

Hankelepingute muutmine

1. Sissejuhatus

Riigihankeõigus Eestis kombineerib endas nii era- kui ka avalikku õigust. Riigihanke menetlust kuni hankelepingu sõlmimiseni reguleerib avalik õigus: riigihangete seadus ja selle aluseks olevad riigihangete direktiivid¹. Alates hankelepingu sõlmimisest alluvad pooltevahelised suhted eraõigusele, kus tuleb lähtuda võlaõigusseadusest ning sõlmitud lepingu tingimustest. Erandlikult sekkub riigihangete seadus vaid hankelepingu muutmisel, eesmärgiga tagada riigihangete korraldamise üldpõhimõtete sekundaarne kaitse. Viimane on riigihankeõiguses möödapääsmatu, kuivõrd sõlmitud hankelepingu muutmise võimalus kätkeb endas potentsiaalset ohtu varasema hankemenetluse õiguspärasusele. Hankelepingu sõlmimisega lõpeb küll riigihanke menetlus, ent otsustusprotsess jätkub, algab lepingu täitmine ning konkreetse hanke eesmärk ja tulemused alles saabuavad. Hankelepingu muutmist kitsendava regulatsioonita võib lepingupooltel avaneda võimalus muuta varasem õiguspärane käitumine (näiteks riigihangete korraldamise üldpõhimõtete nõuetekohane järgimine) sisutühjaks ning formaalseks. Seetõttu on hankelepingu muutmine lubatud ainult eriseadusena riigihangete seaduses sätestatud korras. Eesti riigihankeõiguses pole sõlmitud hankelepingu muutmine reeglina lubatud ning muutmine saab kõne alla tulla vaid erandjuhtudel eeldusel, et on täidetud riigihangete seaduse § 69 lg 3 ja 4 sätestatud kumulatiivsed kriteeriumid.

Riigihangete seaduse § 7 lg 2 sätestab, et raamlepingutele kohaldatakse hankelepingute kohta käivaid sätteid, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Kuivõrd raamlepingute muutmist ei ole seaduses eraldi reguleeritud, kohaldub ka raamlepingute muutmisele hankelepingute muutmise kohta käiv regulatsioon.

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

Käesoleva analüüsi eesmärk on avada hankelepingu muutmise lubatavust lähtuvalt riigihangete seadusest ja Euroopa Kohtu praktikast ning selle kaudu aidata hankijail konkreetsetel juhtudel hinnata hankelepingu muutmise võimalusi.

2. Hankelepingu muutmine riigihangete direktiivide ja Euroopa Kohtu praktika valguses

Euroopa Kohus on mitmes oma otsuses tunnistanud riigihangete üldpõhimõtete ülimuslikkust siseriiklike eraõiguslike normide suhtes. Eriti olulised on hankelepingu muutmise küsimuses kohtuasjad *Succhi di Frutta*², *Presstext*³ ja *Komisjon versus Saksamaa*⁴.

Esimeses kohtuasjas leidis kohus, et hankija ei tohi pärast hankelepingu sõlmimist muuta hanketeate olulisi tingimusi nagu näiteks tarnitavate asjade eest tasumine⁵. Kui hankija soovib mingil põhjusel pärast eduka pakkumuse väljavalimist mõningaid hanketeate tingimusi muuta, peab ta selle olema hanketeates sõnaselgelt sätestanud.⁶ Lisaks sellele peavad hanketeates sisalduma üksikasjalikud reeglid hankelepingu muutmiseks, mis annab kõikidele pakkujatele kindla raamistiku, millega nad peavad arvestama oma pakkumuste esitamisel.⁷ Selline nõue on vajalik kõikide potentsiaalsete pakkujate võrdseks kohtlemiseks. Vastasel korral rikutaks nii võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõtet ning riigihanke objektiivsus ei oleks enam tagatud.⁸

Teises kohtuasjas käsitles kohus põhjalikult hankelepingu muutmise võimalusi, jõudes järeldusele, et hankelepingu muutmine ei ole õigustatud ja muutmiseiga taotletava eesmärgi saavutamiseks tuleks sõlmida uus hankeleping juhul, kui muudatused on esialgse hankelepingu tingimustega võrreldes oluliselt erinevad ja nendest ilmneb poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.⁹ Muudatus on oluline juhul, kui sellega tuuakse lepingusse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleks juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda

² Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas C-496/99: *Succhi di Frutta SpA*, EKL 2004 lk I-03801

³ Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas C-454/06: *Presstext*, EKL 2008 lk I-04401

⁴ Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas C-503/04: *Komisjon vs Saksamaa*, EKL 2007 lk I-06153

⁵ *Succhi di Frutta SpA*, p 117

⁶ sama, p 118

⁷ sama

⁸ sama, p 121

⁹ *Presstext*, p 34

hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne teise pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti.¹⁰

Kolmanda kohtuasjaga toodi riigihangetesse uus reegel, mille kohaselt tuleks hankemenetluse eriti oluliste rikkumiste korral hankeleping tühisteks tunnistada. Selle reegli tõi riigihangete seadusandlusse uus õiguskaitsemeetmete direktiiv nr 2007/66/EÜ.¹¹ Hankelepingu muutmise reeglite rikkumine ei too küll iseenesest riigihangete seaduse kohaselt kaasa hankelepingu tühisust, ent kõnealune reegel kinnitab arusaama, et ka pärast formaalse hankemenetluse lõppemist hankelepingu täitmise käigus tuleb lähtuda riigihangete põhimõtetest, eelkõige menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise printsiipidest ning hankelepingute kontekstis alluvad eraõiguse normid enamikul juhtudel riigihankeõigusele.

Riigikohus on korduvalt oma otsustes¹² märkinud, et vastavalt Euroopa Kohtu seisukohtadele isegi juhul, kui konkreetne leping ei kuulu riigihankeid käsitlevate Euroopa Liidu direktiivide kohaldamisalasse, peab hankija järgima Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtteid (eeskätt artiklid 43 ja 49 (Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklid 49 ja 56)) eelkõige asutamisevabaduse, teenuste osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ning menetluse läbipaistvuse ja kontrollitavuse kohta. Oma 5. novembri 2012. a otsuses kohtuasjas nr 3-3-1-39-12 aga märgib kohus, et: „/.../ kui lähtuda tõlgendusest, et tühisuse alused on piiratud üksnes RHS § 69 lg-tega 1 ja 1¹, ei pruugi selline lähenemine alati vastata Euroopa Kohtu praktikas kujundatud seisukohtadele, et kui riigihanke korraldamisel on oluliselt rikutud ELTL artikleid 49 ja 56, peab sellisele olulisele rikkumisele vastanduma tõhus kohtulik õiguskaitsevahend (vt ka Riigikohtu halduskolleegiumi 27. oktoobri 2010. a otsus asjas nr 3-3-1-66-10, p 17). Ka õiguskaitsemeetme direktiivi kohaselt tuleb ebaseaduslikult sõlmitud otselepingud tunnistada tühisteks (Euroopa Parlamendi ja nõukogu 11. detsembri 2007. a direktiivi 2007/66 põhjendused 13 ja 14). Seega kui tuvastatakse, et kontsessiooni andmisel on oluliselt rikutud ELTL artikleid 49 ja 56 ning nendel põhinevat RHS § 3, ja RHS § 69 lg-te 1 ega 1¹ alusel ei ole võimalik sellise lepingu tühisust tuvastada, tuleb kohtul kaaluda, kas jätta RHS § 4 lg 2 kohaldamata ning rakendada TsÜS § 87. Tühisuse saab tuvastada, kui riigihangete seaduse rikkumine toob kaasa tühisuse tuvastamise nõude esitaja õiguste rikkumise.“ Seega vaatamata asjaolule, et riigihangete seaduse § 69 lg 1 ja 1¹ ei sätesta

¹⁰ sama, p 35

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

¹² Riigikohtu otsused asjades nr 3-3-1-66-10 p 15, 3-3-1-31-11 p 16, 3-3-1-39-12 p 24.

hankelepingu tühisuse alusena hankelepingu muutmist riigihangete § 69 lõigetes 3 ja 4 sätestatud regulatsiooni rikkudes, võib kohus asuda seisukohale, et kui hankelepingu ebaseadusliku muutmisega on oluliselt rikutud eelpool nimetatud põhimõtteid, tuleb lepingu tühisus tuvastada tsiviilseadustiku üldosa seaduse § 87 alusel.

Kehtivad riigihangete direktiivid hankelepingu täitmist, s.h muutmist ei käsitle. Küll aga on Euroopa Komisjon teinud ettepaneku reguleerida hankelepingu muutmise küsimust oma uute riigihangete direktiivide eelnõude tekstides¹³. Uus regulatsioon põhineb suures osas Euroopa Kohtu kaasustel. Eelnõudega tuuakse sisse hankelepingute muutmise põhimõtteline keeld juhul, kui hankelepingu muutmine on oluline (ingl. k *substantial*). Sellisel juhul tuleb hankijal läbi viia uus riigihange ning sõlmida uus hankeleping.

Eelnõude kohaselt on hankelepingu muudatus oluline juhul, kui sellega muutub oluliselt (ingl. k *materially different*) hankelepingu iseloom. Oluline on muudatus ka siis, kui sellega tuuakse lepingusse tingimusi, mis oleks juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne teise pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti või oleksid võimaldanud kaasata ka teisi pakkujaid lisaks nendele, kes esialgses hankemenetluses osalesid. Juhul, kui muudatusega kallutatakse hankelepingu tasakaalu pakkuja kasuks viisil, mida ei olnud esialgses hankemenetluses sätestatud või kui esialgse hankelepingu ese laieneb märkimisväärselt, on samuti tegemist olulise muudatusega. Nimetatud kolmel kriteeriumil ei ole kohaldamise eelist nende sätete ees, mis käsitlevad tingimusi, millele vastavad muudatused on mitteolulised.

Keelatud on uue lepingupartneri asumine esialgse lepingu täitja asemele. Selline keeld ei kehti üldise või osalise õigusjärgluse korral firma ümberstruktureerimisel, s.h üle võtmisel, ühinemisel ja jagunemisel, kusjuures õigusjärglane peab vastama esialgses hankemenetluses seatud kvalifitseerimise tingimustele ja muid olulisi muudatusi lepingus ei tehta ning lepingupartneri vahetamise eesmärk ei ole direktiivi sätete kohaldamisest kõrvale hoida.

Muudatus ei ole oluline juhul, kui muudatust reguleerivad klauslid sisalduvad esialgse hankemenetluse tingimustes selgelt, täpselt ja üheselt mõistetavalt. Sellised klauslid peavad määratlema võimaliku muudatuse iseloomu ning tingimused, mille esinemisel muudatus võib toimuda. Sätestada ei tohi muudatusi, mille tagajärjel muutuks hankelepingu üldine iseloom.

¹³ Euroopa Komisjoni poolt algatatud direktiivide eelnõud on eesti keeles kättesaadavad arvutivõrgus aadressil <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/eelnoud>

Lisaks sellele sätestatakse eelnõudes *de minimis* klausel, mille kohaselt ei ole tegemist olulise lepingumuudatusega, kui rahaliselt mõõdetav muudatus ei ületa 10% esialgse hankelepingu maksumusest eeldusel, et see ei ületa ka rahvusvahelist piirmäära ning ei muutu oluliselt hankelepingu iseloom.

Hankelepingu muutmine on lubatud ka juhul, kui on üheaegselt täidetud kõik kolm järgmist tingimust:

- 1) muudatuse vajaduse tingivad asjaolud, mida hoolas hankija ei saanud ette näha;
- 2) muudatus ei moonuta lepingu üldist iseloomu;
- 3) hind ei muutu üle 50% esialgse hankelepingu maksumusest.

Direktiivide eelnõude sätetest nähtub, et Euroopa Komisjon on tõepoolest üritanud Euroopa Kohtu poolt sedastatud põhikriteeriumid hankelepingute muutmisel seadustada. Lisaks sellele pannakse paika rahaline piir eristamaks olulist lepingumuudatust mitteolulisest. Kuni direktiivide jõustumiseni ja nende harmoniseerimiseni Eesti õigusega tuleb aga lähtuda käesoleval ajal riigihangete seaduses sätestatust ning Euroopa Kohtu lahenditest.

Järgnevalt vaadatakse mõningaid hankelepingu muudatusi eelpool nimetatud Euroopa Kohtu otsustest tulenevate järelduste valguses.

2.1 Hankelepingu muudatuse olulisus, kui hankelepingu muutmise keelu üldtingimus

Nii Euroopa Kohus kui ka Euroopa Komisjon on asunud seisukohale, et hankelepingu muutmine ei ole lubatud, kui selle muudatuse sisuks on tegelikult uus hankeleping. Kui hankelepingu muudatus on sellise iseloomuga, mis sisuliselt on võrdne uue hankega, tuleb hankijal ka uus riigihange korraldada. Kohtuasjas *Presstext* leidis kohus, et menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks tuleb kehtiva riigihankelepingu klauslite muutmist pidada uue riigihankelepingu sõlmimiseks juhul, kui need muudatused on algse riigihankelepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.¹⁴ Euroopa Ühenduste

¹⁴ *Presstext*, p 34

komisjoni teatises¹⁵ märgitakse samuti, et uue pakkumismenetluse korraldamist nõuab vaid oluline lepingutingimuste muutmine.

Eelpool nimetatud kohtuasjas *Presstext* tõi kohus välja kolm näidet, millal oleks tegemist olulise muudatusega: 1) muudatusega tuuakse lepingusse sisse tingimusi, mida ei olnud esialgse hankemenetluse ajal ja mis oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse, 2) muudatusega laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud, 3) muudatusega kallutatakse majandusliku tasakaalu hankelepingu täitja kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud.¹⁶

Seega tuleb hankelepingu muutmise üle hindamisel välja selgitada, kas vaidlusaluse muudatuse näol on tegemist olulise muudatusega, mis tingiks uue riigihanke korraldamise.

2.2 Hankelepingute muutmise lubatavus, kui muutmise võimalus on eelnevalt teada

Hankelepingutele kui tsiviilõiguslikele lepingutele laienevad üldisemas mõttes eraõiguslikud sätted. Samal ajal peab hankelepingute sõlmimise ja muutmise juures järgima riigihangete üldpõhimõtteid, mis piiravad eraõiguslike põhimõtete, s.h lepinguvabaduse kohaldamist.

Eraõiguslikus suhtes võivad pooled enamasti kehtivat lepingut kokkuleppel igal ajal või erijuhtudel ühe poole nõudmisel muuta. Lähtudes võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest peab hankija olema riigihankes avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni¹⁷ ja hankelepingu ese ning sõlmimise tingimused peavad olema selgelt määratletud.¹⁸ Juhul, kui hankija soovib jätta endale võimaluse hankelepingu tingimusi muuta, peab hankedokumentides ette nägema nii muutmise võimaluse kui ka üksikasjalikud reeglid. See on hädavajalik, et kõik isikud, kes on huvitatud hankes osalemisest, saaksid pakkumused esitada võrdsetel alustel.¹⁹

Seega on sõlmitud hankelepingu muutmine lubatud juhul, kui hankelepingu projektis oli algusest peale selline võimalus ette nähtud ning lisatud detailsed reeglid hankelepingu

¹⁵ Komisjoni tõlgendav teatis C (2007) 6661, mis käsitleb riigihankeid ja kontsessioone reguleeriva ühenduse õiguse kohaldamist avaliku ja erasektori institutsionaliseeritud partnerluste suhtes, lk 8

¹⁶ *Presstext* p 35-37

¹⁷ *Succhi di Frutta SpA*, p 115

¹⁸ *Komisjon versus Prantsuse Vabariik*, p 34

¹⁹ *Succhi di Frutta SpA*, p-d 110, 118, 125

muutmiseks, mis tähendab, et huvitatud isikutele oli see pakkumuste esitamise ajal teada. Näiteks hankija poolt ette nähtud võimalus suurendada lepingu mahtu mingi protsendi võrra ei ole piisav, vaid lepingu muutmise reeglid peavad olema detailsemad ja hankijal tuleb enda kehtestatud reeglitest ka kinni pidada. Siinkohal tuleb märkida, et hankelepingus vastavate tingimuste sätestamine allub hanketeate ja hankedokumentide koostamise üldisele reeglistikule, s.t vastavate tingimuste lisamine on võimalik ka pärast riigihanke välja kuulutamist. Sellisel juhul tuleb silmas pidada, et vastavalt riigihangete seaduse §-le 36 on hanketeate ja hankedokumentide muutmine lubatud vaid pakkumuste või taotluste esitamise tähtpäevani ning hankelepingu projekti tingimuste muudatuste näol on tegemist nii oluliste muudatusega, mille puhul tuleb kindlasti lähtuda nõudest, et pakkumuste esitamise tähtaega tuleb pikendada vastavalt nimetatud sättes toodud tingimustele.

2.3 Muudatused hankelepingu täitjas

Hankelepingu täitja vahetamisega lepingu muutmine on reeglina oluline muudatus.²⁰ Riigihanke väga oluline osa on pakkujate kvalifitseerimine, millega tagatakse isikute võrdne kohtlemine ja menetluse läbipaistvus. Samuti saab hankija pakkujate kvalifitseerimisega tagatise, et kvalifitseeritud pakkujad on suutelised kavandatavat lepingut täitma. Kui hankemenetluses kvalifitseerimata jäänud või sisuliselt kvalifitseerimisnõuetele vastav, ent pakkumust mitteteinud isik võtab hiljem lepingulised kohustused üle ja saab seeläbi hankelepingu pooleks, muutuvad aga kvalifitseerimisnõuded sisuliselt mõttetuks. Selline isik on pandud teistega võrreldes soodsamasse olukorda, mis rikub võrdse kohtlemise põhimõtet. Seega ei ole hankelepingu üleandmine kolmandale isikule lubatud ning sellise vajaduse puhul tuleb uue lepingupartneri leidmiseks korraldada uus riigihange.

Lepingu muutmist kohustusega ühinemise läbi aga on Euroopa Kohus käsitlenud kui õiguspärast. Kohtuasjas *Presstext* leidis kohus, et hankelepingu esialgselt sõlminud isiku asemel lepingu täitmine teise isiku poolt oli lubatud, kuna viimane oli esimese tütarettvõtja ja kuulus sajaprotsendiliselt esialgsele lepingupoolele, kellel oli uuele täitjale korralduste tegemise õigus, nad olid sõlminud omavahel kasumi ja kahjumi ülekanndmise lepingu ning esialgne lepingupool vastutas uuega solidaarselt, mistõttu kokkulepitud koguteenuse osas ei

²⁰ *Presstext*, p 40

muutunud midagi.²¹ Seega peab kohustusega ühinemise puhul jääma hankija ees vastutama esialgne lepingupool, kuivõrd ühinev isik ei pruugi vastata kvalifitseerimise tingimustele.

2.4 Muudatused hankelepingu tähtajas

Hankelepingu tähtaja muudatuse lubatavus sõltub lepingu muudatuse hindamise üldreegist, kas selline kokkulepe muudab esialgse lepingu tingimusi oluliselt. Lubatud ei ole muuta tähtaega selliselt, mis oleks võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel pakkujatel, kui tähtaeg oleks selline olnud juba hanke välja kuulutamise ajal. Näiteks kui uus tähtaeg on oluliselt pikem esialgsest, oleks võinud selliste tingimuste olemasolul hankemenetluses osaleda ka isikud, kes jätsid pakkumuse esitamata ebamõistlikult lühikese ja seetõttu mitte kulutõhusa tähtaja tõttu. Samuti kallutab tähtaja muutmine lepingu majanduslikku tasakaalu hankelepingu täitja kasuks, mis asetab teised hankemenetluses osalenud pakkujad ebavõrdsesse olukorda.

Nii lepingu esialgsel tähtaja määramisel kui võimalikul hilisemal muutmisel tuleb silmas pidada ka seda, et väga pikk tähtaeg või tähtajalise lepingu muutmine tähtajatuks tekitab vastuolu konkurentsi soodustamise põhimõttega – uue riigihanke korraldamisel saaksid konkurentsivõimaluse ka teised pakkujad, mistõttu lepingu tähtaja pikendamisel ja esialgse hankelepingu täitjaga jätkamisel ei ole olemasolev konkurents efektiivselt ära kasutatud.

Hankelepingu tähtaja juures tuleb silmas pidada seda, et juhul, kui hankelepingu täitja on oma lepinguliste kohustustega viivituses, võib rakendada võlaõigusseadusest tulenevaid õiguskaitsemeetmeid, mis lubavad võlausaldajal nõuda kohustuse nõuetekohast täitmist ja selleks täiendada tähtaja määramist. Sellisel juhul ei rakendata riigihangete seadusest tulenevat hankelepingu muutmise reeglistikku, vaid võlaõigusseaduses õiguskaitsemeetmete kohta sätestatud (vt ka käesoleva analüüsi p 7).

2.5 Muudatused hankelepingu hinnas

Kuivõrd hind on riigihankelepingu üks olulisemaid tingimusi, tekitab hinna muudatus alati kahtlusi selle lubatavusest. Selle muudatuse õiguspärasuse hindamisel tuleb silmas pidada kohtuasjas *Presstext* välja toodud teist ja kolmandat näidet lepingu olulise muudatuse kohta – see on lubamatu juhul, kui: – laiendatakse riigihanke eseme ulatust olulisel määral ka

²¹ *Presstext*, p 45

sellistele teenustele, mida ei olnud esialgu ette nähtud ja – kallutatakse lepingu majanduslikku tasakaalu hankelepingu täitja kasuks viisil, mida ei olnud esialgse lepingu tingimustes ette nähtud. Teisisõnu ei tohi hankelepingut muuta, kui muudatuse tagajärjel jääb lepinguliste kohustuste vahetõrge küll samaks, ent lepingu ees laieneb olulisel määral või kui lepingu hinda tõstetakse ilma teise poole kohustusi suurendamata või lisatakse kohustusi, mille eest makstav tasu sisuliselt katab teise poole muudes lepingu osades tekkivad kahjud.

Siinkohal aga võib eelnimetatud kohtuotsuste valguses väita, et hinna alandamise kokkulepe on lubatav, kuivõrd see üldreeglina ei ohusta riigihangete põhimõtete järgimist. Nimelt kohtuasjas *Presstext* pidas kohus oluliseks asjaolu, et hankelepingu muudatus, millega muutus ebaolulisel määral hankelepingu hind, oli tehtud hankija kasuks, pidades seda õigustatuks.²² Siiski tuleb ka sellisel juhul lähtuda hankelepingu muutmise üldreeglist, milleks on muudatuse olulisuse kriteerium. Juhul, kui selline hinna alandamine toimub olulisel määral, võib tegemist olla läbipaistvuse põhimõtte rikkumisega.

3. Hankelepingu muutmist lubavad tingimused (§ 69 lg 3)

Riigihangete seaduse § 69 lg 3 kohaselt on hankijal õigus hankelepingu muutmises kokku leppida üksnes juhul, kui 1) muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, 2) mida hankijal ei olnud võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha ja 3) hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise. Tegemist on oluliste, avalik-õiguslike piirangutega lepingute muutmisele, mille eesmärk on takistada korruptiivsete suhete tekkimist ja toetada riigihangete üldpõhimõtteid ka lepingu täitmise ajal.

Nimetatud sättest nähtub, et sõlmitud hankelepingu muutmise kumulatiivseteks eeltingimusteks on objektiivsus, ettenägematus ning nn ohukriteerium, mille tõttu lepingu muutmata jätmise seaks ohtu hankelepingu täitmisele. Kui kasvõi üks eelviidatud tingimustest ei ole täidetud, puudub ka õiguslik alus hankelepingu muutmiseks.

Asjaolude objektiivsust tuleb hinnata igakordsest olukorrast lähtudes. Objektiivseteks ei saa pidada selliseid asjaolusid, mis on üldtuntud nagu näiteks maksukeskkonna muudatused. Maksukeskkonna näol ei ole tegemist staatilise, vaid ajas muutuva nähtusega, millega turuosalisel saavad ja peavad arvestama. Riigihankeõiguse seisukohalt on maksude tõstmisest

²² *Presstext*, p 62

tulenev risk pakkuja äririsk. Pikaajaliste hankelepingute korral hindab mõistlik pakkuja kõnealust riski proportsionaalselt lepingu kestusega (mida pikaajalisem on leping, seda tõenäolisemalt võivad lepingu täitmise käigus aset leida muutused maksukeskkonnas). Õiguse üldpõhimõtetega kooskõlas jõustub uus maksumäär tavapäraselt teatud etteteatamistähtaja möödudes (nt 6 kuud või 1 aasta). Sellest tulenevalt ei oma muudatused maksukeskkonnas lühiajalistele hankelepingutele olulist mõju.

Samuti ei saa olla hankelepingu muutmist tingivaks objektiivseks asjaoluks näiteks see, et hankelepingu täitmise tulemusena tekib pakkujal kohustus ennast käibemaksuseaduse § 19 lg 1 kohaselt käibemaksukohustuslasena registreerida. Pakkumuse esitamisega seotud riske kannab pakkuja, mitte hankija. Seega juhul, kui pakkuja ei ole võimalikku tekkivat käibemaksu tasumise kohustust oma esialgses pakkumuses ja seega ka hankelepingu sõlmimisel maksumuse hulka arvestanud, ei saa hankelepingu käigus maksumus ka seetõttu muutuda.

Teise kriteeriumi kohaselt eeldatakse hankijalt erilist hoolsust ning põhjalikku planeerimist enne riigihanke alustamist. Isegi juhul, kui tekkinud asjaolusid võib pidada objektiivseteks, ei saa neile tugineda, kui hankija oleks piisavat hoolsust rakendades saanud või pidanud neid hankelepingu sõlmimise ajal ette nägema. Hankijal lasub kohustus enne riigihanke alustamist läbi mõelda kõik kavatsitava menetlusega seonduvad asjaolud, vajadusel kaasama eksperte, tellima uuringuid või konsulteerima turuosalistega jne. Juhul, kui hankija oleks selliseid asjaolusid ette näinud, oleks ta saanud võtta tarvitusele meetmed nende vältimiseks või hankelepingu tingimused algusest peale sätestanud selliselt, mis asjaolusid arvesse võtaks.

Kolmanda kriteeriumi kohaselt peab lisaks eelnevale olema ka oht hankelepingu eesmärgi täielikule või osalisele saavutamisele. Oht hankelepingu eesmärgile tuleneb enamasti tekkinud objektiivsetest asjaoludest – näiteks olemasoleva hoone renoveerimistööde käigus ilmnevad konstruktsioonides, vundamendis või kommunikatsioonides sellised muutused (näiteks mädanenud palgid), mis tingivad lisatööd selleks, et esialgne hankeleping saaks täidetud. Vastasel korral ei ole võimalik esialgselt planeeritud ehitustöödega edasi minna. Siinkohal tuleb muidugi silmas pidada, et ka teine kriteerium – hankija hoolsuskohustus – oleks täidetud. Samas näiteks juhul, kui hankelepingu muudatuse vajaduse tingiks investori loobumine projekti rahastamisest, mistõttu hankijal puuduvad rahalised vahendid tööde tegemiseks, ei saa väita, et hankelepingu muutmine kõrvaldaks tingimata lepingu eesmärgi

ohtu sattumise riski. Lepingu mahtude vähenemisel muutub ka lepingu senine eesmärk, mistõttu oleks esialgse lepingu eesmärk ikkagi täitmata ka hankelepingu muutmise korral.

4. Hankelepingu muutmist keelav tingimus (§ 69 lg 4)

Eeldusel, et riigihangete seaduse § 69 lõikes 3 sätestatud tingimused on täidetud, tuleb lähtuvalt sama paragrahvi lõikest 4 hinnata, kas lepinguga taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega. Nimetatud sätet tuleks tõlgendada kitsendavalt kooskõlas Euroopa Kohtu seisukohtadega. Vastupidisel juhul välistaks kõnealune säte igasuguse hankelepingu muutmise, kuivõrd tavapäraselt on kõiki hankelepingu muudatusi võimalik ellu viia uue hankemenetluse kaudu.

Siinkohal tuleb silmas pidada Euroopa Kohtu seisukohta kohtuasjas *Presstext*, mille kohaselt tuleb menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks hinnata, kas tegemist on olulise või mitteolulise muudatusega. Riigihankelepingu kehtivuse ajal tehtud muudatust võib pidada oluliseks juhul, kui muudatusega tuuakse lepingusse tingimusi, mida ei olnud seatud algse hankemenetluse ajal ja mis oleks juhul, kui nad oleksid olnud seatud esialgses hankemenetluses, võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks mõne teise pakkumuse kui see, mis esialgu välja valiti.²³ Kui täiendavad tööd on võimalik tellida eraldi, nende tööde teostamine ei ole otseselt eelduseks esialgses hankelepingus nimetatud tööde teostamiseks, tuleks eelistada uue lepingu sõlmimist, s.t korraldada lepinguni jõudmiseks uus riigihange.

Nagu öeldud, on Euroopa Kohus jõudnud sellisele seisukohale, kuivõrd ka hankelepingu täitmisel tuleb silmas pidada riigihanke üldpõhimõtteid ja hankelepingu muutmine olulisel määral riivab eelkõige läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise printsiipe. Näiteks juhul, kui § 69 lg-s 3 toodud tingimuste täitumisel oleks vaja muuta hankelepingut selliselt, et lepingu finantstingimustesse lisatakse ettemaksu tasumine pakkujale, võib asuda seisukohale, et tegemist on lubamatu muudatusega. Hankija finantskohustusi reguleerivate lepingusätete näol on kahtlemata tegemist oluliste lepingutingimustega, reguleerivad ju need peamist hankija vastusooritust, kohustust tasuda teostatud töö või tarnitud kauba eest. Hankelepingu sõlmimise järgselt ettemaksu tasumise võimaluse loomine seab pakkujad ebavõrdsesse positsiooni, rikkudes seeläbi pakkujate võrdse kohtlemise ning vaba konkurentsi printsiipe.

²³ *Presstext*, p 35

Suure tõenäosusega omavad hankelepingu projektist tulenevad finantstingimused otsest mõju hankemenetluses osalemise kaalutlusele ning pakkumuse hinna kujunemisele (näiteks mida vähem osamakseid projekti käigus nõ ettemaksuna teostatakse, seda kallimaks projekti teostamine pakkujale muutub). Riigihankel osaledes peab pakkuja olema võimeline hindama oma võimalusi hankelepingu tingimuste täitmisel ning sealhulgas arvestama turul valitseva olukorraga. Kui näiteks ehitustööde tellimisel peab hanketeates märgitud rahastamis- ja maksetingimuste alusel toimuma tööde eest tasumine vastavalt töö teostamise ajagraafikule ja töövõtja poolt allkirjastatud igakuistele töö teostamise aktidele ning töö üleandmise-vastuvõtmise lõppaktile, peab pakkuja arvestama asjaoluga, et ehitustööd tuleb teostada ilma ettemaksuta. Pakkuja põhjendused lepingu muutmiseks, mis tulenevad näiteks pakkuja majanduslikest probleemidest, ei ole aktsepteeritavad. Pakkuja suutmatus hinnata oma majanduslikku olukorda on tema enda äritegevuse risk.

Juhul, kui hankelepingu muudatused on sedavõrd olulised, et tingiksid uue hankemenetluse korraldamise, ent võimalike lisatööde tegemine on ajakriitiline, saab hankija hankelepingu muutmise asemel kasutada erandlikku hankemenetlust. Näiteks võiks siin tuua prügilas reostuse likvideerimise hankelepingu, mille täitmise käigus ilmneb, et reostuse levik ja ulatus ning saasteainete kontsentratsioon on suuremad kui esialgselt hinnati ning seetõttu peaks hankelepingu tingimusi muutma. Kahtlust ei saa olla selles, et kavandatavad lisatööd on olulised, kuivõrd reostuse likvideerimine oli täitjapoolne hankelepingujärgne põhikohustus ja selle ulatuse suurenemine oleks võinud mõjutada esitatud pakkumuste sisu. Samas on kavandatavate lisatööde tegemine vajalik kindlasti võimalikult lühikese aja jooksul, mistõttu ei ole võimalik kinni pidada üldistest hankemenetluse tähtaegadest. Sellisteks juhtudeks on seadusandja ette näinud võimaluse kasutada väljakuulutamisetähtaegadega läbirääkimistega hankemenetlust § 28 lg 2 p 3 alusel.

Riigihangete seaduse § 28 lg 2 p 3 kohaselt on ehitustööde või teenuste hankelepingu sõlmimisel hankijal õigus korraldada väljakuulutamisetähtaegadega läbirääkimistega hankemenetlus, kui tellitakse samalt pakkujalt esialgses projektis või hankelepingus mittesisaldunud, kuid esialgses hankelepingus kirjeldatud ehitustöödeks või teenuste osutamiseks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osutunud täiendavaid ehitustöid või teenuseid kuni 20 protsendi ulatuses esialgse hankelepingu maksumusest, kusjuures selliseid täiendavaid ehitustöid või teenuseid ei saa tehniliselt või majanduslikult esialgse hankelepingu esemest eraldada ilma hankijale suuri kulusi põhjustamata või on täiendavad ehitustööd või teenused esialgse hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalikud. Kuivõrd väga paljudel juhtudel on

hankelepingu täitmiseks hädavajalikud lisatööd ka olulised selles mõttes, et oleksid tinginud muudatused esitatud pakkumuste sisus, mille tõttu oleks hankelepingu muutmine lubamatu, on võimalik kasutada nimetatud hankemenetlust ning sõlmida esialgse hankelepingu muutmise asemel lisatöödeks uus hankeleping.

5. Tellija reserv

Riigihangete seadus ei reguleeri otsesõnu tellija reservi kasutamist hankelepingutes, seega tuleb lähtuda eelpool nimetatud Euroopa Kohtu lahendites väljendatud seisukohtadest ja riigihangete üldpõhimõtetest.

Kui hankija soovib hankelepingus määratleda tellija reservi, tuleb selle olemasolu ja kasutamiseks näidata selged kriteeriumid juba hankedokumentides, et oleks tagatud kõikide võimalike pakkujate võrdne kohtlemine. Juhul, kui hankedokumentides on olemas selge viide ehitustööde reservile, selle mahule ja rakendamise tingimustele ning kui esinevad põhjendatud asjaolud reservi kasutamiseks, on tellija reserv hankes võimalik ning selle tegelikkuses kasutusele võtmisel ei ole tegemist hankelepingu muutmise juhtumiga riigihangete seaduse § 69 lg-te 3 ja 4 tähenduses.

Samas tuleb tellija reservi kasutamise juures silmas pidada, et reservi arvelt ei või esialgselt hankelepingu mahtu kuulunud töid teiste töödega asendada ega hankelepingu mahtu kuuluvaid töid ära jätta, arvestades tööde maksumus reservi. Nendel juhtudel on tegemist hankelepingu muutmisega, mille puhul tuleb arvestada riigihangete seaduse § 69 lg-te 3 ja 4 regulatsiooniga.

Tellija reserv on oma olemuselt täiendavate rahaliste vahendite olemasolu, mille arvelt on võimalik tellida kas uusi, hankelepingu mahtu esialgselt mittekuulunud töid või hankelepingu mahtu esialgselt kuulunud tööde mahtu suurendada tingimusel, et sellised tööd on hankelepingu esemega seotud või hankelepingu eesmärgi täitmiseks vajalikud. Töid on lubatud tellida hankelepingus sätestatud summa ulatuses, reservi mahtu ületavate tööde puhul on tegemist hankelepingu muutmisega.

Reservi ette nägemine võib riivata riigihanke läbipaistvuse ja säästlikkuse põhimõtteid. Aktsepteeritav oleks reservi suurus kuni 10% ehituslepingu mahust, üle selle oleks läbipaistvuse põhimõtte tagamine juba oluliselt rikutud.

6. Hankelepingu muutmine võlaõigusseaduse § 97 valguses

Võlaõigusseaduse § 97 lõike 1 kohaselt juhul, kui pärast lepingu sõlmimist muutuvad lepingu sõlmimise aluseks olnud asjaolud ja sellega kaasneb lepingupoolte kohustuste vahekorra oluline muutumine, mistõttu ühe lepingupoolte kohustuste täitmise kulud suurenevad või teiselt lepingupoolelt lepinguga saadava väärtus väheneb oluliselt, võib kahjustatud lepingupool nõuda teiselt lepingupoolelt lepingu muutmist poolte kohustuste esialgse vahekorra taastamiseks. Sama paragrahvi lõikest 2 lähtuvalt saab lepingu muutmist nõuda eeldusel, et kahjustatud lepingupool ei saanud lepingu sõlmimise ajal mõistlikult arvata, et asjaolud võivad muutuda ega seda mõjutada, ega kannu muutumisest tulenevat riski ja tõenäoliselt oleks asjaolude muutumisest teades sõlminud lepingu teistel tingimustel või jätnud lepingu sõlmimata.

Seega eeldatakse, et lepingu täitmine ei ole küll võimatu, ent on ebaoproportsionaalselt kahjulik ja ebaõiglane ning lepingu tasakaal on muutunud sõltuvalt ettenägematutest asjaoludest.

Lähtuvalt nimetatust võib siin paralleeli tuua riigihangete seaduse § 69 lõikega 3, kuid tuleb arvestada, et riigihangete seadus on võlaõigusseaduse suhtes eriseadus, mis tähendab, et hankelepingute puhul lepingulise tasakaalu muutumisel peab hankija lepingu täitjalt võlaõigusseaduse § 97 alusel esitatud hankelepingu muutmise taotlusele nõusoleku andmisel alati hindama, kas riigihangete seaduse hankelepingu muutmist käsitlevates sätetes toodud tingimused on täidetud.

Eeldusel, et lepingu tasakaalu muutnud objektiivsed asjaolud olid ettenägematud ka hankija jaoks ning täidetud on ka hankelepingu eesmärgi ohtu sattumise kriteerium, on nagu iga hankelepingu muutmise puhul vajalik otsustada, kas sisuliselt oleks tegemist selliste muudatustega, mis tingiksid lähtudes § 69 lõikest 4 uue riigihanke läbiviimise.

Võlaõigusseaduse § 97 lg 1 sätestab, et lepingu muutmise taotluse võib kahjustatud pool esitada juhul, kui tema kohustuste täitmise kulud suurenevad või lepinguga saadava väärtus väheneb oluliselt. Euroopa Kohtu kohtuasjas *Presstext* omakorda rõhutatakse, et juhul, kui hankelepingu muutmise tagajärjel muutuvad tingimused olulisel määral, tuleks korraldada uus riigihange.²⁴ Samas ei saa aga asuda ühesele seisukohale, et võlaõigusseadusest tuleneva olulisuse kriteeriumi täitmisel oleks automaatselt riigihangete seadusest johtuvalt

²⁴ *Presstext*, p 34

hankelepingu muutmine keelatud. Nimelt tuleb siinkohal silmas pidada nimetatud kohtuasjas kohtujuristi ettepanekus esitatud järgmise seisukohaga: alati on määrav see, missugused tingimused oleks hankija võinud lepingu muutmise ajal turul saada /.../ kas teised võimalikud teenuseosutajad oleksid võinud lepingu muutmise ajal pakkuda hankijale soovitud teenust veelgi soodsama hinnaga kui tema tookordne lepingupartner.²⁵ Seega kui muudatuse tingivad asjaolud mõjutavad mitte ainult konkreetseid lepingupooli ja nende suhete tasakaalu, vaid ka turul tegutsevaid kolmandaid isikuid, siis on tõenäoline, et ka nemad ei saaks uues riigihankes pakkuda soodsamaid tingimusi kui esialgse lepingu pool. Kui hankelepingu sõlminud pakkujaga samasuguses olukorras oleksid ka kõik teised võimalikud pakkujad, ei ole hankelepingu muutmisega võimalik riivata kolmandate isikute või teiste võimalike pakkujate võimalusi pakkuda hankijale soodsamaid tingimusi. Sellisel juhul ei oleks tegemist muudatusega, mis tingiks uute pakkujate osalemise või mõne teise pakkuja valituks osutumise riigihankel. Lisaks sellele peaks hankija kandma ka olemasoleva lepingu lõpetamisega kaasnevad kulud, s.h kahjunõude, mis pakkujal oleks võimalik esitada ning uue hankemenetluse korraldamisega seonduvad kulud, mistõttu muutuks uue hankemenetluse korraldamine lõppkokkuvõttes oluliselt kallimaks kui olemasoleva lepingu tingimuste muutmine. Kui aga lepingu muutmist tingivad asjaolud peaksid mõjutama ainult või eelkõige olemasoleva lepingu poolt, on võimalik, et hankija jaoks oleks soodsam lepingu muutmise asemel korraldada uus riigihange.

7. Võlaõiguslikud õiguskaitsemeetmed

Hankelepingu muutmisest poolte kokkuleppel tuleb eristada hankelepingu mittenõuetekohasest täitmisest tingitud lepingu täitmise nõude esitamist ning vajadusel täiendava tähtaja määramist lepingu täitmiseks vastavalt võlaõigusseaduses ja lepingus sätestatule. Sellist tegevust ei tule hinnata riigihangete seaduse § 69 lg-tes 3 ja 4 sätestatud regulatsiooni valguses. Vastupidine tõlgendus välistaks automaatselt hankija kui tellija õiguse tugineda täitja poolse lepingurikkumise korral lepingust ja võlaõigusseadusest tulenevatele õiguskaitsevahenditele. Viimane ei saa kindlasti olla hankelepingute muutmise regulatsiooni eesmärgiks ning oleks vastuolus lepinguõiguses kehtivate mõistlikkuse ning hea usu põhimõtetega.

²⁵ *Presstext*, Kohtujuristi ettepanek p 91

Kohustuse rikkumiseks võlaõigusseaduse § 100 kohaselt on võlasuhtest tuleneva kohustuse täitmata jätmine või mittekohane täitmine, sealhulgas täitmisega viivitamine. Paragrahvi 101 lõikes 1 loetletakse õiguskaitsevahendid, mida võlausaldaja võib kasutada eraldi või koos, mida saab üheaegselt kasutada, kui seadusest või lepingust ei tulene teisiti. Hankelepingu muutmise temaatikaga seondub eeskätt lepingu täitmise nõude esitamine ja selleks täiendava tähtaja määramine hankija poolt. Sellise juhtumi lahendavad pooled riigihankeõiguse väliselt vastavalt sõlmitud lepingule ja võlaõigusseadusele. Samas on eeltoodu võimalik üksnes siis, kui uue tähtaja määramine ei tulene hankija tegevusest või tegevusetusest hankelepingu täitmisel, vaid põhjused on seotud pakkujaga. Seega ei ole juhul, kui lepingu täitmise täiendava tähtaja vajadus tuleneb lepingu täitja ehk eduka pakkuja poolt hankelepingu mittenõuetekohasest täitmisest, tegemist riigihangete seaduse §-s 69 väljendatud hankelepingu muutmisega.

Samale seisukohale tuleb asuda hankelepingu ennetähtaegse lõpetamise suhtes, mida riigihangete seadus ei reguleeri ja mille kohta kehtivad samuti üldised võlaõiguslikud sätted. Seega kohaldub hankelepingu ennetähtaegsele lõpetamisele, nii lepingust taganemisele ja lepingu üles ütlemisele õiguskaitsemeetmena kui ka ühe lepingupoole avalduse alusel mõnel muul mõjuval põhjusel võlaõigusseadus koostoimes konkreetse hankelepingus sätestatuga. Seega on hankelepinguid võimalik ka pakkuja poolt ennetähtaegselt lõpetada.

8. Kokkuvõte

Kokkuvõtvalt tuleb veelkord rõhutada, et hankelepingu muutmise regulatsioon on riigihangete seaduses ammendavalt määratletud ning hankelepingu muutmine on võimalik vaid äärmiselt erandlikel juhtudel. Hankelepingu muutmine on samas lubatud, kui hankelepingu muutmine ja vastavad detailsed reeglid, s.h tellija reserv on hankedokumentides määratletud ning seega kõikidele huvitatud isikutele hankemenetluse algusest teada. Silmas tuleb pidada, kas hankelepingu muutmine on sedavõrd oluline, et riigihanke läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtete järgimiseks tuleks korraldada uus hankemenetlus, s.t kas muudetud tingimused on sellised, mis oleksid esialgses hankemenetluses mõjutanud esitatud pakumuste sisu või huvitatud pakkujate ringi. Sellisel juhul on ajakriitiliste muudatuste puhul võimalik kasutada väljakuulutamisetähtaegselt läbirääkimistega hankemenetlust eeldusel, et tehtavad lisatööd on hädavajalikud hankelepingu järgsete tööde teostamiseks.

Hankelepingu muutmisest tuleb eristada võlaõiguslike õiguskaitsemeetmete kohaldamist ning hankelepingu ennetähtaegset lõpetamist, millele laieneb võlaõiguseaduse vastav regulatsioon. Samas võlaõiguseaduse § 97 alusel pakkuja esitatud hankelepingu muutmise taotluse alusel hankelepingu võimalike muudatustega nõustumise üle otsustamisel tuleb hankijal hinnata muudatuste vastavust riigihangete seaduse § 69 lg-tes 3 ja 4 toodud tingimustele.

Lähtudes eeltoodust ei saa anda üldist ja ühesugust vastust küsimusele, kas riigihankelepingute muudatused on lubatud või mitte, vaid hankelepingu muutmise hindamisel tuleb lähtuda igakordsetest konkreetsetest asjaoludest, mis muudatuse tingivad.