

## **Hankelepingute ja raamlepingute muutmine kriisiolukorras. Vääramatu jõud. Leppetrahv.**

Rahandusministeeriumile laekub nõustamistegevuses sageli küsimusi, mis puudutavad hankelepingu muutmist või rikkumist. Eriti võis hankelepingute muutmist puudutavate päringute arvu suurenemist märgata koroonakriisi alguses, eriolukorra tingimustes. Pärast eriolukorra lõppu ilmnesisid tarneprobleemid ja hiljem kõrged energiahinnad, mis tõstatasid küsimuse õiguskaitsevahendite rakendamise õigusest, vajadusest ja võimalustest, kompromissi võimalikkusest ning muudest võlaõiguse ja riigihankeõiguse kokkupuute- ja valupunktidest. Seoses Venemaa agressiooniga Ukrainas leiavad hankijad ja pakkujad end aga täiesti uuest olukorras, kus hinnad võivad kallineda tundidega ning millest on puudutatud ennenägematu hulk hankelepinguid ka valdkondades, mis siiani olid küllaltki stabiilsed. Kusjuures ei ole igakord isegi võimalik enam eristada, kas probleem hankelepingu täitmisel on tingitud sõjast, sellele eelnevast koroonakriisist, mõlemast korraga või on tegemist hoopis pakkuja äririski realiseerumisega. Järgnevalt antud selgituste puhul tasub meeles pidada, et ühte lepingut on selle kestel võimalik muuta erinevatel riigihangete seaduses toodud alustel, näiteks on võimalik esimene lepingumuudatus teha kooskõlas riigihangete seaduse (edaspidi RHS) § 123 lg 1 p-ga 1, teine muudatus aga kooskõlas sama lõike p-ga 4. Käesolevaga oleme kokku võtnud nõustamispraktikas sagedamini tõstatatud probleemid ja Rahandusministeeriumi seisukohad.

### **Tarneraskused ja hankelepingu tähtaja või tähtpäeva muutmine**

Rahandusministeeriumilt on küsitud, mida teha olukorras, kus pakkuja annab hankijale teada, et ta ei ole suuteline hankelepingus sätestatud tähtajaks seda täitma ning soovib kokku leppida uues tähtajas.

Kui hankeleping on sõlmitud, siis on seda võimalik muuta, kui selleks on RHS § 123 lg-st 1 tulenev alus. Tähtaja muutmise puhul võivad kõne alla tulla eelkõige RHS § 123 lg 1 p-id 2, 4 või 7.

Enne koroonakriisi ning ka juba vahetult enne Ukraina sõda, oleks vastus küsimusele tähtaja edasi lükkamise kohta lähtunud enamasti sellest, et pakkuja oleks pidanud juba pakkumuse esitamisel arvestama, kas ta suudab hankija nõutud tähtajaks hankelepingut täita või kui hankija tähtaega ei määranud, hindama oma poolt pakutava tähtaja realistlikkust ning arvestama selle sisse ka teatud määral nõu puhveraega. Teisisõnu on üldiselt erinevad tarneraskused normaalselt toimivas õigusriigis ettenähtavad ja pakkuja äririsk. Seega tuleks sellisel juhul tähtpäeva edasi lükkamist hinnata RHS § 123 lg 1 p 7 valguses, st hankelepingu tähtaja muutmine oleks lubatud, kui selline muudatus oleks ebaoluline.

Ukraina sõja tingimustes aga võib olla oluliselt sagedam juhtum, kui tarneraskused ja suutmatus tähtajast kinni pidada on tingitud Vene ja Valgevene ettevõtjatele või kaupadele kehtestatud sanktsioonidest, tooraine nappusest või kättesaadamatuses vms, mida isegi parima tahtmise juures ei saa pakkuja äririskiks pidada. Sellisel juhul saab hinnata, kas tähtaja edasi lükkamine on vajalik hankijast sõltumatute ettenägematute asjaolude tõttu ja hankelepingu muutmine võiks olla lubatav RHS § 123 lg 1 p 4 alusel.

## **Ettenägematu olukord RHS § 123 lg 1 p 4**

RHS § 123 lg 1 p 4 alusel saab hankelepingut muuta, kui muudatuse põhjustavad hoolsale hankijale ettenägematud asjaolud, kusjuures hankelepingu üldist olemust ei muudeta ja ühegi muudatuse väärtus ei ületa 50 protsenti hankelepingu algsest maksumusest. Enne Venemaa agressiooni Ukrainas olid töövõtjate tarneraskused ja lepingu täitmisega hilinemine erinevates valdkondades osutunud juba küllaltki tavaliseks, mistõttu oleks hankija pidanud riigihanke ettevalmistamisel arvestama pikemate hankelepingu täitmise tähtaegadega. Küll aga võivad sõja tõttu need takistused süveneda või tekkida valdkondades, mis siiani puudutatud ei olnud. Seega võivad uued tarneraskused siiski olla käsitletavad ettenägematu asjaoluna.

Minnes täpsemalt RHS § 123 lg 1 p-i 4 eelduste juurde näeme, et antud säte nõuab esmalt, et muudatuse vajadus tõusetuks „hoolsale hankijale“ ettenägematust asjaolust. Hoolas on selline hankija, kes on riigihanke alusdokumente ette valmistades arvestanud turul valitsevat situatsiooni – uurinud nii riigihanke objektiks oleva asja, teenuse või ehitustöö tehniliste parameetrite, hinna kui ka võimaliku tarneaja kohta, sätestanud vastavad nõuded ja määranud riigihanke eeldatava maksumuse ning valinud riigihanke menetlusreeglid kõiki eeltoodud asjaolusid arvesse võttes. Riigihanke läbiviimisel tuleb hankijal arvestada ka sellega, kas pakkujad on juhtinud hankija tähelepanu sellele, et sellistel tingimustel hankelepingu täitmine ei ole reaalne. Kui pakkujad on sellele tähelepanu juhtinud, kuid hankija pole eeltoodust hoolimata olnud nõus riigihanke alusdokumentides märgitud tähtaegu muutma, siis pole tegemist enam hoolsa hankija jaoks ettenägematu asjaoluga.

Ettenägematus RHS § 123 lg 1 p-i 4 mõttes pole samastatav vääramatü jõuga, küll aga peab tegemist olema sellise asjaoluga, mis pole pakkuja äririsk ega millegagi, mida pakkuja oleks saanud pakkumust esitades arvesse võtta. Näiteks võis koroonakriisi alguses meditsiiniseadmete ja isikukaitsevahendite puuduse tõttu sellist ettenägematust jaatada. Samamoodi võis ettenägematust jaatada ka arvutite ja muude sarnaste seadmete (nt veebikaamerad, kõrvaklapid) hankelepingute puhul, mis olid sõlmitud enne koroonakriisi, mille riigihanke alusdokumentide koostamisel olid hankijad sätestanud tähtpäevad ning pakkumuste esitamisel olid pakkujad esitanud pakkumused, arvestades enne pandeemiat valitsenud olusid. Ka hoolas hankija poleks suutnud selliseid asjaolusid parima planeerimise ning turukonsultatsiooni käigus ette näha ning pakkujad poleks suutnud sellised asjaolusid pakkumuste koostamisel ja esitamisel arvesse võtta.

Ukraina sõjast tingituna võib hankelepingute täitmise takistus olla võimalik ettenägematuse tõttu, mis on otsene või ka kaudne. Otsene on see näiteks juhul, kui hankelepingus sätestatud kaupa ei ole lubatud Eestisse tuua rahvusvahelise sanktsiooni tõttu. Sellisel juhul ei ole lihtsalt tegemist tarneraskuste, vaid võimatusega hankelepingut täita, millisel juhul oleks hankelepingu muutmisele paremaks alternatiiviks vääramatü jõu sätete rakendamine.

Juhul, kui hankelepingu täitmine eeldab alltöövõtulepingut ettevõtjaga, kes, või kellega seotud isik on rahvusvahelise sanktsiooni subjekt, võib samuti olla vajalik hankelepingu muutmine. Sõlmitud alltöövõtuleping võib osutada rahvusvahelise sanktsiooni seaduse (RSanS) § 7 lg 3 kohaselt tühisteks, mistõttu tuleb sõlmida uus alltöövõtuleping. See aga seab ohtu hankelepingus esialgselt sätestatud tähtajast kinni pidamise ning võib tingida ka tarnitava kauba vahetamise vajaduse uue kauba järele või muuta teenuse sisu.

Seega peab hankija RHS § 123 lg 1 p 4 alusel hankelepingu muutmise lubatavuse analüüsi tehes võtma arvesse nii enda käitumist riigihanke alusdokumentide ettevalmistamisel ja riigihanke läbiviimisel (st kas hankija on olnud hoolas hankija) kui hindama ka seda, kas tegemist on tõepoolest ettenägematu asjaoluga. Üldjuhul võiks tarneraskust pidada ettenägematuks juhul, kui riigihange oli läbi viidud ja hankeleping sõlmitud enne ettenägematu asjaolu esinemist. Kui riigihange viidi läbi ajal, mil asjaolu, millele hankija või pakkuja soovib ettenägematuse kontekstis tugineda, juba esines, siis on keeruline pidada sellist asjaolu ettenägematuks. Kui hankija soovib sellisele asjaolule tugineda ettenägematuse kontekstis, peavad hankijal olema selle põhjendamiseks väga head argumendid ja tõendid.

Teine on aga olukord siis, kui tarneraskustest või tähtaja edasi lükkamise vajadusest ei ole hankijale teada antud ennetavalt, vaid lepingupartner on hankelepingut rikkunud.

Hankelepingu muutmise alused on nii hankijast kui ettevõtjast tuleneva vajaduse korral sätestatud RHS § 123 lg-s 1. Samas kui üks või mõlemad lepingupartnerid on hankelepingut juba rikkunud, siis pole võimalik hankelepingut lihtsalt muuta, vaid lähtuda tuleb hankelepingus ja võlaõigusseaduses (edaspidi ka VÕS) sätestatud õiguskaitsvahenditest, kui rikkumine ei ole vabandatav. Hankijal ja ettevõtjal pole võimalik sõlmida kompromissi, isegi kui see tähendab võimalikku pikka ja ebaselge tulemusega kohtuvaidlust (vt EKo C-549/14, p 40).

## **Vääramatu jõud**

VÕS § 103 lg 1 kohaselt on võlgnik vastutav oma kohustuse rikkumise eest, välja arvatud, kui rikkumine on vabandatav. Eeldatakse, et kohustuse rikkumine ei ole vabandatav. Sama paragrahvi lg 2 kohaselt on rikkumine vabandatav, kui võlgnik rikkus kohustust vääramatu jõu tõttu. Vääramatu jõud on asjaolu, mida võlgnik ei saanud mõjutada ja mõistlikkuse põhimõttest lähtudes ei saanud temalt oodata, et ta lepingu sõlmimise või lepinguvälise kohustuse tekkimise ajal selle asjaoluga arvestaks või seda väldiks või takistava asjaolu või selle tagajärje ületaks. Lõike 3 kohaselt kui vääramatu jõu mõju on ajutine, on kohustuse rikkumine vabandatav üksnes aja vältel, mil vääramatu jõud kohutuse täitmist takistas.

Sõja puhkemine lepingu täitmise kohas on kahtlemata vääramatu jõu esinemine ning ilmselt ei eelda keegi sellises olukorras ühegi lepingu täitmist. Samas ei saa aga vääramatu jõu olemasolu välistada ka mujal täidetavate hankelepingute suhtes, kui nende täitmine eeldab näiteks kauba tarnimist sõjaolukorras olevast riigist või läbi selle. Samuti saab vääramatuks jõuks pidada praegu väga aktuaalselt olukorda, kus Vene ja Valgevene suhtes on rakendatud rahvusvahelisi sanktsioone, mille tulemusel võib hankelepingu täitmine osutuda võimatuks.

Rahvusvahelise sanktsiooni puhul tuleb enne vääramatu jõu olemasolu hindamist vaadata, kas hankeleping üldse kehtib, kuivõrd RSanS § 7 lg 3 kohaselt on rahvusvahelist sanktsiooni rikkuv tehing tühine. Tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TsÜS) § 84 lg 1 kohaselt ei ole tühisel tehingul algusest peale õiguslikke tagajärgi. Sisuliselt tähendab see seda, et kummalgi poolel ei ole õigust teiselt poolelt nõuda oma kohustuste täitmist ning sama sätte teise lause kohaselt tuleb tühise tehingu alusel saadu teisele poolele tagastada alusetu rikastumise sätete järgi.

Vääramatu jõu puhul on rida eeldusi, mille olemasolu tuleb hinnata, et vääramatu jõu sätteid saaks rakendada. Kõigepealt peab tegemist olema asjaoluga, mille esinemist või kulgu ei saa

võlgnik mõjutada. Seda tuleb hinnata objektiivsete, mitte subjektiivsete kriteeriumite järgi. Kui võlgnik isiklikult ei saanud asjaolu mõjutada, ent objektiivselt oleks saanud seda temalt oodata, ei ole rikkumine vabandatav. Raha maksmise kohustuse mittetäitmine ei ole üldjuhul vabandatav, vaid võib seda olla üksnes äärmiselt erandlikel asjaoludel, näiteks juhul, kui välisülekanded on keelatud vms. Võlgniku mõjuulatuses olevaks loetakse ettevõtlusega tavapäraselt seotud riskid, näiteks lepingupartnerite tegevus.

Teiseks peab asjaolu olema ettenägematu. Teisisõnu peab asjaolu saabuma ootamatult, millega arvestamist ei saanud võlgnikult oodata. Seda tuleb hinnata hankelepingu sõlmimise aja seisuga. Seega ei saa praegu, kui sõda Ukrainas juba kestab, sõlmida lepingut, lähtudes sõjale eelnenud olukorrast ning seejärel püüda tugineda sõjast tingitud vääramatule jõule. See tähendab, et kui hankija alustas riigihanke menetlust enne sõja puhkemist, tuleb väga kriitiliselt hinnata, kas esitatud pakkumused on jätkuvalt adekvaatsed ning mitte sõlmida lepingut, mis reaalselt täidetav ei ole. Samasugusest kaalutlusest tuleb lähtuda ka hankelepingu muutmisel RHS § 123 lg 1 p 4 alusel.

Kolmandaks peab vääramatu jõu asjaolu olema selline, mille ilmnemisel ei saa võlgnikult mõistlikult oodata, et ta suudaks selle mõju kohustuse täitmisele vältida või asjaolu või selle tagajärge ületada. Ka seda tuleb hinnata objektiivsete kriteeriumide alusel, s.t lähtuda tuleb sarnastel asjaoludel heas usus tegutseva isiku võimest, mitte konkreetse võlgniku isikust. Lisaks sellele, kuivõrd VÕS § 103 lg 3 kohaselt kui vääramatu jõu mõju on ajutine, on kohustuse rikkumine vabandatav üksnes aja vältel, mil vääramatu jõud kohutuse täitmist takistas, tuleks vaadelda, kas asjaolu ei ole üldse ületatav, või on see siiski ületatav teatava lisaaja jooksul.

Kui vääramatu jõu asjaolu esineb, peaksid käitumisjuhised selliseks puhuks sisalduma eelkõige hankelepingus endas. Lepingus võib olla näiteks sätestatud, et kui lepingu täitmine on vääramatu jõu tõttu takistatud kauem kui 3 või 6 kuud, leping lõpetatakse. Kui sellised sätted lepingus puuduvad, tuleb silmas pidada, et vääramatu jõud ei vabasta lepingu täitmisest ega lõpeta lepingut, ega ole tegemist ka õiguskaitsevahendiga. Vääramatu jõu esinemisel on sisuliselt tegemist lepingu külmutamisega ning asjaolu äralangemisel tuleb asuda lepingut täitma.

Täiendavat infot vääramatu jõu kohta võib leida ka [Rahandusministeeriumi koroonaviiruse KKK](#)-st („Millal saab lepingutes tugineda vääramatule jõule?“) ning Justiitsministeeriumi kodulehelt.

### **Ebaoluline muudatus RHS § 123 lg 1 p 7 tähenduses**

Kui hankelepingu muutmise ei ole tingitud ettenägematust asjaolust RHS § 123 lg 1 p 4 mõttes ega vääramatust jõust, saab RHS § 123 lg 1 p-i 7 alusel hankelepingut muuta siis, kui tegemist on ebaolulise muudatusega. RHS § 123 lg 2 kohaselt tuleb muudatust pidada oluliseks kui: 1) muudatusega lisatakse tingimus, mis laiendanuks võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakumuste hulka, kui riigihanke alusdokumendid oleks sellist tingimust sisaldanud; või 2) muudatus tingib hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil; või 3) muudatus laiendab oluliselt hankelepinguga määratud hankelepingu eseme ulatust; või 4) pakkuja asendatakse uue pakkujaga muul kui RHS § 123 lg 1 p-is 5 või 6 nimetatud juhul. RHS § 123 lg 2 kohast analüüsi tuleb läbi viia üksnes siis, kui hankija soovib hankelepingut

muuta RHS § 123 lg 1 p 7 alusel, st põhjusel, et hankelepingu muutmine on ebaoluline. Teiste RHS § 123 lg 1 punktide, so punktide 1-6 alusel muudatuste tegemisel hankelepingu muudatuse olulisust või ebaolulisust hindama ei pea.

Olukorras, kus hankija on sätestanud asjade tarnimiseks tähtaja, tuleb enamikul juhul nentida, et lepingus määratud pikemate tähtaegade sätestamine võinuks laiendada võimalike riigihanke osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka, kui riigihanke alusdokumendid oleks sellist tingimust sisaldanud. Samuti tingib tähtaja muutmine enamasti lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil.

Lähtuvalt uuest olukorrast soovime hankijatel tulevikku vaatavalt arvestada võimalike pikemate tarnetähtaegadega riigihanke alusdokumentide koostamisel ja lõpp- ning vahetähtaegade sätestamisel nendes riigihangetes, mis on alles ettevalmistamisel. RHS § 123 lg 1 p 2 võimaldab hankelepingut muuta siis, kui hankija on sellise muudatuse ulatuse, sisu ja kohaldamistingimused riigihanke alusdokumentides selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt ette näinud ning muudatuse väärtusest sõltumata ei muudeta hankelepingu üldist olemust. Juhul, kui hankija teab, et sellised probleemid on praktikas sagedased ning soovib tarnetähtaegade pikenedamisega seoses lõpp- või vahetähtaegu muuta, tasub probleemide vältimiseks näha hankelepingus ette RHS § 123 lg 1 p 2 kohane hankelepingu muutmise alus, mis on piisavalt selge, täpne ja ühemõtteline ning võimaldab hankijal selliseid muudatusi teha.

## **Maksumuse muutmine, elektri- ja muude energiaallikate ning teiste toormaterjalide hinnatõus**

Praktikas on sagedaseks probleemiks kujunenud ehitusmaterjali või erinevate toorainete hindade kiire muutumine, millega seoses muutub hankelepingu täitmise ajal ka hankelepingu maksumus. Sellest tulenevalt on nõustamispraktikas korduvalt tõstatunud küsimus, kas on võimalik muuta hankelepingut RHS § 123 lg 1 p-de 1, 3, 4 või 7 alusel kui selle muudatuse põhjustavad muutunud sisendite hinnad.

### **Väikesemahuline muudatus (RHS § 123 lg 1 p 1)**

Hankelepingu muudatuse lubatavuse analüüsimisel RHS § 123 lg 1 p 1 alusel tuleb küsida, kas vastava kaasuse asjaolude pinnalt on tegemist hankelepingu üldise olemuse muutmisega, kas muudatuse väärtus ületab RHS § 14 lg-tes 3 või 4 sätestatud piirmäära ehk rahvusvahelist piirmäära ning kas muudatuste väärtus kokku ei ületa kümnet protsenti asjade või teenuste või 15 protsenti ehitustööde hankelepingu algsest maksumusest või kümnet protsenti kontsessioonilepingu algsest maksumusest.

Kui hindade muutumise korral ei teki küsimust teise ja kolmanda eelduse täitmisega, siis on nõustamispraktikas tekkinud küsimus, kas seda saaks käsitleda hankelepingu üldise olemuse muutmisena. Oleme asunud seisukohale, et RHS § 123 lg 1 p-i 1 esimest eeldust ei saa tõlgendada nii rangelt, et hankelepingu üldise olemuse muutmiseks saaks pidada pelgalt muutust hinnas – jäävad ju pakutavad tooted, teenused, ehitustööd samaks ning ei muutu muul viisil nende olemus. Seega jääb hankijale võimalus muuta hankelepingut RHS § 123 lg 1 p-i 1 alusel olukorras, kus ehitustööde hinnad kallinevad seoses ehitus- või muude toormaterjalide kallinemisega ja muudatuse väärtus jääb lubatud protsendi ja maksumuse piiresse. Kui kõik

RHS § 123 lg 1 p-s 1 toodud kolm eeldust on täidetud, ei ole vaja täiendavalt analüüsida, kas tegemist on olulise muudatusega RHS § 123 lg 2 tähenduses. Sama kehtib ka hankelepingu muutmisel RHS § 123 lg 1 punktide 2–6 alusel, st nende sätete alusel muudatuse tegemisel võib olla küll tegemist olulise muudatusega, ent see on lubatav, kui sätetes toodud eeldused on täidetud.

Seda, kui suures summas oleks Ukraina sõjast mõjutatud olukorras hankelepingu maksumust vaja muuta, oleneb konkreetsest hankelepingust ja pooleliolevast objektist: näiteks kas ehitust on just alustatud või on see juba lõpetamisel, milliseid materjale ehitusel kasutatakse, kas nende päriolumaa on näiteks Ukraina, kus selle materjali tootmist praegu ei toimugi või Venemaa, kust ei tohi seda materjali sisse tuua rahvusvahelise sanktsiooni tõttu jms. Muudatuse suuruse hindamisel peaks aga tegutsema proportsionaalselt, st suuremahuliste hankelepingute puhul võib iga üksiku kuluartikli hinnamuutuse välja selgitamine olla liiga koormav, mistõttu on võimalik lähtuda ka tarbijahinnaindeksi või ehitushinnaindeksi muutusest. Samuti oleks võimalik lisada lepingusse tingimus, mille kohaselt on lubatud hinna korrigeerimine lähtudes asjakohasest indeksist tingimusel, et sealjuures peab lepingu muudatuste väärtus kokku jääma ehitustööde puhul 15% piiresse, asjade ja teenuste puhul 10% piiresse ega tohi ületada rahvusvahelist piirmäära.

### **Täiendavate asjade, teenuste või ehitustööde tellimine (RHS § 123 lg 1 p 3)**

RHS § 123 lg 1 p-i 3 alusel on võimalik hankelepingut muuta, kui samalt pakkujalt ostetakse täiendavaid asju, teenuseid või ehitustöid, mille järele on hankijal tekkinud vajadus ja mida riigihanke alusdokumendid ei sisaldanud, juhul kui pakkuja vahetamine põhjustaks hankijale olulist ebamugavust või märkimisväärseid lisakulusid ega oleks majanduslikel või tehnilistel põhjustel võimalik tulenevalt asjade, teenuste või rajatiste asendatavuse või koostoimimise vajadusest, kusjuures ühegi muudatuse väärtus ei ületa 50 protsenti hankelepingu algsest maksumusest.

RHS § 123 lg 1 p-i 3 eeldused hankelepingu muutmiseks pole hinnatõusu korral täidetud, kuna antud säte nõuab esmase eeldusena seda, et hankija ostab pakkujalt täiendavaid asju, teenused või ehitustöid. Asjaolu, et elektri või mõne teise sisendi hind on tõusnud, ei tähenda, et hankija ostab täiendavaid asju, teenuseid või ehitustöid. Kui nt teenust osutatakse ikka samamoodi ja samadel tingimustel, muuta soovitakse vaid teenuse hinda, siis eeltoodust tulenevalt pole tegemist täiendava teenuse ostmisega.

Seega ei saa hankija muuta hankelepingu maksumust RHS § 123 lg 1 p-i 3 alusel, kus täiendavaid asju, teenuseid või ehitustöid ei tellita, vaid kallinenud on sama eseme maksumus, mille tellimise oli hankija riigihanke alusdokumentides juba ette näinud.

### **Hinnatõus kui ettenägematu asjaolu (RHS § 123 lg 1 p 4)**

Vastus küsimusele, kas samal põhjusel oleks võimalik hankelepingut muuta RHS § 123 lg 1 p-i 4 alusel, sõltub sellest, milline oli faktiline olukord riigihanke ettevalmistamise ajal: tegemist peaks olema sellise muudatusega, mis oli hoolsale hankijale ettenägematu. Hoolsa hankija ja ettenägematuse kohta RHS § 123 lg 1 p-i 4 kontekstis saab lugeda ülalpool.

Kuigi olukorras, kus hankelepingu maksumust mõjutav hindade kiire ja püstloodis tõus on tingitud olukorrast Ukrainas, võib ettenägematust väga paljudel juhtudel jaatada, ei saa siiski

kõikide hankelepingute puhul automaatselt järeldada, et tegemist on kindlasti ettenägematu asjaoluga RHS § 123 lg 1 p 4 mõttes.

Sellisteks on näiteks võib olla elektri ostmine börsihinnaga. Börs on turg väärtpaberite, aktsiate, toormete, derivaatide, valuutade ning muude rahastamisvahenditega kauplemiseks, kus hinnad kujunevad vastavalt pakkumise ja nõudluse vahekorrale. Kui teatud vara suhtes on ostuhuvi suurem kui müügiuvi, siis vara hind tõuseb niikaua, kuni pakkumine ja nõudlus saavutavad tasakaalu. Sama kehtib üldjoontes ka elektriturul suhtes, mis tähendab, et kui ettevõtja sõlmis lepingu elektrienergia ostmiseks börsihinnaga, siis pidi ta ka arvestama asjaoluga, et börsihind pole kogu aeg madal, vaid et see võib asjaolude muutumisel ka märkimisväärselt tõusta. Küll aga võib siin olla tegemist olukorraga, mida käsitleb VÕS § 97, mille kohaselt on lepingu ühel poolel õigus taotleda lepingu muutmist, kui lepinguliste kohustuste omavaheline vahekord on muutunud.

Nagu öeldud, ei ole ettenägematus samastatav vääramatu jõuga. Vääramatu jõu puhul peab hankelepingu täitmine olema takistatud. Kui hankelepingu täitmine on võimalik, ent lepingu täitmise kulud on suurenenud, sh oluliselt suurenenud, ei ole tegemist vääramatu jõuga, ent see ei tähenda, et hankelepingut ei saaks muuta ettenägematute asjaolude tõttu. Küsimuse lahendamisel, kas hankija võiks seoses sisendhindade olulise kallinemisega hankelepingu maksumuse suurenemises kokku leppida, võib abi olla kohtupraktikast VÕS § 97 rakendamise kohta.

### **Lepinguliste kohustuste vahekorra muutumine VÕS § 97**

VÕS § 97 lg 1 kohaselt kui pärast lepingu sõlmimist muutuvad lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolud ja sellega kaasneb lepingupoolte kohustuste vahekorra oluline muutumine, mistõttu ühe lepingupoole kohustuste täitmise kulud suurenevad oluliselt või teiselt lepingupoolelt lepinguga saadava väärtus väheneb oluliselt, võib kahjustatud lepingupool nõuda teiselt lepingupoolelt lepingu muutmist poolte kohustuste esialgse vahekorra taastamiseks.

Sama paragrahvi lg 2 kohaselt võib lepingu muutmist nõuda, kui esinevad kõik järgmised tingimused korraga:

- 1) kahjustatud lepingupool ei saanud lepingu sõlmimise ajal mõistlikult arvata, et asjaolud võivad muutuda ja
- 2) kahjustatud lepingupool ei saanud asjaolude muutumist mõjutada ja
- 3) asjaolude muutumise riisikut ei kannaks seadusest või lepingust tulenevalt kahjustatud lepingupool ja
- 4) kahjustatud lepingupool ei oleks asjaolude muutumisest teades lepingut sõlminud või oleks seda teinud oluliselt teistsugustel tingimustel.

Põhiline küsimus kohtupraktikas on olnud, kes kannab asjaolude muutumise riisikut. Teisisõnu, kas pakkuja oleks pidanud arvestama, et selles valdkonnas asjaolud ongi muutumises või on muutus selline, mis ei ole tavalise äritegevuse osaks. Kohtud on eristanud majanduse tavapärasest tsüklilisusest tulenevaid muudatusi, mis on lepingulise riskijaotusega kaetud – sellisel juhul ei ole säte rakendatav; ja sellisest tsüklilisusest väljuvaid erandlikke muudatusi, mis ei ole lepingulise riskijaotusega kaetud. Näiteks on selliseks asjaoluks erakordne madalseis

või hüppeline hoogustumine, kui selgelt eristuv anomaalia tsükliliselt kõikuvate majandusprotsesside taustal. Seega tuleks hinnata, kas hinnatõus jääb sellise tsüklilise majandusprotsessi raamesse või on tegemist anomaaliaga. Viimasel puhul võib jõuda järeldusele, et asjaolude muutumise riisikot ei saa pakkujale panna ning pakkujal on õigus hankelepingu muutmist taotleda.

Oluline on silmas pidada, et VÕS § 97 ei anna kahjustatud lepingupoolele õigust lepingut ühepoolselt muuta, vaid tal on õigus muutmist teiselt poolelt üksnes taotleda. Kui pakkuja on sellise taotluse esitanud, peab hankija omakorda hindama, kas tal on võimalik RHS § 123 lg 1 p 4 alusel hankelepingu muutmises kokku leppida. Isegi kui VÕS § 97 eeldused lepingu muutmise taotluse esitamiseks ja ettenägematu asjaolu RHS § 123 lg 1 p 4 mõistes on teatud määral samastatavad, tuleb hankijal kinni pidada ka teistest piirangutest, st muutuda ei tohi hankelepingu üldine olemus ning hankelepingu maksumus võib suureneda kuni 50% ulatuses esialgse hankelepingu maksumusest.

Kui hankijal ei ole võimalik hankelepingu muutmises kokku leppida, on pakkujal õigus VÕS § 97 lg 5 alusel lepingust taganeda või kestvuslepingu puhul see üles öelda. Selle sätte alusel lepingust taganemine või selle üles ütlemine peaks välistama õiguskaitsevahendite kohaldamise hankija poolt, mis võiksid pakkujat tabada kui tal lepingust taganemiseks või üles ütlemiseks vastavad põhjendused või seaduses või lepingus endas sätestatud alused puuduvad.

### **Ebaoluline muudatus (RHS § 123 lg 1 p 7)**

Kui muudatust planeeritakse RHS § 123 lg 1 p-i 7 alusel, vajab hoolikat analüüsi küsimus, kas tegemist võiks olla ebaolulise muudatusega RHS § 123 lg 2 tähenduses. Enamasti tuleb sellele küsimusele vastata eitavalt, kuna eelkõige on keerukas (et mitte öelda võimatu) tõendada seda, et täidetud on RHS § 123 lg 2 p-ide 1 või 2 eeldus ehk et muudatusega ei lisata tingimust, mis laiendanuks võimalike riigihanke osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakkumuste hulka, kui riigihanke alusdokumendid oleks sellist tingimust sisaldanud või et muudatus ei tingi hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumist pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil.

Olukorras, kus hankijal pole võimalik hankelepingut õiguspäraselt muuta ning teenuseosutaja keeldub lepingut selles sätestatud tingimustel täitmast, on hankijal vaid võimalus rakendada ettevõtja suhtes õiguskaitsevahendeid esmalt hankelepingu täitmisele sundimiseks ja juhul kui teenust endiselt kokkulepitud tingimustel ei osutata, lähtuda lepingus ja võlaõigusseaduses võlasuhte lõpetamisele suunavatest õiguskaitsevahenditest. Lisaks märgime, et kui pakkuja suhtes on kohaldatud RHS § 95 lg 4 p-is 8 märgitud õiguskaitsevahendeid (taganemine, ülesütlemine, hinna alandamine, kahju hüvitamine, leppetrahv), tuleb hankijal RHS § 83 lg 7 p-ist 3 tulenevalt esitada selle kohta teave riigihangete registrile 30 päeva jooksul peale hankelepingu lõppemist.

Juhul kui hankija soovib tulevikus hankelepingut mingite konkreetsete asjaolude ilmnemisel (nt elektrihinna tõus, inflatsioon) muuta, siis on see võimalik ka juhul kui hankija on riigihanke alusdokumentides näinud ette sellise hankelepingu muutmise aluse, mis vastab RHS § 123 lg 1 p-is 2 märgitule. Võimalik on ette näha nn indekseerimistingimus, mille puhul lähtutakse hankelepingu hinna korrigeerimisel mõnest konkreetsest indeksist (nt tarbijahinna indeks, ehitushinnaindeks vms).



## Leppetrahv

Hankijal tuleb juba riigihanget korraldades arvestada majanduslike olude, sh võimalike hinnatõusude ja tarneraskustega. Seetõttu tasub hoolikalt üle vaadata riigihanke alusdokumentide „põhjad“, mida kasutatakse, kuna võib julgelt väita, et koroonapandeemia järgne ning Ukraina sõjast tingitud olukord on maailmas sedavõrd muutunud, et senini kasutusel olnud tingimused vajavad ümber hindamist ja muutmist. Riigihanke alusdokumendid, eriti hankelepingu projekt, sisaldavad pahatihti koroonaeelse ajastu tingimusi ning näevad hilinemise korral ette karmid leppetrahvi nõuded, mille kohaldamisest hankija tarne hilinemise korral sugugi huvitatud ei pruugi olla.

Hankijal ei tasu siiski ka hankelepingu täitmise faasis unustada, et ta kasutab avalikku raha ning peab lepingulises suhtes käituma erinevalt eraõiguslikust tellijast. Eeltoodust tulenevalt tuleb hankijal pakkujalt nõuda ning pakkujal tuleb hankelepingut täita hankelepingus sätestatud korras ning tingimustel. Kui pakkuja ei suuda hankelepingut sätestatud tingimustel täita, tuleb hankijal nõuda hankelepingu täitmist ning vajadusel kohaldada pakkuja suhtes õiguskaitsevahendeid, sh nõuda leppetrahvi kui see on hankelepingus sätestatud. Kui hankija ei soovi pakkuja suhtes õiguskaitsevahendeid kohaldada, sh nõuda leppetrahvi, siis tuleb tal analüüsida, kas tegemist on lubatava hankelepingu muudatusega RHS § 123 valguses.

Muudatus võib olla lubatav kui see vastab RHS § 123 lg 1 p-de 2, 4 või 7 tingimustele. Küll aga tuleb juhul, kui tegemist pole otseselt koroonapandeemiast ja selle tõttu kehtestatud piirangutest (nt riiki sisenemine, mingite teenuste osutamine) või sõjaolukorrast tingitud viivitusega, olla hankelepingu muutmise osas väga kriitiline. Olukorras, kus tarneraskused on juba mitmeid kuid erinevaid valdkondi mõjutanud, ei saa need üldjuhul enam olla ettenägematuks asjaoluks RHS § 123 lg 1 p 4 mõttes.

Samuti võib probleemseks osutada muudatuse tegemine RHS § 123 lg 1 p 7 alusel, kuna hankija põrkub RHS § 123 lg 2 p-de 1 ja 2 vastu, mille kohaselt tuleb muudatust pidada oluliseks, kui sellega lisatakse tingimus, mis laiendanuks võimalike riigihankes osalejate või vastavaks tunnistamisele kuuluvate pakumuste hulka, kui riigihanke alusdokumendid oleks sellist tingimust sisaldanud või kui muudatus tingib hankelepingust tuleneva lepinguliste kohustuste vahekorra muutumise pakkuja kasuks hankelepingus sätestamata viisil. Leppetrahvi nõudmisest loobumine tähendab enamasti vähemalt RHS § 123 lg 2 p 2 täidetust ning osadel juhtudel ka p-i 1 täidetust.

Hankijal tuleb hankelepingus ette näha sellised leppetrahvi määrad, mis on mõistlikud ja proportsionaalsed ning mida hankija on valmis leppetrahviga seotud kohustuse täitmatajätmise korral ka nõudma. Hankelepingu täitmisel tuleb hankijal lähtuda hankelepingus sätestatust. Kaalutlused, mille kohaselt võib ettevõtja tegevuse lõpetada või enam mitte hankija riigihangetel osaleda, ei oma vastaval juhul tähtsust. Kõik ettevõtjad, kes otsustasid pakumuse esitada, olid teadlikud hankelepingu tingimustest, sh ka leppetrahviga seotud tingimustest ning hankijal tuleb hankelepingut nendest tingimustest lähtuvalt ka täita. Vastupidine seisukoht oleks vastuolus võrdse kohtlemise üldpõhimõttega ning paneks ebavõrdsesse olukorda need ettevõtjad, kes võisid loobuda pakumuse esitamisest, kuna pelgasid, et ei suuda täita hankelepingut selles seatud tingimustel ja ei pidanud proportsionaalseks sellega kaasnevat leppetrahvi kohaldamise riski.

Loomulikult võimaldab võlaõigusseadus hankijale teataval määral kaalutlusruumi, kuid hankija kaalutlusruum ei ulatu RHS § 123 lg 1 kohaldamiseni, st juhul kui hankija plaanib pakkujalt leppetrahvi üldse mitte nõuda, või plaanib nõuda leppetrahvi märkimisväärselt väiksemas määras, ilma et selleks oleks kaalukad põhjendused, siis tuleb hankijal anda hankelepingu muutmisele hinnang lähtuvalt RHS §-st 123.

## **Kompromiss**

Hankija erisus eraõiguslikust tellijast joonistub selgelt välja olukorras, kus hankijal ja pakkujal tekib hankelepingu täitmisest tulenev vaidlus ning pooltel võib tekkida soov kompromissile minekuks. Nimelt on Euroopa Kohus asjas C-549/14 (p 40) leidnud, et pärast riigihankelepingu sõlmimist ei saa selle tingimusi oluliselt muuta ilma uut hankemenetlust korraldamata, isegi kui see muudatus kujutab endast objektiivselt võttes kompromissi, mis sisaldab mõlema poole vastastikust loobumist, et lõpetada vaidlus, mille tulemust ei ole võimalik ette näha ja mis on tekkinud raskuste tõttu, mis takistavad asjaomase hankelepingu täitmist. See ei oleks aga nii juhul, kui kõnealuse hanke dokumentides oleks olnud ette nähtud võimalus kohandada pärast hankelepingu sõlmimist teatud tingimusi, isegi olulisi, ja määratud kindlaks selle võimaluse kasutamise viis.

Viimase lausega jõuab Euroopa Kohus RHS § 123 lg 1 p-is 2 sätestatud võimaluseni näha riigihanke alusdokumentides ette võimalus hankelepingu muutmiseks. Ehk siis tuleb sellest järeldada, et hankijal pole Euroopa Kohtu hinnangul hankelepingust tuleneva võlasuhte puhul niivõrd laialdasi õigusi kui on eraõiguslikel isikutel võlaõigussuhtes, sh on piiratud vastastikune nõuetest loobumine (kompromiss).

## **Raamlepingud ja raamlepingu alusel sõlmitavad hankelepingud**

Raamlepingute puhul tuleb silmas pidada, et kuigi raamlepingutele kohaldatakse RHS-is hankelepingute kohta sätestatud, siis raamlepingu muutmisel peab olema hoolikam ning võimalused ei ole sama avarad kui hankelepingute korral. RHS § 30 lg-t 1 ja § 123 tuleb rakendada koostoimes. Raamlepingul põhinevate hankelepingute sõlmimisel peab hankija lähtuma raamlepingu tingimustest ja RHS §-s 30 sätestatud korrast, raamlepingu tingimusi oluliselt muutmata. Kuna RHS § 30 lg 1 keelab raamlepingu tingimusi oluliselt muuta, tuleb selle piiranguga arvestada ka raamlepingu muutmise korral. Teisisõnu, vastupidiselt hankelepingute muutmisele RHS § 123 lg 1 p-de 1-6 alusel, tuleb raamlepingute muutmisel ja raamlepingu alusel hankelepingu sõlmimisel täiendavalt hinnata, kas tegemist on ebaolulise või olulise muudatusega. Lubatud on üksnes ebaolulised muudatused. Siinjuures on oluline ka tähelepanu pöörata, et hanketeates või muus riigihanke alusdokumendis teatavaks tehtud raamlepingu maksimaalset rahalist mahtu või kogust ei ole ühelgi juhul lubatud ületada, ületamise korral kaotab raamleping kehtivuse.

Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakond

21. märts 2022