööde hankelinguutest.

Üks markantsemaid näiteid on hankelingu, mis sisaldab sätet: „Käesoleva lepingu allkirjastamisega kinnitab töövõtja, et ta omab kõrgel professionaalsel tasemel ehitamise kogemusi ja selleks vajalikke eriteadmisi ning on vajaliku professionaalsuse ja põhjalikkusega tutvunud kogu ehituse kohta käiva projektdokumentatsiooni, olemasoleva ehitise, ehitusobjekti (-platsi) jmt lepingu tingimuste hindamise seisukohalt oluliste asjaoludega ning ei ole avastanud asjaolusid, vigu, puudujääke, lünki, ebaratsionaalseid, ohtlikke või töövõtja jaoks ebamõistlikult kulukaid lahendusi ega asjaolusid, mis võiksid tingida lepingu täitmise käigus projektdokumentatsiooni muutmise vms asjaolusid, mis võiksid lepingu täitmise käigus takistada töövõtjal tööde kohest alustamist, teostamist või lõpetamist, lõpp- või vahetähtaegadest kinnipidamist, tööde kvaliteedi muutusi, tööde maksumuse suurenemist vmt töövõtja ja tellija jaoks olulisi asjaolusid või muul viisil takistada lepingu kohast täitmist või lepingu eesmärgi saavutamist. Samuti kinnitab töövõtja, et tema parima professionaalse

arusaamise kohaselt vastab kogu projektdokumentatsioon ja selle alusel ehitatav ehitis vähemalt kõikidele tavapäraselt sarnastele ehitistele esitatavatele nõuetele ja tingimustele, sealjuures on töövõtja võimeline teostama ning arvestanud kohustusega teostada projektdokumentatsiooni kohased erilahendused. Seega kuuluvad hilisemalt kõigist eelnimetatud asjaoludest tulenevad viivitused, muudatused, täiendavate uuringute läbiviimise või projekteerimise- või ehitustööde vajadus jms töövõtja riski hulka ning need kuuluvad kõrvaldamisele ning täiendavad uuringud teostamisele ja projektdokumentatsioonis vm lepingu dokumentides vajalikud muudatused ja täiendavad ehitustööd tegemisele töövõtja kulul ilma tööde teostamiseks kehtivaid tähtaegu pikendamata ja töövõtja tasu suurendamata. Töövõtjal oli võimalus ja kohustus kõiki võimalikke asjaolusid täpsustada hankemenetluse käigus, samuti informeerida tellijat vajadusest projektdokumentatsiooni muuta või täiendada (kui töövõtja avastas või oleks professionaalse ehitusettevõtjana pidanud projektdokumentatsiooni läbitöötamisel vastava vajaduse avastama).“³³⁷

Arvestades eeltoodut tekib küsimus, kas olukorras, kus hanke ajal avaldatud hankelepingu projekt sisaldab eelviidatud sätet, on võimalik hilisemas hankelepingu täitmise faasis üldse hankelepingut muuta. Siin saab ühelt poolt asuda seisukohale, et tulenevalt riigihanke üldpõhimõtetest - eelkõige pakkujate võrdne kohtlemine ja läbipaistvuse tagamine - välistab eelpool toodud regulatsioon hankelepingu muutmise võimaluse. See on lubamatu vähemalt osas, mis on kaetud eeltoodud kinnitusega. Muutmine on õiguspärane ulatuses, mis väljub eelviidatud kinnitusega kaetud alast.

Olukorras, kus hankija on hanke ajal oma tingimustega väljendanud, et niivõrd laiaulatuslikku riski kannab tulevane lepingu täitja, oleks hiljem nõudest loobumine ilmselgelt asjaolu, mis mõjutaks hankemenetluses osalenud või potentsiaalselt osaleda võinud pakkujate ringi. Seda põhjusel, et ettevõtjate riskide hindamine on erinev. Seetõttu pole välistatud, et olukorras, kus isikutele oleks olnud ette teada, et antud sätet tegelikkuses ei rakendata, osalenuks hankemenetluses täiendavaid pakkujaid või oleks pakkumuste maksumused olnud esialgselt erinevad. Hüpooteetiline mõju hankemenetluse tulemustele klassifitseerub riigihankedirektiivide kohaselt lubamatuks muudatuseks.³³⁸

³³⁷ Vt nt riigihange viitenumbri 190596 hankelepingu kavandi punkt 2.3.

³³⁸ Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 4 p a; kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 4 p a; võrgustikudirektiivi artikkel 89 lg 4 p a; RHS § 123 lg 2 p 1.

Euroopa Kohus on rõhutanud, et võrdse kohtlemise põhimõtte tõttu tuleb olukorras, kus hankija on seadnud hankemenetluse käigus teatud tingimused, neist rangelt kinni pidada.³³⁹ Olgu siinjuures märgitud, et kuigi eelviidatud seisukoht on kujundatud hankemenetluse etapis aset leidnud asjaolude kontekstis, saab selles lahendis toodud seisukohti analoogia korras kasutada hankelepingu täitmise käigus otsuseid tehes.

Pole võimalik välistada juhtumeid, kus mõni potentsiaalne pakkuja jättis hankemenetluses osalemata põhjendamatult karmi hankelepingu tõttu. Ebamõistlikult range regulatsiooni seadmine võimaldab läbi hankelepingu sätete piirata kunstlikult konkurentsi. Kunstlik konkurentsi piiramine seevastu on riigihankedirektiivide kohaselt lubamatu. Konkurentsi kunstlikuks piiramiseks peetakse tulenevalt Euroopa Kohtu praktikast olukorda, kus riigihanget on kavandatud nii, et teatud ettevõtteid on võimalik sobimatul viisil soodustada või panna ebasoodsasse olukorda.³⁴⁰

Praktikast leiab mitmeid näiteid, kus hankelepingu tingimused sisaldavad klauslit, mille kohaselt ettenägematuks füüsiliseks tingimuseks, ei peeta nt pinnaseveetaseme kõikumist või ehitusgeoloogilisi tingimusi puuraukude vahel.³⁴¹ Ilma antud sätet sisaldamata võivad pinnaveetase või ehitusgeoloogia erinevused klassifitseeruda ettenägematuks asjaoluks riigihankedirektiivide kohaselt.³⁴² Nii on nt Hispaanias leitud, et objektiivselt ettenägematuks asjaoluks võivad olla keskkonnatingimustest ja geoloogiast tingitud asjaolud.³⁴³ Olukorras, kus hankija on hankelepinguga piiranud riigihankeõigusega ette nähtud hankelepingu muutmise võimalusi, ei ole tulenevalt läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttest võimalik asuda seisukohale, et lepingu muutmine hoolimata lepingus toodud välistusest on lubatav. Võrdse kohtlemise põhimõte nõuab, et pakkujatel oleksid pakkumuste koostamisel võrdsed võimalused. Võrdse kohtlemise põhimõttele vastandub läbipaistvuskohustus, mille eesmärk on vältida hankija poolt soosikute eelistamine või hankija omavoli.³⁴⁴ Lisaks eeltoodule on

³³⁹ EKo 10.10.2013, C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser vs Manova A/S*, p 40; EKo 29.04.2004, C-496/99, *Commission of the European Communities vs GAS Succhi di Frutta SpA*, p 115.

³⁴⁰ EKo 25.10.2018, C-413/17, „*Roche Lietuva*“ UAB, p 35.

³⁴¹ Vt nt riigihangete viitenumbri 189739, 193824, 202630 koosseisus esitatud hankeleping.

³⁴² Klassikalise direktiivi artikkel 72 lg 1 p c; kontsessioonidirektiivi artikkel 43 lg 1 p c; võrgustikudirektiivi artikkel 79 lg 1 p c; RHS § 123 lg 1 p 4.

³⁴³ Olivera (viide 136), lk 42.

³⁴⁴ EKo 13.07.2017, C-76/16, *Ingsteel spol. s r.o., Metrostav a.s. vs Úrad pre verejné obstarávanie*, p 34 ja seal viidatud kohtupraktika.

Euroopa Kohus rõhutanud, et hankija poolt hankemenetluse raames määratud tingimusi tuleb järgida kuni hankelepingu täitmise lõpuni.³⁴⁵

Mõnevõrra teistsugusele järeldusele saab jõuda kui asuda seisukohale, et tegu on ebamõistliku tüüptingimusega, mis ei ole saanud lepingu osaks ning seetõttu ei takista see sätte olemasolu hankelepingu muutmist. Riigihankelepingud, kus ei toimu lepingupoolte läbirääkimisi, on tüüptingimustel sõlmitavad lepingud³⁴⁶ ning sellised lepingu sätted, mis kahjustavad teist osapoolt ebamõistlikult, on tühised³⁴⁷. Seda seisukohta on kinnitanud Eesti kohtupraktika.³⁴⁸ Riigikohus on lahendanud kaasust, kus vaidluse all oli lisatööde tegemine, mis ei olnud hankedokumentides otseselt kirjeldatud ja mis selgusid alles ehitustööde teostamise käigus pärast konstruktsioonide avamist.³⁴⁹ Vaidlus tekkis seetõttu, et riigihankeleping, mis oli hankemenetluse ajal riigihanke alusdokumentide osaks, sisaldas sätteid, mille kohaselt pakutu suhe tegelikkusesse on töövõtja risk. Lisaks eeltoodule nähti lepinguga ette, et võimalikud ebaselgused tõlgendatakse tellija kasuks. See omakorda tekitas küsimusi, et kas need laiulatuslikud kinnitused välistavad sisuliselt tellija mistahes vastutuse enda poolt antud lähteandmete eest ja lepingu täitja peab kõik sellest tulenevad lisatööd teostama oma kuludega. Riigikohus rõhutas, et tulenevalt VÕS § 42 lg 1 teisest lausest ebamõistlikku kahjustamist eeldatakse juhul, kui tüüptingimusega kaldutakse kõrvale seaduse olulisest põhimõttest ja seega võib olla ebamõistlikult kahjustav selline tingimus, mis sätestab seadusega vastupidise riskide jaotuse.³⁵⁰ Seega tuleb hankijal enne hankelepingu täitjale märkimisväärsete riskide panekut kaaluda, kas analoogset riskijaotust on üldse võimalik hankelepingus selliselt reguleerida.

Arvestades eeltoodut tuleb hankijal hankemenetluse staadiumis erinevad lepingutingimused eriti hoolikalt läbi mõelda. Seejuures tuleb arvestada, et hankija oma tegevusega ei tooks kaasa olukordi, kus riigihankeõiguse regulatsioon võimaldaks lepingut muuta, kuid hankija on ise kehtestatud regulatsiooniga selle kasutamise muutnud problemaatiliseks. Välistada ei saa, et hilisema vaidluse korral tuvastatakse, et tegu on ebamõistliku tüüptingimustega. Kuna hankelepingu muutmise on tänapäeval juba pigem paratamatu vajadus³⁵¹, ei saa tõsikindlalt

³⁴⁵ EKo 29.04.2004, C-496/99, *Commission of the European Communities vs GAS Succhi di Frutta SpA*, p 115.

³⁴⁶ M. A. Simovart. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. - *Juridica I/2008*, lk 33-34.

³⁴⁷ Simovart (viide 19), lk 40.

³⁴⁸ RKTko 19.12.2017, 2-15-15662, p 21.

³⁴⁹ RKTko 19.12.2017, 2-15-15662.

³⁵⁰ Samas, p 21.

³⁵¹ M. A. Simovart. Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the Preetext Ruling. – *Juridica International XVII/2010*, p 152.

väljastada selle vajaduse tekkimist ühegi hanke puhul. Üritades mistahes hankelepingu muudatusi seatud tingimustega väljastada, võib hankija tuua kaasa hoopis õigusliku ebaselguse. Arvestades tüüptingimuste regulatsiooni ei saa tõsikindlalt väljastada olukorda, kus vaidluse käigus selgub, et selline tingimus ei ole saanudki lepingu osaks.³⁵²

3.4. Vahekokkuvõte (peatükk III)

Hankelepingu muudatuse õiguspärasuse tagamiseks ei tohi esineda seda väljastavaid asjaolusid. Muudatuse tegemine võib osutada õigusvastaseks hankija tegevuse ning muudatuse olulisuse tõttu. Samuti olukorras, kus muudatuse tagajärjel on muutunud hankelepingu üldine olemus.

Hankelepingu üldise olemuse muutmise vältimiseks on tähtis, et lepingut ei kujundata ümber selliselt, et selle tulemusel pole tegu algselt sõlmitud kokkuleppega, nt pole lubatud algselt sõlmitud tarnelepingu ümber muutmise töölepinguks. Lisaks eeltoodule võib hankelepingu muudatus muuta selle olemust olukorras, kus muudatuse tulemusel selgub, et see suurendab lepingu algset maksumust sedavõrd, et hankija oleks lepingu maksumuse tõttu pidanud kohaldama teist hankemenetluse liiki.

Lisaks üldisele olemusele on hankelepingu muutmise väljastatud olukorras, kus tegu on olulise muudatusega. Hankelepingu üldine olemus ning oluline muudatus on eraldiseisvad aspektid, kuhu võrdusmärki vahele tõmmata pole võimalik.

Olulise muudatuse puhul tuleb arvestada, et riigihankedirektiivides toodud loetelu ei ole ammendav. Hankija peab iga kord kaaluma konkreetseid kaasuses esile kerkinud asjaolusid. Seda tehes tuleb arvestada, et hinnang peab baseeruma objektiivse kõrvaltvaataja seisul kohtadel. Asjaolu, kas lepingutingimuste läbirääkimiste osas esines tahtlus, pole seejuures oluline.

Lubatavate ning muudatust väljastavate asjaolude samaaegsel esinemisel tuleb arvestada, et olulise muudatuse keeld ei prevaleeri riigihankedirektiividega ette nähtud hankelepingu muutmise võimaluste ees. Olulise muudatuse keeld ei välista hankelepingu muutmist juhtumitel, kus muudatuse tingivad muud ülekaalukad avalikud huvid, nt riigi julgeolek, rahvatervis jmt.

³⁵² RKTko 19.12.2017, 2-15-15662, p 21.

Tulenevalt olulise muudatuse keelust ei ole hankijal võimalik lepingu täitmise käigus välja vahetada isikut, kelle näitajatele pakkuja oma kvalifitseerimise tingimustele vastavuse tõendamisel tugines. Mõnevõrra teistsugusele järeldusele saab jõuda olukorras, kus hankija näeb riigihanke ajal ette detailse regulatsiooni juhtumiteks, kus sellist isikut on tarvis lepingu täitmise etapis asendada.

Lisaks eeltoodule võib hankelepingu muutmine olla õigusvastane juhtumitel, kus hankija on riigihanke ajal hankelepingu koostamisel näinud ette põhjendamatult ranged hankelepingu muutmise võimalused. Seetõttu on oluline, et hankijad koostaksid hankelepingud läbimõeldult. Läbimõtlematu tegevus võib viia probleemideni lepingu täitmise käigus ning tekitada õiguslikult ebaselge olukorra.

Hankelepingu muutmist välistavaid asjaolusid tuleb hinnata iga kord kaasuspõhiselt. Ühte kindlat toimivat mudelit muudatuse õiguspärasuse üle otsustamiseks pole võimalik tuua.. Hindamise juures tuleb arvestada ajalist aspekti ning riigihanke üldpõhimõtteid.

KOKKUVÕTE

Käesoleva töö eesmärgiks oli hankelepingu muutmise lubatavuse eelduste uurimine. 2014. aastal vastu võetud riigihankedirektiivid näevad ette mitmeid võimalusi hankelepingu muutmiseks. See omakorda ei tähenda, et praktikas osutuks hankelepingu muutmise varasemaga võrreldes tõhusamaks või paindlikumaks.

Hoolimata lisandunud võimalustest nähtub Riigikontrolli poolt tehtud auditist, et hankelepingu muutmise on jätkuvalt problemaatiline.

Käesoleva töö esimeses peatükis käsitleti ülevaاتlikult hankelepingu muutmise regulatsiooni arengut EL õiguses. Selgitati, milliseid võimalusi loovad riigihankedirektiivid hankelepingu muutmiseks. Siinjuures olgu märgitud, et riigihankedirektiividega kodifitseeriti suures osas varasemat Euroopa Kohtu praktikat ning seetõttu pole võimalik väita, et hankelepingu muutmise võimalused oleks riigihankeõiguses midagi uut. Asjaolust, et Eesti seadusandja nägi enne 2014. aastal vastu võetud riigihankedirektiive ette põhjendamatult karmi regulatsiooni hankelepingu muutmiseks, ei saa teha järeldust, et hankelepingu muutmise on nüüd oluliselt paindlikum.

Lisaks eeltoodule avati käesoleva töö esimeses peatükis riigihankeõiguses tähtsal kohal olevate üldpõhimõtete sisu. Põhimõtete osas käsitleti pakkujate võrdset kohtlemist, läbipaistvuskohustust ning proportsionaalsust. Eeltoodud põhimõtete järgimise kohustus ei lakka hankelepingu sõlmimisel. Veelgi enam, nad omavad keskset rolli hankelepingu täitmise faasis tehtavate muudatuste õiguspärasuse üle otsustamisel. Vastupidine seisukoht pärsiks riigihankeõiguse peamise eesmärgi saavutamist, milleks on soodustada konkurentsi ning tagada kaupade ja teenuste vaba liikumine EL-i siseselt.

Riigihanke üldpõhimõtete juures tuleb arvestada, et kuigi oma olemuselt on kõik üldpõhimõtted võrdsed ning ühtegi neist ei tohiks kuidagi esile seada, tuvastati käesolevas töös, et mõnikord on proportsionaalsuse põhimõtet omavahelise kollisiooni olukorras peetud vähem tähtsaks pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte ning läbipaistvuse tagamise kohustuse kõrval. See omakorda ei tähenda, et proportsionaalsus oleks põhimõtetest vähem tähtsam. Proportsionaalsuse olulisust kinnitab asjaolu, et 2014. aastal vastu võetud riigihankedirektiivides on proportsionaalsust kui riigihanke olulist põhimõtet, eraldi rõhutatud.

Selleks, et hinnata, kas riigihankedirektiivides toodud hankelepingu muutmise regulatsioon tagab hankijale tõhusamad ja paindlikumad hankelepingu muutmise võimalused, analüüsiti töös nii riigihankedirektiivide sätteid kui ka erinevaid riigihanke alusdokumente ning praktikas esile kerkivaid asjaolusid.

Analüüsitud hankelepingutes puudus tihti hankelepingu muutmist võimaldav detailsem regulatsioon ja seda asendas säte, mille kohaselt on hankijal õigus hankelepingut muuta poolte kokkuleppel. Sellised sätted omakorda ei tähenda, et hankija võib sõlmitud hankelepingut piiramatult muuta. Seda põhjusel, et tegu ei ole selge, täpse, ühemõttelise muutmisklausliga, mis klassifitseeruks lubatud muutmisklauslikis riigihankeõiguse kohaselt. Samuti on piiramatu hankelepingu muutmise vabadus vastuolus riigihanke üldpõhimõtetega. Töö koostamise käigus tuvastati, et vastust leida küsimusele, millised on selged, täpsed ning ühemõttelised muutmisklauslid, on problemaatiline. Selleks, et muutmisklauslit pidada selgeks, täpseks ning ühemõtteliseks, peab see olema kohaldatav ilma täiendavaid läbirääkimisi pidamata. Lisaks eeltoodule tuleb reguleerida muudatuse tegemise ulatus ning täpsed piirid. Selge, täpse ning ühemõttelisuse hindamisel saab tõmmata paralleele õigusselguse põhimõttega. Praktikas on selgete, täpsete ning ühemõtteliste muutmisklauslitena toodud näiteks erinevad indekseerimisklauslid.

Lisaks eeltoodule võib hankelepingut muuta, kui tegu on hoolsale hankijale ettenägematu olukorraga, kus ilmnenud asjaolude tõttu ei ole võimalik lepingu täitmist kokkulepitud tingimustel jätkata. Kuigi riigihankedirektiivid näevad ette võimaluse muuta hankelepingut hoolsale hankijale ettenägematus olukorras, ei selgu riigihankedirektiividest, millist käitumist saab antud sätte kontekstis lugeda hoolsale hankijale omaseks. Hoolsuskohustuse määra osas tuleb arvestada, et tegu pole absoluutse kohustusega. Kohtupraktikas on kinnitatud mõnevõrra leebema hoolsusstandardi olemasolu. Teistsugune seisukoht oleks vastuolus ka proportsionaalsuse põhimõttega. Ettenähtavuse osas tuleb arvestada, et tulenevalt proportsionaalsuse põhimõttest ei saa seda sisustada selliselt, et hankija peab ette nägema mistahes olukorrad. Ettenähtavuse hindamisel tuleb arvestada kõiki asjaolusid kogumis. Seejuures on tähtsal kohal valdkonnas kehtiv tava ja praktika. Ettenähtavuse osas hinnangut andes tuleb arvestada muuhulgas hankija tegevust või tegevusetust. Hankija tegevusest või tegevusetusest tingitud asjaolud ei klassifitseeru üldjuhul ettenägematuks asjaoluks. Kohtupraktika kohaselt on hankija tegevusetusena käsitletud olukorda, kus hankija jättis vajaliku põhjalikkusega välja selgitamata, kas mõnes liikmesriigis võib olla mõni ettevõtte, kes

suudab talle nõutavaid teenuseid pakkuda. Eeltoodu omakorda ei tähenda, et mistahes hankija mõjusfäärist väljas olev asjaolu kvalifitseeruks lubatud muudatuseks antud sätte kontekstis. Hankija mõjusfäärist väljas olevaid asjaolusid tuleb kaasuspõhiselt hinnata kogumis ning arvestama peab muuhulgas riigihangete üldpõhimõtetega.

Riigihankedirektiivid võimaldavad hankijal tellida täiendavaid töid samalt lepingupartnerilt olukorras, kus tööde tellimine uue hankemenetluse tulemusel põhjustaks hankijale olulist ebamugavust või märkimisväärseid lisakulusid. Sealjuures peab nende eraldi tellimine olema majanduslike või tehniliste põhjuste tõttu võimatu. Olulise ebamugavuse ning märkimisväärsete kulude hindamine on igakordse hindamise küsimus. Seejuures tuleb hinnangu andmisel arvestada konkreetse objekti spetsiifikat. Näiteks ühel juhul võib kümne tuhande euro suurune lisakulu osutuda märkimisväärseks lisakuluks ning teisel juhul mitte. Hindamisel tuleks arvestada proportsionaalsuse põhimõtet. Majanduslike kaalutluste osas on oluline arvestada konkreetseid asjaolusid ja riigihanke üldpõhimõtetest tulenevaid piiranguid. Lepingupartneri õigustatud ootus lepingu jätkamiseks ning sealt tulu saamine ei ole selline majanduslik põhjus, mis õigustaks hankelepingu muutmist antud erandi alusel. Tehniliste põhjustena tuleb arvestada, et tulenevalt kohtupraktikast ei ole aktsepteeritud tehnilise põhjusena olukordi, kus on väidetud, et antud pakkujalt täiendavate tööde tellimine on põhjendatav asjaoluga, et tegu on süsteemi hästi tundva isikuga. Samuti pole aktsepteeritud kunstilisi ja esteetilisi põhjuseid, õigustamaks hankelepingu muutmist selle sätte kohaselt. Aktsepteeritava tehnilise põhjusena võib olla käsitletav olukord, kus jätkutööde tellimine teiselt ettevõttelt katkestaks juba tehtud tööde osas antud garantii.

Hankelepingu muudatuse õiguspärasuse tagamiseks ei tohi esineda seda välistavaid asjaolusid. Muudatuse tegemine võib osutuda õigusvastaseks hankija tegevuse ning muudatuse olulisuse tõttu. Samuti olukorras, kus muudatuse tagajärjel on muutunud hankelepingu üldine olemus. Eeltoodud asjaolusid analüüsiti töö viimases peatükis.

Analüüsi käigus tõdeti, et hankelepingu üldise olemuse näol on tegu määratlemata õigusmõistega, mille sisustamine võib osutuda problemaatiliseks. Hankelepingu olemuse muutuseks klassifitseeruvad nt sellised asjaolud, kus muutub lepingu liik. Teisisõnu algselt välja kuulutatud ehitusleping asendub muu lepingu tüübiga. Lisaks eeltoodule võib hankelepingu üldise olemuse muutus esineda olukorras, kus hankija korraldas algse hankemenetluse, arvestades et hankelepingu eeldatav maksumus on väiksem rahvusvahelisest

piirmäärast. Kui muudatuse tulemusel muutub hankelepingu maksumus selliselt, et hankelepingu kogumaksumus ületab rahvusvahelist piirmäärast, võib tõusetuda küsimus hankelepingu olemuse muutumisest. Sellises olukorras tuleb asjaolusid hinnata kogumis. Seejuures võib muudatuse tegemise ajaline faktor õigustada selle õiguspärasust.

Hankelepingu muutmise üle otsustamisel tuleb vältida olulisi muudatusi. Olulise muudatuse keeld laieneb juhtumitele, kus hankijal ei ole võimalik muudatust õigustada riigihankedirektiivides toodud lubatavate muudatustega. Üheks olulise muudatuse hindamise kriteeriumiks on asjaolu, et need avaldavad mõju esialgsele hankemenetluse tulemusele. Siinjuures on oluline märkida, et hankemenetluse esialgsele tulemusele ei avalda mõju üksnes hankelepingu mahu suurendamine, samamoodi võib mõju esineda olukorras, kus hankemenetluse maht oluliselt väheneb. Oluliseks muudatuseks kvalifitseeruvad samuti olukorrad, kus ettevõtja on tuginenud teise isiku vahenditele hankemenetluse käigus selleks, et täita hankes osalemise nõudeid. Praktikas ei ole võimalik välistada juhtumeid, kus hilisemas faasis on vaja asendada isik, kelle näitajatele on hankemenetluses tuginetud. Seetõttu on oluline, et hankijad näeksid hankemenetluse staadiumis ette selge, täpse ning ühemõttelise regulatsiooni juhtumiteks, kuidas sellises olukordades käituda.

Hankelepingu muutmisel saab arvestada avalikust huvist tingitud asjaolusid. Seda olukorras, kus esinev avalik huvi on märkimisväärne. Märkimisväärse avaliku huvi olemasoluga võib mõnikord õigustada hankelepingu olulist muudatust. Märkimisväärse avaliku huvi hindamisel tuleb arvestada, et tegu peab olema hankemenetluse väliste argumentidega ning selleks ei klassifitseeru majanduslikud kaalutlused. Märkimisväärse avaliku huvi olukordadeks klassifitseeruvad üldjuhul olukorrad, mis on tingitud vajadusest tagada riigi julgeolek või rahva tervise kaitse jmt.

Hankelepingu muudatuse õiguspärasuse hindamisel ei ole vähem tähtis hankija enda tegevus. Hankelepingute sätete analüüsi tulemusel tuli tõdeda, et laialt on levinud sätted, millega hankija on oluliselt piiranud õigust sõlmitud hankelepingut muuta. Seetõttu on oluline, et hankija mõtleks enne hankemenetluse korraldamist läbi tulevase hankelepingu tingimused. Arvestada tuleb asjaoluga, et juhul kui hankija on ise piiranud hankelepingu muutmise vabadust, näiteks välistades ehitusgeoloogilised tingimused enda riski hulgast, siis tulenevalt riigihankeõiguse üldpõhimõtetest ei ole võimalik asuda seisukohale, et raskete ehitusgeoloogiliste tingimuste ilmnemisel on hankelepingu muutmine tuginedes ettenägematule asjaolule võimalik.

Kokkuvõtvalt, saab asuda seisukohale, et kuigi riigihankedirektiivides on sätestatud mitmed võimalused hankelepingu muutmiseks, ei hõlbusta see praktikas hankelepingute muutmist. Lisaks eeltoodule on kehtestatud regulatsiooni näol tegu suuresti varasema Euroopa Kohtu praktika kodifitseerimisega. Seetõttu ei saa asuda seisukohale, et regulatsioon tagab varasemaga võrreldes tõhusamad ja paindlikumad võimalused hankelepingu muutmiseks. Töös püstitatud hüpotees leidis kinnitust.

PRECONDITIONS FOR PERMISSIBLE MODIFICATIONS OF PUBLIC CONTRACTS

Summary

In the event of civil law relations, the principle of freedom of contract is usually considered which is stipulated in 1 § (1) of the Law of Obligations Act. Freedom of contract, however, means that the parties have a right to unilaterally modify the contractual relation. This also includes the right to modify a contract. Although in civil law relations the parties may modify a contract proceeding from the freedom of contract, this is limited with public contracts. The freedom of contract is limited due to the reason that the transparency of the contracting authority must be ensured and any possibility of discrimination of people must be excluded. However, upon performing the contract entered into as a result of public procurement, often situations occur when there is a need to modify the public contract.

In 2014 new public procurement directives were adopted. The public procurement directives stipulated opportunities to modify a public contract. The opportunities added in the directives largely codify the earlier practice of the European Court. Irrespective of the opportunities for modifying a public contract specified in the directives, the audit performed by the National Audit Office of Estonia in 2018 indicates that modifying a public contract is problematic, at least in the construction sector.

Considering the above, the objective was to examine the preconditions for permissible modifications of public contracts and to analyse whether modifying public contracts on the basis of the added regulation has become more efficient in comparison to the earlier regulation. Proceeding from the objective, a hypothesis was formed, stating that the regulation established under the public procurement directive does not ensure more flexible and efficient opportunities for modifying a public contract than before.

Systematic and analytical research methods were used. Upon writing the theses, these methods were used for analysing various public procurement source documents, scientific literature, relevant legal acts and court practice.

The main sources used in the thesis were research articles published by the publications *Juridica*, *Public Procurement Law Review* and *European Procurement & Public Private*

Partnership Law Review and the commented publication of public procurement directives. The most important sources are the relevant practice of the European Court, Estonian courts and the Public Procurement Review Committee and the public procurement source documents available at the Estonian Public Procurement Register.

The thesis consists of three chapters. The first chapter gives a general background, incl. an analysis of which circumstances (if any) must be considered upon deciding on the legality of modifying a public contract proceeding from the general principles of public procurement. The second chapter analyses the grounds for permissible modifications of public contracts which permit the contracting authority to modify a public contract: (a) on the basis of clear, precise and unambiguous revision clauses; (b) by a diligent contracting authority due to unforeseeable circumstances, and (c) upon ordering additional work from the same tenderer. Due to the volume of the thesis, it does not analyse insignificant modifications (*de minimis* rule) nor substituting the contract partner pursuant to the regulation of public procurement directives. The third chapter focusses on the precluding circumstances of modifying a public contract. It is analysed how to give meaning to the concept “general nature of a public contract”, how the contracting authority’s own actions influence the legality of modifying a public contract. The prohibition of making an important modification is also analysed, as well as the circumstance whether this prevails in a situation where a public contract has to be modified due to security reasons.

I hereby provide an overview of the most important opinions reflected in the thesis and conclusions made.

The modifications specified in the public procurement directives adopted in 2014 can be divided into three groups: permissible modifications, prohibited modifications and modification that need to be considered.

The freedom of modifying a public contract must be limited to ensure the adherence of the principles stipulated in the Treaty on the Functioning of the European Union. Unlimited modification of contracts may damage competition and promote corruptive relations.

The general principles of public procurement law are central upon assessing the legality of modifications to a public contract. The impact of the general principles of public procurement

does not cease upon entering into a public contract and these must be taken into account when performing the public contract. The aforementioned principles may justify the modification of a public contract or preclude it in the stage of performing the public contract. The way how the principles of public procurement law influence permissible modifications of a public contract in the context of specific provisions allowing modifications is discussed in the next chapter.

Although the public procurement directives provide several opportunities for modifying a concluded public contract, upon analysing the regulation stipulated in the directives, it is notable that it was unclear in many aspects how one or another concept should be given meaning to.

The public procurement directives permit making modifications in a public contract when the modifications are clearly, precisely and unambiguously specified in the public contract published during the procurement. Thereby it is important that significant modifications can be made on the basis of clear, precise and unambiguous revision clauses. On the basis of clear, precise and unambiguous revision clauses it is possible to change any public contract terms and conditions, presuming that the contract foresees a procedure for and extent of making the modifications.

The public procurement directives do not provide man answer to the question when the revision clause can be considered clear and unambiguous. Some references to assess that were found from court practice and legal literature.

Clear, precise and unambiguous revision clauses are such that preclude the possibility of negotiations. A line can hereby be drawn with the principle of legal clarity. Various indexation clauses and option clauses are mentioned in legal literature as an example of clear, precise and unambiguous revision clauses.

In practice, clear, precise and unambiguous revision clauses are not widely used. The reason for little use thereof may be unawareness and insufficient experience of contracting authorities. This can be improved by organising various training sessions and composing guidelines.

A public contract can also be modified in a situation where the modification was caused by an unforeseeable circumstance for the contracting authority. The public procurement directives do

not provide an answer to the question what kind of behaviour should be considered characteristic to a diligent contracting authority. It is also unclear whether a contracting authority must ensure the results proceeding from the due diligence obligation in any case or are the rules less strict.

Upon analysing the court practice, it is notable that the rate of due diligence obligation and foreseeability is not absolute. Upon evaluating this, the traditions valid in the field must be considered among other things, and therefore the rate may vary by fields. In addition to the above, the general principles of public procurement must also be considered upon evaluating.

Pursuant to the analysed court practice, the contracting authority's activity or inactivity as to foreseeability has to be considered. The circumstances caused by the contracting authority's activity or inactivity do not generally classify as permissible modifications pursuant to this provision. All aspects need to be considered in the aggregate, including, inter alia, the principle of proportionality. According to court practice, a situation where the contracting authority failed to clarify with required profoundness whether there may be another company in a member state that can provide the required services has been deemed as the contracting authority's inactivity.

In addition to the above, it must be considered that although the contracting authority's activity or inactivity is important as to foreseeability, it cannot be concluded that any circumstance outside the sphere of influence would qualify as a permissible modification in the context of the abovementioned provision. The circumstances outside the sphere of influence of the contracting authority must be evaluated in the aggregate based on the case and the general principles of public procurements must be considered, inter alia.

Public procurement directives enable the contracting authority to order additional work from their contract partner in a situation where ordering work under a new procurement procedure would cause the contracting authority significant inconvenience or additional costs and would not be possible due to economic or technical reasons. The significant inconvenience and costs are evaluated for each situation and the particularity of the specific object must be considered upon the assessment. For example, additional costs in the amount of EUR 10,000 may be considered significant additional costs in one case, but not in another. Upon evaluation, the principle of proportionality should be considered.

As to economic considerations it is important to take into account specific circumstances and the limitations arising from the general principles of public procurement. The reasonable expectation of a contract partner for continuing the contract and receiving profit therefrom is not an economic reason that would justify modification of a public contract on the basis of the given exception.

As to technical reasons it must be considered that, arising from court practice, situations where it has been claimed that the contract partner knows the system and therefore ordering additional work only from one tenderer is necessary have not been accepted as technical reasons. Also, artistic and aesthetic reasons have not been accepted either as justifications for the modification of a public contract under this provision.

In order to ensure the legality of a public contract, there should not be precluding circumstances. Making modifications may turn out to be illegal due to the contracting authority's activity and importance of the modification. The same applies in a situation where the general nature of the public contract has changed due to a modification.

Public procurement directives do not define the content of the concept 'nature of public contract'. Some references to defining the general nature of a public contract can be found in the justification clauses of a classic directive. It has been explained there that a situation where the objects of a public procurement (e.g. construction work, things or services) are replaced with something else can be considered as modifying the nature of a public contract. These modifications are in their nature considered as modifications because a hypothetical influence can be presumed to the results of the initial procurement procedure.

Generally such circumstances are classified as the modification of the nature of the public contract which change the contract type, for example, i.e. the initially declared construction contract is substituted with another contract type. In addition to the above, the modification of the general nature of a public contract can occur in situations where the contracting authority initially organised a procurement procedure considering that the presumed cost of the procurement contract is within the national limit. In a situation where, as a result of the modification, the cost of a public contract is changed so that the general cost exceeds the international limit, the issue of modifying the nature of the public contract may arise.

Upon deciding over the modification of a public contract, significant changes need to be avoided. The prohibition of a significant modification extends to such cases where the contracting authority cannot justify the modification with the permissible modifications stipulated in the public procurement directives.

An important criteria for evaluating a significant modification is the circumstance that these influence the initial results of the procurement procedure. It is hereby important to note that the initial results of the procurement procedure are not only influenced by an increase of the public contract volume, but also a situation where the volume of the procurement procedure may significantly decrease.

Situations where an entrepreneur has relied on the means of another person during the procurement procedure in order to perform the requirements of participating in the procurement are classified as significant modifications. In practice it is not possible to preclude cases where a person needs to be replaced in a later phase whose indicators the procurement procedure was based on. Therefore it is important that the contracting authorities provide a clear, precise and unambiguous regulation in the procurement procedure stage for specifying how to deal with a situation where a person needs to be replaced.

Upon modifying a public contract, the circumstances arising from public interest can be taken into account in a situation where the public interest is significant. The existence of significant public interest can sometimes justify significant modifications of a public contract. Upon evaluation significant public interest it must be considered that the arguments cannot be related to the procurement procedure and economic reasons do not classify as such. However, situations caused by a need to ensure the country's security and the nation's health, etc. may be classified as public interest situations.

The contracting authority's own activity does not carry less weight upon evaluating the legality of a public contract. Upon analysing the results of public contract provisions, it was notable that quite often it was possible to identify provisions with which the contracting authority had significantly limited their right to modify the public contract that they had entered into. Therefore it is important that the contracting authority thoroughly considers the terms and conditions of the public contract before starting a procurement procedure. One must consider the fact that if a contracting authority has limited the freedom of modifying the public contract

by excluding geotechnical terms and conditions from their risk, then pursuant to the general principles of the public procurement law it is not possible to take a position that upon the occurrence of difficult geotechnical conditions, modification of the public contract is possible due to unforeseeable circumstances.

Considering the above, it can be concluded that although the public procurement directives stipulate several options for modifying a public contract, the established regulation does not simplify the modification of public contracts. In addition to the above, the established regulation is largely codification of the earlier practice of the European Court. Thus, one cannot take a position that regulation ensures more efficient and flexible opportunities for modifying a public contract than earlier. Therefore the hypothesis formed was confirmed.

Tiiu Pirbe

30.04.2019

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. Arrowsmith, S. The law of public and utilities procurement. London: Sweet & Maxwell 2005.
2. Auricchio, V. The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contract .- Public Procurement Law Review 5/1998.
3. Aquilina, D. The valuation of contracts for the purposes of the EU Public Contract Directive. - Public Procurement Law Review 2018.
4. Bogdanowicz, P. The Application of the principle of Proportionality to Modification of Public Contract. – European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2/2016.
5. Bovis, C. The law of EU public procurement. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press 2015.
6. Brodec, J., Janeček, V. How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime? – Public Procurement Law Review 3/2015.
7. Brown, A. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. - Public Procurement Law Review 6/2008.
8. Brown, A. Whether a new tendering procedure is required when a public contract is amended under a settlement agreement: the EU Court of Justice ruling in case C-549/14 Finn Frogne A/S. – Public Procurement Law Review 1/2017.
9. García-Andrade, X. C. Past and Present of the Spanish Public Contract Modification Regime. - European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2015/10.
10. Georgieva, I. Using Transparency Against Corruption in Public Procurement: a comparative analysis of the transparency rules and their failure to combat corruption. Oxford: Springer 2017.
11. Gherghina, S. The new as an old story: the modification of the public procurement contract (II). - Romanian Public-Private Partnership Law Review 16/2016.
12. Graellis, A. S. Public procurement and the EU competition rules. Oxford and Portland: Hart Publishing Ltd 2011.
13. Hartlev, K., Liljenbøl, M. W. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. – Public Procurement Law Review 2/2013.

14. Hebly, J. M., Boogaart, S. v. d. Modification of Public Contracts in the Netherlands. - *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 12/2017.
15. Härginen, K., Simovart, M. A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? – *Juridica* IX/2013.
16. Järvela, A. Ettenägematust olukorrast tulenev hankelepingu muutmise õigus riigihangete seaduse eelnõu kohaselt. Magistritöö. Tartu Ülikool. Tartu 2016.
17. Kongi, K. Ehituse hankelepingu tähtaja muutmine uute riigihankedirektiivide valguses. Magistritöö. Tartu Ülikool. Tallinn 2015.
18. Kull, I., Käerdi, M., Kõve, V. Võlaõigus I. Üldosa. Tallinn: Juura 2004.
19. Mars, S. d. The limits of general principles: a procurement case study.- *European Law Review* 38/2013.
20. Mikli, S. Kui kauge Euroopa Liidu õigus saab järsku igapäevatöö osaks: probleeme Euroopa Liidu õiguse ülevõtmisel ja rakendamisel õiguskindluse põhimõtte kontekstis.- *Juridica* II/2014.
21. Motyka-Mojkowski, M. Economic reasons as a justification for extreme urgency in construction projects for sports events. - *Public Procurement Law Review* 2/2013.
22. Narits, R. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2007.
23. Olivera, R. D. Modification of Public Contracts: Transposition and Interpretation of the new EU Directives . – *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 1/2015.
24. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Tartu 2006.
25. Parind, M., Simovart, M. A. Riigihangete seadus. Komm VIj. Eelnõu tööversioon (Allikas autori valduses).
26. PSK: Eesti Vabariigi põhiseadus. Komm VIj. 4.vlj. Tallinn: Juura 2017.
27. Simovart, M. A. Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the Preamble Ruling. – *Juridica International* XVII/2010.
28. Simovart, M. A. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. - *Juridica* I/2016.
29. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu Ülikooli Kirjastus 2010.
30. Simovart, M. A. Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules. - *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 1/2015.

31. Simovart, M. A. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide.- *Juridica I/2008*.
32. Simovart, M. A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. – *Juridica IV/2010*.
33. Smith, K. A risk worth taking? Practical application of the law on contract modifications in the context of PPP accommodation projects.- *Public Procurement Law Review 1/2019*.
34. Steinicke, M., Vesterdorf, P. L. *EU public procurement law : Brussels commentary*. München: Beck 2018.
35. Sulg, K. Ehituse hankelepingu muutmine uutes riigihankedirektiivides. Magistritöö Tartu Ülikool. Tallinn 2016.
36. Toomjõe, E. Hankelepingu muutmine ja selle tagajärjed. Tartu Ülikool. Tartu 2016.
37. Treumer. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive. - *Public Procurement Law Review 3/2014*.
38. Treumer, S., Comba, M. *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*. Northampton : Edward Elgar Publishing 2018.
39. 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 2007/6*.
40. Triipan, M. Proportsionaalsuse põhimõtte Euroopa Liidu õiguses.- *Juridica III/2006*.
41. VÕSK: Võlaõigusseadus I. Komm vlj. Koost P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi, K. Sein. 2 vlj. Tallinn: Juura 2016.
42. Quesadap, C. E. de. Competition and transparency in public procurement markets.- *Public Procurement Law Review 5/2014*.

Kasutatud õigusaktid

Kasutatud Euroopa Liidu õigusaktid

43. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid.- *ELT C 115/01*.
44. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta.- *ELT L 94, 28.03.2014*.
45. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014 , riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – *ELT L 94, 28.3.2014*.

46. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ.- ELT L 94.
47. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ, 31. märts 2004, ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta.- ELT L 134/114, 30.04.2004.
48. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ, 31. märts 2004, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused.- ELT L 134/1, 30.04.2004.
49. 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.- ELT L 335/31, 20.12.2007.

Kasutatud Euroopa Liidu liikmesriikide õigusaktid

50. Act against Restraints of Competition. - http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p1377 (01.04.2019).
51. Act on Public Procurement and Concession Contracts. - <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2016/en20161397.pdf> (14.04.2019).
52. Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico. - BOE-A-2017-12902, 09.03.2018.
53. Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico.- BOE-A-2011-17887, 16.12.2011.
54. The Public Contracts Regulations 2015.- <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/contents> (01.04.2019).

Kasutatud Eesti Vabariigi õigusaktid

55. Eesti Vabariigi põhiseadus.- RT I, 15.05.2015, 2.
56. Riigihangete seadus. - RT I, 13.03.2019, 145.
57. Riigihangete seadus.- RT I, 25.10.2016, 20.
58. Võlaõigusseadus. - RT I, 31.12.2016, 7.

Kasutatud kohtupraktika

Kasutatud Euroopa Kohtu kohtupraktika

59. EKo 28.02.2019, C-388/17, *Konkurrensverket vs SJ AB*.
60. EKo 25.10.2018, C-413/17, „*Roche Lietuva*“ UAB.
61. EKo 19.04.2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA vs Rete Ferroviaria Italiana SpA*.
62. EKo 07.03.2018, C-651/16, *DW vs Valsts sociālās apdrošināšanas aģentūra*.
63. EKo 07.02.2018, C-643/16, *American Express Company vs The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury*.
64. EKo 14.09.2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni Srl vs Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*.
65. EKo 13.07.2017, C-76/16, *Ingsteel spol. s r. o. / Metrostav a.s. versus Úrad pre verejné obstarávanie*.
66. EKo 14.12.2016, C-171/15, *Connexion Taxi Services BV vs Staat der Nederlanden*.
67. EKo 08.09.2016, C-225/15, *Domenico Politanò*.
68. EKo 07.09.2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S vs Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*.
69. EKo 04.05.2016, C-358/14, *Poola Vabariik vs Euroopa Parlament, Euroopa Liidu nõukogu*.
70. EKo 07.04.2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz vs Zarząd Oczyszczania Miasta*.
71. EKo 06.11.2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda SpA vs CEM Ambiente SpA*.
72. EKo 11.09.2014, C-19/13, *Ministero dell'Interno vs Fastweb SpA*.
73. EKo 10.07.2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici vs Comune di Milano*.
74. EKo 12.06.2014, C-156/13, *Digibet Ltd, Gert Albers vs Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*.
75. EKo 10.10.2013, C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser vs Manova A/S*.
76. EKo 14.01.2013, T-54/11, *Hispaania Kuningriik vs Euroopa Komisjon*.
77. EKo 29.03.2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s ja teised vs Úrad pre verejné obstarávanie*.
78. EKo 16.02.2012, liidetud kohtuasjad C-72/10, C-77/10, *Marcello Costa, Ugo Cifone*.

79. EKo 13.04.2010, C-91/08, *Wall AG vs Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.*
80. EKo 04.06.2009, C-250/07, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Kreeka Vabariik.*
81. EKo, 16.12.2008, C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias.*
82. EKo 16.12.2008, C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine jt vs Premier minister.*
83. EKo 19.06.2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Austria Vabariik.*
84. EKo 08.04.2008, C-337/05, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Itaalia Vabariik.*
85. EKo 13.12.2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk jt vs GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH.*
86. EKo 13.09.2007, C-260/04, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Itaalia Vabariik.*
87. EKo 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH vs Gemeinde Brixen, Statwerke Brixen AG.*
88. EKo 02.06.2005, C-394/02, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Kreeka Vabariik.*
89. EKo 14.12.2004, C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG vs Landrat des Kreises Herford.*
90. EKo 29.04.2004, C-496/99, *Commission of the European Communities vs GAS Succhi di Frutta SpA,*
91. EKo 12.12.2002, C-470/99, *Universale-Bau AG vs Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH.*
92. EKo 18.06.2002, C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs- GmbH (HI) vs Stadt Wien.*
93. EKo 05.10.2000, C- C-337/98, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Prantsusmaa Vabariik.*
94. EKo 05.10.2000, C-16/98, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Prantsusmaa Vabariik*
95. EKo 04.03.1999, C-258/97, *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) vs Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft.*
96. EKo 8.10.1980, C-810/79, *Überschär vs Bundesversicherungsanstalt für angestellte.*
97. Kohtujurist Henrik Saugmandsgaard Øe 04.07.2018 ettepanek kohtuasjas C-220/17, *Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG vs Land Berlin.*
98. Kohtujuristi Michal Bobek 24.11.2016 ettepanek kohtuasjas C-387/14, *Esaprojekt Sp. z o.o. vs Województwo Łódzkie.*
99. Kohtujurist F. G. Jacobs 02.06.2005 ettepanek kohtuasjas C-525/03, *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Itaalia Vabariik.*

100. Kohtujurist F. G. Jacobs 24.02.2005 ettepanek kohtuasjas C-394/02, *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Kreeka Vabariik*.

Kasutatud Euroopa Liidu liikmesriikide kohtupraktika

101. Overijssel District Court, 02.06.2016, C/08/185163/KG ZA 16-124, C/08/185165/KG ZA 16-125. - <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBOVE:2016:1948> (15.04.2019).
102. VK Baden-Württemberg, 07.06.2018, 1 VK 10 / 18.

Kasutatud Eesti Vabariigi kohtute kohtupraktika

103. RKHKo 3-3-1-31-11.
104. RKTko 19.12.2017, 2-15-15662.
105. RKTko 3-2-1-102-14.
106. RKTko 3-2-1-32-12.
107. RKTko 3-2-1-177-11.
108. RKÜKo 3-1-3-10-02.
109. TrtRnKo 23.08.2018, 3-18-1031.
110. TlnRnKo 03.09.2016, 3-15-853.
111. TlnRnKo 29.09.2014, 3-14-51156.
112. TlnHKo, 02.04.2018, 3-17-2743.
113. TlnHKo 21.12.2015, 3-15-1709.
114. TlnHKo 06.10.2014, 3-14-51805.
115. TrtHKo 06.07.2018, 3-18-1047.

Kasutatud riigihangete vaidlustuskomisjoni otsused

116. Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsus vaidlustuses nr 263-18/202671.
117. Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsus vaidlustuses nr 37-18/194776.
118. Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsus vaidlustuses nr 90-17/185468.
119. Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsus vaidlustuses nr 222-16/178021.
120. Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsus vaidlustuses nr 204-15/166874.
121. Riigihangete vaidlustuskomisjoni otsus vaidlustuses nr 93-13/142417.

Kasutatud muud allikad

122. Ehituse töövõtulepingute üldtingimused (ETÜ 2013). Tallinn 2013. - https://www.mkm.ee/sites/default/files/ehituse_toovotulepingute_uldtingimused.pdf (28.01.2019).
123. International Federation of Consulting Engineers poolt välja töötatud „Töövõtulepingu tingimused seadmestamiseks ja projekteerimiseks-ehitamiseks“ (allikas autori valduses).
124. Karindi – Kask, E. Hankelepingute muutmine.- https://www.rahandusministeerium.ee/et/system/files_force/document_files/hankelepingu_muutmine_1_15.pdf?download=1 (01.04.2019).
125. Mihelson, H. Maanteeamet tunnistab oma viga.- Postimees 12.02.2016. - <https://www.postimees.ee/3581035/maanteeamet-tunnistab-viga> (23.01.2019).
126. Rahandusministeerium. Kasulik teave.- <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave> (21.04.2019).
127. Rahandusministeerium. Korduma kippuvad küsimused.- <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/834> (26.01.2019).
128. Rahandusministeerium. Korduma kippuvad küsimused. Riigihangete menetlemine alates 01.09.2017. Hankelepingu muutmine.- <https://www.rahandusministeerium.ee/et/kkk/1183> (29.01.2019).
129. Rahandusministeerium. Riigihankemaastiku 2017. aasta kokkuvõte. Tallinn: 2018. - <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted> (27.01.2019).
130. Rahandusministeerium RRO. Riigihanke läbiviimise ja riigihankel osalemise kulude hindamise uuringu kokkuvõte. https://www.rahandusministeerium.ee/system/files_force/document_files/hanke_labiviimise_kulukuse_hindamise_kokkuvote_13.pdf?download=1 (01.04.2019).
131. Riigihanke viitenumbriga 121263 hankedokumendid. - <http://riigihanked.riik.ee/> (29.01.2019).
132. Riigihanke viitenumbriga 152134 riigihanke alusdokumendid.
133. Riigihanke viitenumbriga 169254 riigihanke alusdokumendid.
134. Riigihanke viitenumbriga 183251 riigihanke alusdokumendid.
135. Riigihanke viitenumbriga 189739 riigihanke alusdokumendid.
136. Riigihanke viitenumbriga 190596 riigihanke alusdokumendid.
137. Riigihanke viitenumbriga 193824 riigihanke alusdokumendid.

138. Riigihanke viitenumbriga 195194 riigihanke alusdokumendid.
139. Riigihange viitenumbriga 200408 riigihanke alusdokumendid.
140. Riigihange viitenumbriga 201756 riigihanke alusdokumendid.
141. Riigihange viitenumbriga 202349 riigihanke alusdokumendid.
142. Riigihanke viidenumbriga 202606 riigihanke alusdokumendid.
143. Riigihanke viitenumbriga 202630 riigihanke alusdokumendid.
144. Riigihanke viitenumbriga 203928 riigihanke alusdokumendid.
145. Riigihanke viitenumbriga 204021 riigihanke alusdokumendid.
146. Riigihanke viitenumbriga 204148 riigihanke alusdokumendid.
147. Riigihanke viitenumbriga 205035 riigihanke alusdokumendid.
148. Riigihanke viitenumbriga 206163 riigihanke alusdokumendid.
149. Riigikontrolli. Ehitushangete lepingute täitmine ja järelevalve. Millised riskid esinevad ehituslepingute täitmisel ja kuidas neid maandada? Tallinn: 2019. - <https://www.riigikontroll.ee/Riigikontrollipublikatsioonid/Audituaruanded/tabid/206/Audit/2475/language/et-EE/Default.aspx> (27.01.2019).
150. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde. - <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a> (02.01.2019).
151. Üldine teave Euroopa Liidu kohta.- https://europa.eu/european-union/about-eu_et (2.12.2018).

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Tiiu Pirbe,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Hankelepingu muutmise lubatavuse eeldused“, mille juhendaja on Carri Ginter,
 - 1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas 30.04.2019