

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Avaliku õiguse osakond

Keidi Kõiv

**ÕIGUSVASTASTE HANKETINGIMUSTE MÕJU HANKELEPINGU TÄITMISELE
JA KEHTIVUSELE**

Magistritöö

Juhendajad:
LL.M. Kadri Härginen
Prof. Kalle Merusk

Tartu
2016

Sisukord

Sissejuhatus

| | |
|--|-----------|
| 1. Kohustuslike hanketingimuste kujunemine ja sidusus..... | 8 |
| 1.1. Hankedokumentide olemus ja eesmärk..... | 8 |
| 1.2. Riigihankeõiguse üldpõhimõtetest tulenevad eeldused hanketingimuste kujundamisel..... | 12 |
| 1.3. Kohustuslikud hanketingimused..... | 21 |
| 1.3.1 Kohustuslikud tingimused hankedokumentides..... | 21 |
| 1.3.1.1. Hankija hoolsuskohustuse ulatus kohustuslike hanketingimuste kujundamisel hankedokumentides..... | 21 |
| 1.3.1.2. Kohustuslike hanketingimuste kujunemine ja järgimine hankedokumentides..... | 23 |
| 1.3.2. Kohustuslikud tingimused hankelepingus..... | 28 |
| 1.3.2.1. Hankelepingu olulised tingimused..... | 28 |
| 1.3.2.2. Õigusvastase lepingutingimuse muutmise võimalused..... | 35 |
| 2. Kohustuslike hanketingimuste õigusvastasuse tagajärjed..... | 43 |
| 2.1. Ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus õiguskaitsevahendina..... | 43 |
| 2.2.1 Tüüptingimuste kohalduvuse ulatus hankelepingule..... | 43 |
| 2.2.2 Õigusvastaste kohustuslike tingimuste käsitus tüüptingimuste kontekstis..... | 49 |
| 2.2. Õigusvastaseid tingimusi sisaldava hankelepingu tühisus vastuolu tõttu seadusest tuleneva keeluga..... | 56 |
| 2.3 Pakkuja hoolsuskohustuse ulatus pakkumuse esitamise eelselt..... | 62 |
| Kokkuvõte..... | 69 |
| The effect of unlawful conditions on the performance and validity of the procurement contract. Abstract..... | 71 |
| Kasutatud kirjandus..... | 74 |
| Kasutatud normatiivmaterjal..... | 76 |
| Kasutatud kohtupraktika..... | 77 |
| Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks.... | 81 |

Sissejuhatus

Õiguskirjanduses kirjeldatakse riigihankeõigust kui kombinatsiooni eraõigusest ja avalikust õigusest.¹ Riigihangete seadusele² (RHS) ja selle aluseks olevatele riigihangete direktiividele³ kui avalik-õiguslikule regulatsioonile alluvad kõik hankelepingu eelsed suhted. Alates lepingu sõlmimisest käsitletakse hankelepingut eraõigusliku lepinguna, alludes tsiviilõiguslikule regulatsioonile,⁴ välja arvatud osas, milles RHS sätestab teisiti.⁵ Kogu riigihanke jooksul tuleb aga pidada silmas riigihankeõiguse eesmärke, mis tulenevad RHS §-st 1. Riigihankeõiguse eesmärkidena on seaduses loetletud hankija rahaliste vahendite läbipaistva, otstarbeka ja säästliku kasutamise tagamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel.

Seaduses sätestatud eesmärkide täitmiseks on RHS-s kehtestatud detailsed menetluse läbiviimise reeglid, millest nii hankija kui ka pakkuja peavad kinni pidama kogu hankemenetluse jooksul. Menetlusreeglite korrektse järgimise eesmärgiks on jõuda hankes soovitud tulemuseni, tagades kogu menetluse käigus hankemenetluse eesmärkide ja üldpõhimõtete järgimine.

Hankelepingu „elu“ on jagatud kolmeks etapiks. Esimeseks etapiks on hanke planeerimine, kus hankija teeb endale vähemal või rohkemal määral selgeks, millised on tema vajadused asja, teenuse või ehitustöö järele, planeerib oma ostu ning selle alusel koostab hankelepingu eseme kirjelduse. Teiseks etapiks on hankemenetlus, mille tulemusel sõlmitakse hankeleping esimeses etapis välja selgitatud vajaduse täitmiseks ning selle keskmeks on küsimus, kellelt osta asi, teenus või ehitustöö. Kolmanda etapi keskmeks on sõlmitud hankelepingu haldamine selle kestvusajal ehk poolte lepingujärgne tegevus.⁶

¹ M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. – Juridica 2010, nr 4, lk 248.

² Riigihangete seadus. – RT I 23.03.2015, 24.

³ 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; 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 - Edaspidi nimetatud ka kui vanad hankedirektiivid. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26.veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta; Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26.veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektorist tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ – Edaspidi nimetatud ka kui uued hankedirektiivid.

⁴ M. A. Simovart (viide 1), lk 248.

⁵ D. Minumets, P. Kulm. Riigihangete õigus. Juura 2014, lk 475; RHS § 4 lõige 1 teine lause.

⁶ M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam. EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond. Emile Brylant, 2014, lk 1; Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri, lk 16. –

Praktikas tuleb aga ette olukordi, kus olenemata RHS-s sätestatud menetlusreeglite järgimisest tekib olukord, kus hankija poolt sätestatud hanketingimused⁷ ei ole objektiivselt või faktiliselt täidetavad, mistõttu saab neid nimetada õigusvastasteks tingimusteks. Kuigi kohtupraktikas sellesisulisi vaidlusi lepingu täitmise faasist ei leia, on töö autor praktikas kokku puutunud kahel korral hankemenetlusega, kus hankija oli sätestanud hankedokumentides õigusvastase hanketingimuse, mille täitmine osutus hiljem võimatuks või siseriiklike õigusaktidega vastuolus olevaks. Esimene kaasus puudutas ehitushanget, milles hankija oli kohustusliku osana hankes sätestanud lisaks vesiehitustööde teostamisele ka pakkujale kohustuse tagada kogu hankelepingu kehtivuse ajal ehituse koguriskikindlustuse. Kõik pakkujad kinnitasid pakkumustes, et tagavad nõutud kindlustuse. Pärast eduka pakkumuse väljavalimist, kuid enne hankelepingu sõlmimist teatas edukas pakkuja, et hankelepingut ei ole võimalik ettenähtud tingimustel sõlmida, kuivõrd vesiehitustele ehituse koguriskikindlustust Eesti kindlustusturul ei pakuta. Seejärel sõlmiti hankeleping ilma kindlustuse sõlmimise kohustuseta, sealjuures ei toimunud ka hankelepingu maksumuse vähendamist.

Teises kaasuses oli tegemist taaskord vesiehitustööde hankimisega, milles hankija oli hanke alusdokumentides sätestanud, et ehitustööd teostatakse vastavalt ehitusprojektile, mis oli osa hanke alusdokumentidest. Lisaks sisaldasid hankes ehitustööde ja töömahtude tabelid, mille alusel tuli pakkujatel esitada pakkumus. Projekteerimistööde tegemist hankes pakkujate poolt ette nähtud ei olnud. Pärast hankelepingu sõlmimist selgus, et hanke alusdokumentides esitatud ehitusprojekt ei vastanud ei lahenduselt ega sisult Majandus- ja kommunikatsiooniministri 17.09.2010 määrusele nr 67 „Nõuded ehitusprojektile“⁸ ja määruse § 11 lõikes 6 sätestatud nõudele, et põhiprojekt peab endas sisaldama vähemalt Eesti standardis EVS 907 rajatiste korral põhiprojektilt nõutavat informatsiooni. Samuti selgus ehitustööde käigus, et tööde teostamine ehitusprojekti ettenähtud viisil ei olnud võimalik hankija poolt soovitud tulemuse saavutamiseks, mistõttu muudeti olulises osas ehituse konstruktsioone ja ehitustööde mahte ilma täiendavat hanget läbi viimata.

<http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=1215935&u=20141219112156>
(01.04.2015).

⁷ Käesolevas töös kasutatav mõiste „hanketingimused“ viitab kõigis hanke alusdokumentides sätestatud tingimustele ja hankelepingus sõlmitavatele tingimustele, mis on seotud hankelepingu eseme ja selle nõuetekohase täitmisega.

⁸ Majandus- ja kommunikatsiooniministri 17. 09.2010 määrus nr 67 „Nõuded ehitusprojektile“. – RT I 2010, 67, 507 – redaktsiooni kehtivuse lõpp 24.01.2014.

Mõlema hanke puhul oli oluliseks asjaolu, et riigihangete registrist riigihanke aruande lisas ega ka muus töö autorile esialgselt kättesaadavas dokumentatsioonis ei kajastunud teostatud muudatused. Teise kaasuse puhul selgusid muudatused ja ehitusprojekti õigusvastasus alles tellitud ekspertiisi tulemustest. Lisaks ei olnud kummagi riigihanke alusdokumentatsioonis sätestatud võimalust muudatuste teostamiseks. Mõlemad hankijad pidasid hankes teostatud muudatusi sealjuures õiguspäraseks tulenevalt RHS § 69 lõikest 3. Sätte kohaselt võivad pooled hankelepingu muutmises kokku leppida üksnes juhul, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha ja hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepingu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise.

Eelkirjeldatud kaasuseid analüüsid oli töö autorile selge, et hankijate valitud käitumine õigusvastaste hanketingimuste tõttu tekkinud olukordade lahendamiseks ei olnud õiguspärane. Euroopa Kohtu praktikast tuleneb, et keelatud on selliste oluliste lepingutingimuste muutmine, mis olukorras, kus muudetav lepingutingimus oleks seatud esialgses hankemenetluses, oleks see võimaldanud hankemenetluses osaleda ka teistel, kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse, kui see, mis esialgu välja valiti.⁹ Kuivõrd nii riskikindlustuse maksumus kui ka hankes teostatavad tööd ning nende maht mõjutavad pakkumuse maksumust, mis on aluseks pakkumuste hindamisel ja eduka pakkuja välja valimisel, on väga tõenäoline, et eeltoodud kaasuste puhul olukorras, kus muudetud tingimused oleksid sisaldunud esialgses hankemenetluses oleks võinud hanke lõplik tulemus hoopiski teistsuguseks osutada. Sel põhjusel vajanuks mõlemad kaasused õiguspärastel tingimustel uue hankemenetluse läbiviimist.

Kui püstitada küsimus, miks mõlema kaasuse puhul pooled muudatused teostasid, siis autori hinnangul võis hankelepingute ebaseadusliku muutmise ja muudatuste varjamise soovi põhjustada uue hankemenetluse korraldamisest tekkiv halduskoormus. Uue hankemenetluse korraldamine on seotud ennekõike ajalise aga ka rahalise ressursiga, mis hankijale kui avaliku halduse kandjale võib kaasa tuua tõrkeid nii ühiskondlike, kui ka enda vajaduste õigeaegsel rahuldamisel. Lisaks ei ole võimalik hankijal täpselt prognoosida, kuna uue hankemenetluse korraldamise järgselt on võimalik jõuda lepingusse. Pakkuja huvi sealjuures on ennekõike oma majandus- ja kutsetegevuses tulu teenimine. Küll oli aga selge, et sellised ebaseaduslikud

⁹ EKo 19.08.2008, C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH vs Republik Österreich, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse*, p 35.

muudatused võisid tõenäoliselt kahjustada kolmandate isikute huve ja seda eriti olukorras, kus huvitatud isikutelt võeti ka võimalus hankelepingu muudatustest teada saada.

Käesolev magistritöö uurib seda, kuidas mõjutavad õigusvastased hanketingimused hankelepingu täitmist ja kehtivust. Teema piiritlemiseks keskendutakse töös kohustuslikele hanketingimustele.

Käesolev magistritöö on jagatud kaheks peatükiks. Uurimisküsimusele vastuse leidmiseks analüüsib autor esmalt hankedokumentide olemust ja eesmärki ning seejärel tuvastab, millised nõuded tulenevad hankeõiguse üldpõhimõtetest, mida tuleb hankijal silmas pidada hanketingimuste koostamisel. Esimese peatüki teises osas selgitatakse välja hankija hoolsuskohuse ulatus kohustuslike hanketingimuste kujundamisel ning selgitatakse välja kohustuslike hanketingimuste kujunemise võimalused hankedokumentides ning poolte kohustused hanketingimuste järgimisel. Viimasena analüüsitakse kohustuslike lepingutingimuste kujunemist läbi olulise lepingutingimuse mõiste ning vaadeldakse õigusvastase lepingutingimuse muutmise võimalusi pärast hankelepingu täitmise faasis.

Teises peatükis selgitatakse, kas olukorras, kus õigusvastase hanketingimuse muutmine pärast hankelepingu sõlmimist ei ole lubatud, on tingimusest vabanemiseks võimalik kasutada eraõigusest tulenevaid õiguskaitsevahendeid. Esmalt analüüsitakse õigusvastase hanketingimuse tühisuse tuvastamise võimalusi läbi tüüptingimuste regulatsiooni rakendamise. Seejärel selgitatakse välja, kas hankelepingu sõlmimine, mis sisaldab endas õigusvastaseid tingimusi, võib olla seadusega keeluga vastuolevaks tehinguks ning sel põhjusel tühine. Viimasena vaadeldakse pakkuja hoolsuskohustuse ulatust hankemenetluses osalemisel ning analüüsitakse, kas pakkuja hoolsuskohustuse rikkumisel võib olla mõju pakkuja õigusele õiguskaitsevahenditele tuginemisel.

Käesoleva magistritöö koostamisel on kasutatud allikatena nii Eesti kui ka teiste riikide erialakirjandust, asjakohaseid artikleid, millest eesti keelsed on avaldatud ajakirjas *Juridica* ning võõrkeelsed avaldatud ajakirjas „Public Procurement Law Review“. Lisaks on erialakirjandusest kasutatud erinevaid teadustöid, millest olulisem on Mari-Ann Simovart'i 2010. aastal kaitstud doktoritöö teemal „Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele.“ Normatiivsete allikatena on kasutatud riigihangete ning tüüptingimuste eriregulatsiooni direktiive ning lisaks RHS-le ka tsiviilõiguslike kui ka haldusõiguse siseriiklike õigusakte ning nende seletuskirju ja kommenteeritud väljaandeid.

Tsiviilõiguslikest siseriiklikest õigusaktidest kasutatakse enim võlaõigusseadust¹⁰ (VÕS) ja tsiviilseadustiku üldosa seadust¹¹ (TsÜS). Töö koostamisel kasutatud kohtupraktika pärineb Euroopa Liidu kohtute, Eesti kõigi kolme kohtuastme kohtute kui ka riigihangete vaidlustuskomisjoni asjakohase praktika seast.

Käesolev töö on koostatud empiirilise uurimusena, kus eelkõige on tuginetud asjakohasele kohtupraktika analüüsile, mida toetab erialakirjandus ja normatiivmaterjalid. Analüüsi koostamisel on rakendatud eelkõige süstemaatilist meetodit ning õiguspraktika uurimisel on kasutatud dogmaatilist meetodit seoses tõlgendamise ja õigusdogmaatika kujundamisega.

Soovin tänada oma töö juhendajaid Kadri Härginen'i ja Kalle Merusk'it, kelle nõuanded olid töö koostamisel suureks abiks.

Märksõnad: õigus, riigihanked, kehtivus, õigustühisus

¹⁰ Võlaõigusseadus. – RT I, 11.03.2016, 2.

¹¹ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 12.03.2015, 106.

1. Kohustuslike hanketingimuste kujunemine ja sidusus

1.1 Hankedokumentide olemus ja eesmärk

RHS § 1 sätestab riigihangete seaduse eesmärgi, milleks on hankija rahaliste vahendite läbipaistva, otstarbeka ja säästliku kasutamise tagamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel. Riigihankeõiguse eesmärkide saavutamisele aitavad kaasa nii RHS §-s 3 kirjeldatud üldpõhimõtete, kui ka seaduses sätestatud üksikasjalike menetlusreeglite järgimine kõigis hankemenetluse erinevates etappides. Enne menetlusreeglite järgimise alustamist peab hankija aga tegema endale vähemal või rohkemal määral selgeks oma vajadused ning vastavalt vajadustele koostama hankelepingu eseme kirjelduse.¹²

RHS ega ka vanad hankedirektiivid ei sisalda endas hankedokumentide olemuslikku mõistet, vaid see on tuletatav seaduses sätestatud hankedokumentidele kohalduvatest kohustuslikest nõuetest. RHS § 31 lõige 1 sätestab hankijale kohustuse koostada enne hankemenetluse alustamist avatud hankemenetluse ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse korral ning piiratud hankemenetluse ja väljakuulutamisega hankemenetluse korral hiljemalt hankemenetluses osalemise taotluste esitamise tähtpäevaks hankedokumendid. Sama sätte lõikes 2 on loetletud teave, mis minimaalselt hankedokumentides peab sisalduma. Autori hinnangul on kehtiva RHS alusel seega hankedokument olemuslikult kõiki hankes tähtsust omavaid tingimusi sisaldav dokument, milles sätestatud tingimustel toimub edasine hankemenetlus.

Hankedokumendi mõistet on täiendavalt selgitatud uutes hankedirektiivides. Direktiivi 2014/24/EL artikli 2 lõike 1 punktis 7 ning direktiivi 2014/25/EL artikli 2 lõike 1 punktis 9 kirjeldatakse hanke alusdokumenti kui hankija esitatud või tema poolt viidatud dokumenti, milles kirjeldatakse riigihanke või menetluse elemente või määratakse need kindlaks, sealhulgas hanketeade, eelteade, kui seda kasutatakse riigihanke väljakuulutamiseks, tehniline kirjeldus, kirjeldav dokument, lepingu kavandatavad tingimused, taotlejate ja pakkujate esitatavate dokumentide vormingud, teave kõikide suhtes kehtivate kohustuste kohta ja kõik täiendavad dokumendid. Uue RHS seletuskirjas on alusdokumente kitsendavalt kirjeldatud kui kõiki hankija koostatud dokumente, milles on määratud riigihanke või hankemenetluse

¹² M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam, lk 1.

üksikasjad, millele peab pakkumuse või taotluse esitamisel tuginema.¹³ Selline määratlus ühtib muuhulgas ka autori poolt RHS §-st 31 tuletatud hankedokumentide olemusliku mõistega.

P. Kulm on kirjeldanud, et Eesti kohtupraktikas on hankedokumente samastatud eelhaldusaktiga haldusmenetluse seaduse (HMS) § 52 lg 1 punkti 2 mõttes, sest hankedokumentides sätestatud nõuete järgimine määrab kindlaks lõpliku haldusotsuse sisu.¹⁴ HMS § 52 lg 1 p 2 kohaselt on eelhaldusakt haldusakti eriliik, millega tehakse õiguslikult siduvalt kindlaks asja lõplikul lahendamisel tähtsust omav asjaolu.¹⁵ Hanke alusdokumentides, kus määratakse konkursi korraldaja ja pakkujate jaoks siduvalt kindlaks pakkumiste esitamise nõuded, kvalifitseerimiseks vajalikud dokumendid ja kvalifitseerimistingimused ning esitatud pakkumiste võrdlemise tingimused, on tegemist eelhaldusaktidega.¹⁶ Riigikohus on lahendites selgitanud, et seni, kuni hankedokumente ei ole täielikult või osaliselt tunnistanud kehtetuks, on need kehtivad ning kehtivatest nõuetest peavad kogu hankemenetluse jooksul lähtuma nii hanke korraldaja kui ka pakkujad.¹⁷ Seda põhjusel, et hankedokument kui haldusakt ei kaota oma regulatiivset toimet enne avaliku konkursi tulemusena sõlmitud lepingu täitmise lõppemist.¹⁸ Selline kohtute seisukoht väljendab selgesti, et kuigi hankedokumentide koostamine on hankemenetluse üks kõige olulisemaid etappe¹⁹, peab riigihankeõiguse reegleid kohustuslikus korras järgima siiski kogu riigihanke jooksul.²⁰

Eelnevates lõikudes selgitati, et hankija kehtestab hankedokumentides pakkumusele nõuded ja tingimused, millele pakkumus peab vastama ja nõuab pakkujatelt dokumente, mille alusel pakkumuse vastavust hanketingimustele kontrollida.²¹ Tehnilises kirjelduses, mis on hankedokumentide kohustuslik osa, kirjeldatakse hankija vajadused ehk hankelepingu eseme

¹³ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde, lk 75-76. – <http://eelvoud.valitsus.ee/main#y5xdls7z> (seaduseelnõu versioon registreerimisajaga 14.03.2016) (25.04.2016).

¹⁴ D. Minumets, P. Kulm, lk 207.

¹⁵ Haldusmenetluse seadus. – RT I, 23.02.2011, 8.

¹⁶ RKHKo 14.04.2010, 3-3-1-99-09 p 16.

¹⁷ RKHKo 14.04.2010, 3-3-1-99-09 p 16; RKHKo 12.12.2011, 3-3-1-52-11 p 21.

¹⁸ TlnRnKo 09.12.2013, 3-12-631 p 15.

¹⁹ E. Karindi-Kask jt. (koost.). Riigihangete juhised, 2014. Tallinn: Rahandusministeerium 2014, lk 115. – https://riigihanked.riik.ee/rl1/c/document_library/get_file?p_l_id=15617&folderId=431009&name=DLFE-32501.pdf.

²⁰ M. A. Simovart. Riigihankelepingute ebamõistlike tüüptingimuste kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – Juridica 2008, nr 1, lk 30.

²¹ VaKo 08.06.2015, 106-15/159790 p 10.1.2.

detailne kirjeldus.²² Tehnilisest kirjeldusest peab selgesti nähtuma, mida hankija soovib osta või tellida²³ ning mille kaudu on pakkujal võimalik aru saada, mida täpselt hankija hankelepinguga osta soovib, millistele tingimustele peab hankelepingu ese vastama, kui suur on hankelepingu maht²⁴ ning kas potentsiaalsel pakkujal on üldse sellist asja hankijale võimalik pakkuda. Eeltoodud tingimusi arvesse võttes on pakkujal võimalik kujundada ka arusaam hankelepingu eseme maksumusest. Tehnilise kirjelduse eesmärk on anda pakkujatele selge, täpne ja täielik ülevaade hankija vajadustest²⁵ kasutades hankelepingu eseme kirjeldamiseks vastavas valdkonnas tegutsevatele isikutele arusaadavat terminoloogiat ja täpsuse astet.²⁶

Hankija koostatud nõuded tuleb hankijal ka avaldada. Hankedokumentide avaldamiseks peab hankija esmalt avaldama hanketeate, mille eesmärk on teavitada potentsiaalseid pakkujaid hankemenetluse läbiviimisest ja selles osalemiseks kehtestatud nõuetest.²⁷ Selliselt on riigihankemenetluses võimalus konkureerida lisaks Eesti turuosalistele ka teistest liikmesriikidest pärit ettevõtjatel, soodustades sealjuures Euroopa Liidu siseturu toimimist.²⁸ Tõelise konkurentsi loomine on muuhulgas riigihangete üks eesmärke.²⁹ Hanketeate avaldamisele järgnevas etapis saavad huvitatud pakkujad lähemalt tutvuda juba ka hankedokumentidega.³⁰ Ühtseid nõudeid hankedokumentide koostamiseks Euroopa Liidu tasandil ei ole. Euroopa Komisjon teeb vahet hankelepingu eseme määratlusel ja selle kirjeldamiseks koostatud nõuetel. Algselt määratakse kindlaks ese, mida soovitakse osta ja seejärel nõuded hankelepingu esemele, mis määratakse pigem turuolukorra, kui riigihangete seaduse alusel ning need kirjeldatud nõuded on aluseks lepingule sõlmimisele. Siinjuures peab hankija silmas pidama, et kuivõrd riigihankeõiguse eesmärgiks on hankemenetlusele kaasata võimalikult palju pakkujaid, avades selliselt konkurentsi, ei tohi hankija poolt sätestatud nõuded hankelepingu esemele takistada huvitatud pakkujatel hankes osalemist.³¹

²² VaKo 20.07.2009, 157-09/113284 p 5.

²³ E. Karindi-Kask jt (koost.), lk 58.

²⁴ D. Minumets, P. Kulm, lk 207.

²⁵ D. Minumets, P. Kulm, lk 207-208.

²⁶ RHS § 32 lg 1.

²⁷ D. Minumets, P. Kulm, lk 160.

²⁸ E. Karindi-Kask jt (koost.), lk 9.

²⁹ EKo 22.06.1993, C-243/89 *Euroopa Komisjon vs Taani Kuningriik*, p 39.

³⁰ Hetkel kehtiva RHS § 31 lg 10 kohaselt „Hankija peab võimaldama huvitatud isikutel tasuta tutvuda hankedokumentidega. Hankedokumentidega tutvumist võimaldab hankija enda juures kohapeal või veebilehel. Hankija võib hankedokumentide väljastamise eest paberil nõuda tasu, mis ei või ületada hankedokumentide paljundamise ja kätetoimetamise kulusid.“

³¹ M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam, lk 38.

Kokkuvõtvalt võib öelda, et hankedokumentid on osa hanke alusdokumentidest, milles hankija sätestab RHS-s nõutud tingimused hangitavale asjale, teenusele või ehitustööle. Hankedokumentides sätestatud nõuded tuleb avaldada, et potentsiaalselt hankest huvitatud pakkujatel oleks võimalik hankelepingu esemele kohaldatavatest nõuetest teada saada. Hankedokumentides sätestatud tingimuste järgimisel peab realiseeruma hankija poolt hankega taotletav eesmärk hankelepingu täitmise jooksul. Hankija poolt soovitud eesmärgid tuleb hankijal aga sätestada selliselt, et need aitaksid kaasa riigihankeõiguse eesmärkide saavutamisele ja oleksid kooskõlas riigihankeõiguse üldpõhimõtetega. Lisaks on oluline silmas pidada, et hankedokumentides sätestatud nõudeid peavad järgima kogu hankemenetluse jooksul nii pakkujad, kui ka hankija ise.

1.2 Riigihankeõiguse üldpõhimõtetest tulenevad eeldused hanketingimuste kujundamisel

Hankedirektiivide eesmärk on tagada Euroopa Liidu toimimise lepingu³² (ELTL) aluspõhimõtete järgimine riigihangetel ja hanketuru avamine konkurentsile kogu Euroopa Liidus, millest viimast põhimõtet peetakse ühtlasi ka RHS aluseks.³³ Liikmesriikide hankijad peavad järgima ELTL reegleid ja põhimõtteid alati, kui riigihankeleping jääb asutamislepingu kohaldamisalasse. Need aluspõhimõtted hõlmavad kaupade vaba liikumist (art 34), avalikustamist (art 49) ja teenuse osutamise vabadust (art 56), millest omakorda tulenevad riigihanke üldpõhimõtted, milleks on võrdse kohtlemise ehk mittediskrimineerimise, vastastikkuse tunnustamise, proportsionaalsuse ja läbipaistvuse põhimõtted.³⁴ Kõik eelkirjeldatud põhimõtted aitavad muuhulgas kaasa riigihankemenetluse eesmärgile – konkurentsi tagamisele.³⁵ Euroopa Kohtu praktikas tuleneb ka seisukoht, et kuigi osad lepingud jäävad väljapoole direktiivide kohaldamisalast, siis hankijad, kes rakendavad üldpõhimõtteid ei pea muretsema EÜ asutamislepingu (hetkel kehtiva ELTL eelkäija) rikkumise pärast.³⁶ Sellisest kohtu seisukohast saab tuletada, et ELTL tulenevaid põhimõtteid tuleb kohaldada ka hankedirektiivide reguleerimisalasse mittekuuluvate hangete puhul.³⁷ Seetõttu peavad ka hanketingimused olema koostatud üldpõhimõtteid järgides. Alljärgnevalt vaadeldakse, millised nõuded tulenevad üldpõhimõtetest, mida hankijal tuleb silmas pidada hanketingimuste kujundamisel.

Hankija peab üldpõhimõtete järgimist alustama hanke planeerimise etapist alates. Sisuliselt ei ole korrektne hankemenetluse läbiviimisel jätta tähelepanuta mõnd üldpõhimõtet, vaid kõik põhimõtted on loodud selliselt, et need täiendavad üksteist ja on seetõttu omavahel tugevalt seotud. Kuigi hankijate otsene kohustus ka lepingu sõlmimisel järgida võrdse kohtlemise, mittediskrimineerimise, läbipaistvuse ja proportsionaalsuse põhimõtteid tuleneb muuhulgas

³² Euroopa liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – ELTL C, 83, 30.03.2010, lk 1-388.

³³ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* 2007, nr 8, lk 564.

³⁴ C. De Koninck; T. Ronse. *European Public Procurement Law – The European Public Procurement Directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Community. Text and Analysis.* Wolters Kluwer 2008, lk 665.

³⁵ T. Ojasalu, lk 565.

³⁶ EKo 17.12.2000, C-324/09 *Telaustria Verlags GmbH vs Telekom Austria AG*, p 60.

³⁷ E. Karindi-Kask jt (koost.), lk 10; A. S. Graells. *Public Procurement and the EU competition rules.* 2nd edition. Oxford: Hart Publishing 2011, lk 223.

direktiividest,³⁸ on sellise kohustuse olulisust üheselt selgitatud täiendavalt nii Euroopa Kohtu, kui ka Riigikohtu praktikas, mille kohaselt alus ja üldpõhimõtted rakenduvad kogu riigihankele, seahulgas ka hankelepingu täitmise suhtes.³⁹

Õiguskirjanduses on läbipaistvuse põhimõtet peetud üheks kõige olulisemaks üldpõhimõtteks.⁴⁰ Õiglase konkurentsi tekkimiseks on vaja järgida läbipaistvuse⁴¹ ja võrdse kohtlemise põhimõtteid.⁴² S. Arrowsmith on kirjeldanud läbipaistvuse põhimõtet nelja tingimuse kaudu: hanketeate avaldamine, hankemenetluse reeglite avaldamine, kaalutusõiguse piiramine ning kontrolli tingimused ja nende täitmine.⁴³ Eeltoodud nelja tingimuse kohaselt peavad seega läbipaistvuse põhimõtte järgimiseks olema kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad alusdokumentides sätestatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt nii, et ühelt poolt võimaldaks see kõigil piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelikel pakkujatel mõista nende täpset ulatust ning teiselt poolt lubaks hankijal kontrollida, kas pakkujate esitatud pakkumused vastavad tegelikult kõnealuse hanke kriteeriumitele.⁴⁴

Selleks, et tagada alusdokumentides sätestatud hanketingimuste läbipaistvuse nõuetele vastavus, võib olla vajalik hankija poolt eelnev turu-uuringu läbiviimine, mis aitab teha kindlaks mida pakub turg, kes on turuosalised, kas hinnatase on hankijale jõukohane ning kas soovitud hankelepingu ese on olemas. Seetõttu aitab turu-uuringu läbiviimine selgelt kaasa ka konkurentsi ärakasutamisele riigihankes.⁴⁵ Ei ole kahtlustki et olukorras, kus hankedokumentid on sõnastatud selgelt, annab see kõigile potentsiaalsetele, piisavalt arukatele, kogunud ja mõistlikult hoolsatele pakkujatele objektiivse võimaluse luua endale konkreetne ettekujutus teostavatest töödest ja nende tegemise kohast ning võimaluse koostada sellest lähtudes oma pakkumus, millisele seisukohale on jõudnud Euroopa Kohus lahendis

³⁸ 2004/18/EÜ art 2; 2004/17/EÜ art 10; 2014/24/EL art 18; 2014/23/EL art 3; 2014/25/EL art 36.

³⁹ EKo 29.04.2004, C-469/99 *Commission of the European Communities vs CAS Succhi di Frutta SpA*, p 115; EKo 19.08.2008, C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs Republik Österreich, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur*, p 34; RKHko 12.10.2011, 3-3-1-31-11 p 16.

⁴⁰ C. H. Bovis. EU public procurement law. 2nd edition. Northampton: Edward Elgar 2012, lk 250.

⁴¹ EKo 12.07.2001, C-399/98 *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi jt.*, p 52.

⁴² Kohtujurist Leger 07.detsembri 2000 a. esitatud ettepanek kohtuasjas C-399/98, p 73.

⁴³ S. Arrowsmith. EU Public Procurement Law: An Introduction. University of Nottingham, lk 131. – <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>.

⁴⁴ *Succhi di Frutta SpA* p 106-111; EKo 18.06.2002, C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-GmbH vs Stadt Wien*, p 45.

⁴⁵ E. Karindi-Kask jt (koost.), lk 14.

Euroopa Komisjon vs Hispaania Kuningriik.⁴⁶ Kuigi antud lahendis tõdes kohus eelkirjeldatud selguse olulisust hanketeates, on autori hinnangul sama põhimõtte ülekantav ka hankedokumentide koostamise nõuetele. Seega aitab läbipaistvuse põhimõtte järgimine selgelt välistada ka hankija omavoli hankemenetluse kestel ning tagada menetluse erapooletuse.⁴⁷

Euroopa Kohtu praktikas on läbipaistvuse põhimõtet seostatud lisaks konkurentsi tagamise eesmärgile ka võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtetega.⁴⁸ Läbipaistvuse põhimõtte koosmõjus võrdse kohtlemise põhimõttega nõuab, et sarnaseid olukordi ei koheldaks erinevalt ega erinevaid olukordi ühetaoliselt, kui selline kohtlemine ei ole objektiivselt põhjendatud.⁴⁹ Lahendis *Communicaid Group vs Komisjon* on kohus sisustanud pakkujate võrdset kohtlemist kõigile pakkujatele samaväärsuse tagamise läbi nii pakkumuste ettevalmistamise hetkel kui ka siis, kui hankija pakkumusi hindab.⁵⁰ Sellisel juhul on kõigil pakkujatel selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt hanke alusdokumentides avaldatud nõuete pinnalt pakkumuste koostamisel võrdsed võimalused ning kõigi pakkujate pakkumuste suhtes kohaldatakse samu tingimusi.⁵¹ Kogu hankemenetluses elementaarsete võrdsuse ja läbipaistvuse põhimõtete kohaselt peab seega pakkujatel olema võimalik teada saada hanketingimused,⁵² mistõttu peavad lisaks hanke alusdokumentides sätestatud üldistele hankeeseme tingimustele sisalduma ka kõik tingimused, mis tulevase lepinguga sõlmitakse.⁵³

Võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise ning läbipaistvuse põhimõtete järgimine on olulise tähtsusega ka tehniliste kirjelduste koostamisel, arvestades sealjuures tehnilise kirjelduse tingimuste ja nõuete väljavalimise ja sõnastamisega seotud diskrimineerimisohtu. Tehnilises kirjelduses sätestatakse nõuded, millele peab hankelepingu ese vastama.⁵⁴ Hankedirektiivides ja RHS-s sätestatu kohaselt peab tehniline kirjeldus võimaldama kõigile pakkujatele võrdse juurdepääsu ega tohi tekitada põhjendamatuid takistusi riigihangete avamisel konkurentile. Konkurentsi piiramisel hankelepingu esemele esitatavate nõuetega on

⁴⁶ EKo 22.04.2010, C-423/07 *Euroopa Komisjon vs Hispaania Kuningriik*, p 58.

⁴⁷ EKo 16.04.2015, C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL vs Spitalul judetean de Urgenta Alba Iulia*, p 26.

⁴⁸ *Telaustria* p 60.

⁴⁹ EKo 03.03.2005, liidetud kohtuasjad C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom*, p 27.

⁵⁰ EÜKo 11.06.2014, T-4/13 *Communicaid Group Ltd vs European Commission*, p 50 ja 51 .

⁵¹ *Succhi di Frutta SpA* p 108-111.

⁵² Kohtujurist Manuel Campos Sanchez-Bordona 21. jaanuaril 2016 a. esitatud ettepanek kohtuasjas C-27/15 p 51, *Pippo Pizzo jt vs CRGT srl*.

⁵³ R. Williams. The commission Interpretative Communication on the application of Community law on Private Procurement and Concession to Institutional Public Private Partnerships (IPPPs). – P.P.L.R 2008, 4, lk 115-118.

⁵⁴ RHS § 32 lg 1; M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam, lk 185.

hankijal õigus vaid juhul, kui hankija poolt seatud piirangud on objektiivselt põhjendatud ja vajalikud.⁵⁵ Tehnilises kirjelduses sätestatud tingimused peavad olema piisavalt täpsed, et pakkujatel oleks võimalik kindlaks määrata lepingu ese, esemele hõlmatud nõuded ja et hankijad saaksid sõlmida lepingu.⁵⁶ Siiski on tehnilises kirjelduses keelatud nimetada konkreetseid kaubamärke, tooteid, patente või tüüpe ning olukorras, kus hankeeseme teisiti kirjeldamine ei ole võimalik, tuleb kõik sellised tingimused avaldada üksnes koos väljendiga „või sellega samaväärne“.⁵⁷ Kuigi hankijal on vaba voli otsustada, milliseid kaupu või teenuseid hankida, peavad siiski kõik hankija poolt kehtestatud kriteeriumid olema asjakohased, proportsionaalsed, põhjendatud ja kooskõlas läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõttega, ega tohi olla hanketingimustena meelevaldseid või teadvalt konkurentsi piiravad.⁵⁸ Vastavalt proportsionaalsuse põhimõttele peavad kõik hankes kasutatavad tingimused olema sobivad ja vajalikud eesmärgi saavutamiseks ning kaaluma ülesse kõik võimalikud vastuargumendid.⁵⁹ Sellisel viisil reguleerib proportsionaalsus põhimõtte ka võrdse kohtlemise põhimõtet.⁶⁰

Eeltoodud kirjeldusele tuginedes kerkib küsimus, kas õigusvastane hanketingimus hanke alusdokumentides võib olla vastuolus riigihankeõiguse üldpõhimõtetega ning kahjustada sealhulgas konkurentsi teket riigihankel. Vaidlustuskomisjoni praktikas esineb mitmeid lahendeid, kus pakkujad on vaidlustanud enne pakumuse esitamist pakkujate hinnangul selliseid õigusvastaseid tingimusi, mille täitmine hilisemalt võib osutuda objektiivselt võimatuks. Vaidlustuses 40-13/138574 vaidlustasid ühistaotlejad AS Merko Infra ja AS Merko Ehitus Eesti hankija Elering AS riigihanke „Ranna-Ida 110 kV kaabelliinide ehitamine“, milles palusid kohustada hankijat viima hankedokumendid vastavusse õigusaktidega. Vaidlustaja pidas hankija ja Tallinna Transpordiameti (TTA) poolt kehtestatud ajakava järgimist objektiivselt võimatuks ning seetõttu hankija poolt sätestatud tingimusi põhjendamatuks, ebaproportsionaalseteks ning asjakohatult piiravateks, mis rikub konkurentsi tagamise põhimõtet. Vaidlustuses põhjendas vaidlustaja üksikasjalikult, kui palju vaidlustaja hinnangul hankes ettenähtud tööde teostamine reaalselt aega võib võtta, leides kokkuvõtlikult, et tööde lõplikuks üleandmiseks on hädavajalik lükata üleandmise lõpptähtaega ühe aasta võtta edasi. Hankija vaidlustaja poolt tooduga ei nõustunud ning

⁵⁵ VaKo 05.04.2016, 57-16/172360 p 8

⁵⁶ Direktiiv 2004/18/EÜ artikkel 23 lg 2 ja 3 p 6; direktiiv 2014/24/EL artikkel 42 lg 2 ja 2 p a; RHS § 33 lg 8.

⁵⁷ RHS § 33 lg 7.

⁵⁸ RHS § 3 p 3; M. A. Simovart. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näited vaidlustuskomisjoni praktikast. – Juridica 2012, nr 2, lk 84.

⁵⁹ E. Karindi-Kask jt (viide 15), lk 14.

⁶⁰ A. S. Graells, lk 230.

põhjendas tihedat tööde teostamise ajagraafikut kui piirkonnas tekkinud kaablirikke sundolukorda, mille tõttu oli ohus kogu Tallinna kesklinna elektrivarustuse tagamine, leides sealhulgas, et tööde teostamine on seotud selgelt pakkujate võimekusega. Kuigi kõnealuses vaidluses vaidlustuskomisjon tõdes, et vaidlustaja selgitused äärmiselt pingelise tööde teostamise graafiku kohta on põhjendatud ning lepingu nõuetekohane täitmine suure tõenäosusega hankija poolt ettenähtu ajagraafikus on ebatõenäoline, ei pidanud vaidlustuskomisjon tingimusi siiski õigusvastaseks. Vaidlustuskomisjon leidis, et elektrienergia varustuse tagamine omab äärmiselt suurt avalikku huvi pingelise tööde teostamise graafiku sätestamiseks ning selgitas hankija õigust kehtestada hankelepingu täitmise tähtajad oma vajadustest lähtuvalt, leides et hankija kannab seejuures riisikot, et pakkumuste maksumused osutuvad kõrgeks või pakkumusi ei esitata üldse.⁶¹

Kuigi autor nõustub eelkirjeldatud vaidluses vaidlustuskomisjoni seisukohaga olulise avaliku huvi esinemise osas, siis vaidlustuskomisjoni otsustest kumab seisukoht, et kuigi vaidlustuskomisjon tõdeb, et hankelepingu tähtaegne täitmine on ebatõenäoline, siis seni kuni rikkumise fakti ei ole võimalik vaidlustustes objektiivselt tõendada, vaidlustuskomisjon tähtaegade õigusvastasust ei tuvasta. Vaidlustuses 131-11/122948 selgitas vaidlustuskomisjon, et „hankelepingu täitmise tähtaeg on üldjuhul pakkumuse majanduslikku kulukust puudutav asjaolu. Olukorras, kus tähtaeg on kõigile pakkujatele võrdne, on tegemist hankija otstarbekusel põhineva kaalutlusega, mis saab olla õigusvastane üksnes juhul, kui kehtestatud tähtaja jooksul on lepinguliste kohustuste täitmine objektiivselt võimatu, välistades hankelepingu nõuetekohase täitmise“.⁶² Ka tsiteeritud vaidlustuses ei pidanud vaidlustuskomisjon vaidlustaja üksikasjalikke põhjendusi piisavateks. Õigusvastaseks on vaidlustuskomisjon pidanud vaid tähtaegu, mille täitmise võimalikkus on hankelepingu sõlmimise viibimise tõttu faktiliselt juba möödunud.⁶³ Autori hinnangul ei ole selline vaidlustuskomisjoni praktika aga kooskõlas efektiivse õiguskaitse põhimõttega, sest ebamõistlikult lühike tähtaeg ei saa olla asjakohane, põhjendatud ega ka proportsionaalne, kui sellise tähtaja jooksul ei ole võimalik hanke eesmärgi saavutamine. RHS § 117 lg 1 kohaselt on pakkujal õigus esitada vaidlustuskomisjonile vaidlustus hankija tegevusele, kui ta leiab, et seaduse rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi. Selge on see, et ebamõistlikult lühikese tähtaja faktilist võimatust on pakkujal väga keeruline enne reaalse situatsiooni esinemist tõendada. Kuigi ühelt poolt on mõistetav, et vaidlustuskomisjonil puudub tegelik pädevus

⁶¹ VaKo 27.03.2013, 40-13/138574.

⁶² VaKo 08.07.2011, 131-11/122948, p 7.1.

⁶³ VaKo 19.12.2014, 294-14/156643, p 13.3.

hinnata hankelepingu täitmiseks mõistlikku tähtaega, siis teisest küljest ei taga hetkel kehtiv praktika potentsiaalsetele pakkujatele võimalust oma õiguste kaitsmiseks ebamõistlikult lühikeste hankelepingu tähtaegade osas, mis on selgelt vastuolus RHS §-s 3 sätestatud üldpõhimõtetega.

Vastuolu riigihangete üldpõhimõtetega toob aga kindlasti kaasa õigusvastane hanketingimus, mis sisaldub tehnilises kirjelduses. Vaidlustuskomisjon on korduvalt selgitanud, et kuigi hankija on vaba määratlema hankelepingu eset, on hankija vabadust piiritletud siiski RHS § 33 lõikega 8, mille piirangud tulenevad riigihankeõiguse üldpõhimõtetest. Seetõttu peab hankija järgima, et kõik isikutele seatavad piirangud ja kriteeriumid oleksid riigihanke eesmärgi suhtes proportsionaalsed, asjakohased ja põhjendatud (RSH § 3 p 3), tagatud oleks olemasoleva konkurentsi efektiivne ärakasutamine riigihankel (RHS § 3 p 4)⁶⁴ ning järgitud oleks riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus.⁶⁵ Olukorras, kus tehnilises kirjelduses sisaldub õigusvastane tingimus, mille täitmise võimatuse tõttu on takistatud hankelepingu eesmärgi saavutamine, on sellise tingimuse sätestamine tehnilises kirjelduses selgelt põhjendamatu ning vastuolus ka läbipaistvuse ja konkurentsi efektiivse ärakasutamise põhimõttega. Vaidlustuses 294-14/156643 vaidlustas Tänavapuhastuse AS Narva Linnavalitsuse Arhitektuuri- ja Linnaplaneerimise Ameti riigihanke „Narva tänavate aastaringne hooldus 2015-2018“, milles leidis muuhulgas, et tehnilises kirjelduses sätestatud nõue, mille kohaselt tuleb lumekoristustööd teostada lõplikult 30. aprilliks võimatu, sest lume sulamine sõltub otseselt ilmastikutingimustest, mida töövõtjal ei ole võimalik mõjutada. Vaidlustatud tingimuse osas selgitas hankija, et objektiivsetel põhjustel ning kokkuleppe alusel on võimalik tähtaegu muuta. Vaidlustuskomisjon leidis aga, et tehnilise kirjelduse tingimus, mille täitmise võimatust mõnab ka hankija ei ole põhjendatud, eriti olukorras, kus sama tingimuse mittevastava teenuse eest on hankijal lepingu järgselt õigus nõuda leppetrahvi.⁶⁶

Tehnilises kirjelduses sätestatud tingimuse õigusvastasust on vaidlustuskomisjon kinnitanud ka lahendis 131-11/122948 milles vaidlustaja ei pidanud õiguspäraseks hankedokumentides sätestatud hankelepingu tingimust, mille kohaselt tuli pakkujal arvestada võimalike ehitusplatsi osade eraomanike poolt esitatavate nõuetega ja vastutada viivise eest, kui selle on põhjendanud võimatus saada ehitusplatsile pääsuks või selle valdamiseks lube või kooskõlastusi. Vaidlustuskomisjoni hinnangul ei võimaldanud hankedokumentides sätestatud

⁶⁴ VaKo 10.02.2012, 14-12/128888, p 11.1.

⁶⁵ VaKo 13.12.2011, 234-11/128888, p 8.2.

⁶⁶ VaKo 19.12.2014, 294-14/156643, p 9.3.

tingimus piisavalt täpselt määratleda hankelepingu eset, hankelepingu täitmiseks vajalikke kulutusi ja hankelepingu tähtaegase ning nõuetekohase täitmise võimalikkust. Sel põhjusel pidas vaidlustuskomisjon tingimust vastuolus olevaks nii hankelepingu eseme tehnilise koostamise reeglite kui ka riigihanke läbipaistvuse põhimõttega.⁶⁷

Autori hinnangul võib läbipaistvuse ja konkurentsi tagamise põhimõtetega vastuolus olla ka olukord, kus hankija sätestatud tingimus alusdokumentides on vastuolus siseriiklike õigusaktidega. Vaidlustuses 120-14/152134 vaidlustas OÜ Warren Safety Tallinna Kommunaalameti riigihanke „Tallinna kesklinna piirkonna magistraalteed ja –rajatiste, ühissõidukite peatuste ja teemaal asuvate haljasalade hooldus“ hankedokumentid leides muuhulgas, et õigusvastane on lepingutingimus, millega lühendatakse Majandus- ja kommunikatsiooniministeeriumi 17.12.2002 määruses nr 45 „Teede seisundinõuded“ sätestatud ohtlikes kohtades hooldustsükli aega libeduse tõrjeks alla 1 tunni. Hankija vaidlustaja seisukohaga ei nõustunud ning leidis, et tõusude hooldamine 20 minuti jooksul on vajalik, et tagada liikluse korrapärane toimimine ning vältida liiklusseisakut ja õnnetusi. Samuti leidis hankija, et määruses ei sisaldu keeldu tee seisunditaseme tagamiseks teostama töid kiiremini kui on määruses sätestatud hooldustsükli ajad, sätestades maksimaalse aja, mille jooksul tuleb tagada tee seisundinõuete vastavus. Käesolevas vaidluses nõustus vaidlustuskomisjon vaidlustajaga ja pidas õigusvastaseks sellist tee seisundinõude tagamist, millega hankija on lühendanud õigusaktides sätestatud minimaalset tee seisundi hooldustsükli aega. Vaidlustuskomisjon leidis, et selline tingimus hankedokumentides on lisaks vastuolule siseriiklike õigusaktidega ka vastuolus riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse ning pakkujate võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõtetega.⁶⁸ Eelkirjeldatud siseriiklike õigusaktide vastuolus olevate hanketingimuste puhul esineb autori hinnangul reaalne võimalus, kus piiriülene pakkuja, kes tõenäoliselt ei ole teadlik teise liikmesriigi õigusaktides sätestatud nõuetest, ei esita hankes pakkumust, sest õigusvastane tingimus tekitab potentsiaalses pakkujas ettekujutuse, et pakkujal ei ole võimalik hankija poolt ettenähtud tingimustel hankega taotletavat eesmärki saavutada. Sellistel juhtudel on tõenäoline, et olukorras kus hanke alusdokumendid oleksid vastanud siseriiklikele õigusaktidele või poleks sisaldanud muud õigusvastast tingimust, võinuks konkurentsituatsioon hankel olla teistsugune. Eelkirjeldatud näitest tulenevalt võib autori hinnangul järeldada, et lisaks üldpõhimõtete kohustuslikule järgimisele alusdokumentide koostamisel tuleb hankijatel järgida ka seaduslikkuse põhimõtet. Seaduslikkuse põhimõtte

⁶⁷ VaKo 08.07.2011, 131-11/122948, p 12

⁶⁸ VaKo 19.06.2014, 120-14/152134, p 5.6.1, 6.7.1, 6.7.1, 13.1.1.

järgimist hankedokumentide koostamisel on kinnitanud ka Tallinna Ringkonnakohus, leides, et tehnilise kirjelduse koostamisel ei saa mööda minna seaduses sätestatust.⁶⁹

Seaduslikkuse põhimõtte järgimise kohustus ei tulene eraldi RHS-st vaid aluse seaduslikkuse põhimõttele sätestab Eesti Vabariigi põhiseaduse⁷⁰ (PS) § 3 lõige 1. Sätte kohaselt teostatakse riigivõimu üksnes põhiseaduse ja sellega kooskõlas olevate seaduste alusel. See tähendab, et avaliku võimu rakendajatel ei ole võimalik oma tegevuses jätta kohaldamata asjakohaseid norme ning igal riivel peab olema seaduslik alus.⁷¹ Sealjuures peavad kõik haldusorganite poolt antud õigusaktid olema kooskõlas põhiseaduse ja seadustega.⁷² Kuivõrd hankija puhul on tegemist avalik-õigusliku organiga ning alusdokumente käsitletakse eelhaldusaktidena HMS § 52 lg 1 punkti 2 mõttes, peab hankija tagama kogu hankemenetluse jooksul lisaks hankemenetluse üldistele reeglitele ka seaduslikkuse põhimõtte järgimise.

Tulles tagasi eelpool tõstatatud küsimuse juurde, kas õigusvastane hanketingimus hanke alusdokumentides võib olla vastuolus riigihankeõiguse üldpõhimõtetega, siis M. A Simovart on sarnast olukorda kirjeldanud tulenevalt vaidlustuskomisjoni praktikast selliselt, et hankelepingu tingimuste ebamõistlikkus võib olla asjaoluks, mis tingib vastuolu riigihangete üldpõhimõtetega. See tähendab, et vaidlustuskomisjon võib hankelepingu ebamõistliku tingimuse lugeda riigihangete seadusega vastuolus olevaks, kui ebamõistlikkus takistab hanke avamist konkurentsile, tekitab isikute ebavõrdset kohtlemist või on vastuolus hanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse nõuetega.⁷³ Autori hinnangul õigusvastase tingimuse lisamisel hankedokumentidesse, mida ei ole võimalik objektiivselt või faktiliselt täita, või mille täitmise korral tekib vastuolu siseriiklike õigusaktidega, on kahtlemata tegemist üldpõhimõtete rikkumisega. Kirjeldatud tingimus on ühelt poolt ebaselge ja üldjuhul ka sobimatu riigihanke eesmärgi saavutamiseks ning teistelt poolt võib takistada konkurentsi teket riigihankel.

Eeltoodust tulenevalt võib kokkuvõtlikult järeldada, et üldpõhimõtetel on väga oluline mõju hanketingimuste kujunemisele, tuues õigusvastase hanketingimuse korral, mis takistab hankemenetluse eesmärkide täitmist, kaasa vastuolu RHS-ga. Lisaks üldpõhimõtete

⁶⁹ TlnRnKo 01.03.2011, 3-10-3225, p 17.

⁷⁰ Eesti Vabariigi põhiseadus. – RT I, 15.05.2015, 2.

⁷¹ K. Merusk jt. (koost.). PõhiSK § 3. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3 vlj. Tallinn: Juura 2012.

⁷² K. Merusk, I. Koolmeister. Haldusõigus. Õpik Tartu Ülikooli õigusteaduskonna üliõpilastele. Õigusteabe AS: Juura 1995, lk 37.

⁷³ M. A. Simovart (viide 58), lk 89.

järgimisele on põhiseadusest tulenevalt avaliku võimu teostamisel haldusorganil kohustus järgida ka seaduslikkuse põhimõtet, millest tulenevalt peab kogu hankija tegevus toimuma kooskõlas seaduses sätestatud nõuetega. Et hankemenetlus toimuks tõelise konkurentsi tingimustes, tagades võimalikult suure pakkujaskonna, tuleb hankijal sätestada ja avalikustada hanketingimused kõikidele pakkujatele võrdsetel tingimustel, sealjuures peavad tingimused olema kooskõlas läbipaistvuse põhimõttega olles selged, täpsed ja ühemõttelised ning kõigile potentsiaalsetele, piisavalt arukatele, kogenud ja mõistlikult hoolsatele pakkujatele ühte moodi arusaadavad.

1.3 Kohustuslikud hanketingimused

1.3.1 Kohustuslikud tingimused hankedokumentides

1.3.1.1 Hankija hoolsuskohustuse ulatus kohustuslike hanketingimuste kujundamisel hankedokumentides

Eelnevas alapeatükis tuvastati, et riigihankeõiguse üldpõhimõtetel on väga oluline mõju hanketingimuste kujundamisel. Hankemenetlusega taotletava eesmärgi saavutamiseks peab hankija kujundama hanketingimused, mis on objektiivsed, selged, täpsed ja ühemõttelised ning selliselt kooskõlas riigihankeõiguse üldpõhimõtetega. Selleks, et kõik hanketingimused vastaksid eelkirjeldatud nõuetele, peab hankija hanketingimuste koostamisel olema hoolas, kuid selget alust hoolsuskohustuse järgimiseks RHS-st ei tulene. Siiski esineb nii RHS-s kui ka mujal seadustes elemente, mille abil on võimalik hankija hoolsuskohustuse ulatust hanketingimuste kujundamisel määrata.

Riigihanke läbiviimise edukuse üheks aluseks on selle eelnev põhjalik planeerimine, mida kindlasti ei saa teostada reaalsest turusituatsioonist eraldi.⁷⁴ Senine RHS ega ka hankedirektiivid ei sisaldanud sätteid turu-uuringute läbiviimise kohta, kuid uued hankedirektiivid ja uue RHS eelnõus on sellekohased täpsustused lisatud. Uues riigihankedirektiivis 2014/24/EL on riigihangete läbiviimise ettevalmistamine reguleeritud artiklis 40, mis sätestab võimaluse esialgseteks turu-uuringuteks.⁷⁵ Artikli kohaselt enne hankemenetluse käivitamist võivad avaliku sektori hankijad läbi viia turu-uuringu eesmärgiga valmistada riigihanget ette ning teavitada ettevõtjaid oma hankeplaanidest ja nõuetest. Selleks võib avaliku sektori hankija näiteks küsida või vastu võtta nõuandeid sõltumatutelt ekspertidelt või asutustelt või turul osalejatelt. Seda nõu võib kasutada hankemenetluse kavandamisel ja läbiviimisel, tingimuse, et sellised nõuanded ei moonuta konkurentsi ning nende tulemusel ei rikuta mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtet. Direktiividest on säte üle võetud samasisulisena riigihangete seaduse eelnõu §-s 10.

Kuigi kehtiva RHS-i ja uue RHS eelnõus puudub selge kohustus turu-uuringute läbiviimiseks võib autori hinnangul sellekohase osalise kohustuslikkuse tuletada riigihanke eeldatava maksumuse määramise reeglistikust. Kehtiv RHS § 20 lg 2 sätestab, et riigihanke eeldatava maksumuse arvestamisel peab lähtuma hankemenetluse /.../ alustamise hetke keskmisele

⁷⁴ E. Karindi-Kask jt (koost.), lk 33.

⁷⁵ Samas sõnastuses sisaldub säte ka direktiivi 2014/25/EL artiklis 58.

turuhinnale vastavast hinnatasemest. Uue seaduse eelnõu § 23 lg 3 kohaselt tuleb riigihanke eeldatava maksumuse arvestamisel lähtuda riigihanke alustamisele vahetult eelneva aja keskmisele turuhinnale vastavast hinnatasemest, mis peab kehtima riigihanke alustamise hetkel. Hankelepingu eeldatava maksumuse määramine on vajalik õige hankemenetluse liigi valikuks. Näiteks olukorras, kus hankija on valesti määratlenud hankelepingu eeldatava maksumuse ning kõik hankes laekuvad pakkumuste maksumused ületavad rahvusvahelist piirmäära, ei ole hankija õigustatud hankelepingut sõlmima RHS § 69 lg 1.1 p 2 tulenevalt. Selleks aga, et määrata hankelepingu eseme võimalikku maksumust, peab olema hankijal selge, mida ta osta soovib. Eeltoodust tuleneb seega, et olukorras, kus hankija ei ole võimeline määratlema hankelepingu eset või hankelepingu esemele vastavat keskmist turuhinda, peab hankija viima läbi turu-uuringu nii võimalike teenusepakkujate ja tarnijate teadasaamiseks, kui ka toodete ja hinnatasemete välja selgitamiseks.⁷⁶ Kui põhjalikku turu-uuringut on tarvis teha sõltub väga paljuski hankija teadlikkusest ja teadmistest.⁷⁷ Kohtud on leidnud, et riigihanke läbiviimise korraldus, sh planeeritud tähtajad, lähtuvad hankija subjektiivselt kaalutlusest ja võimekusest,⁷⁸ mistõttu on hankijal vabadus otsustada ka seda, millises vormis hankija turu-uuringu läbi viia soovib.⁷⁹ Kui aga hankija on hankedokumentides sätestanud tingimused, mida oleks selgesti olnud võimalik vältida turu-uuringu läbiviimisega, ei saa kahelda asjaolus, et hankija on hankemenetluse läbiviimisel hoolsuskohustust rikkunud jättes kasutamata seaduses lubatud võimalused.

Kuigi HMS § 2 lõige 2 kohaselt ei loeta riigihangete teostamist haldusmenetluseks HMS tähenduses, peab iga haldusorgan, sealhulgas ka hankija järgima oma tegevuses lisaks hankeõiguse üldpõhimõtetele ja üldistele menetlusreeglitele ka hea halduse põhimõtet.⁸⁰ Riigikohtu halduskolleegium on avaldanud seisukoha, mille kohaselt on hankija seotud hanke läbiviimisel õiguse üldpõhimõtete, hea halduse põhimõtete ja kaalutusreeglite järgimisega, ning peab kogu tegevuse läbiviimisel arvestades diskretsiooni piire ja eesmärgi, hoidudes sealjuures hankemenetluses meelevaldsest tegutsemisest.⁸¹ Selline seisukoht on kinnitust saanud ka vaidlustuskomisjoni praktikas. Lahendis 75-14/148839 leidis vaidlustuskomisjon, et „olukorras, kus hankija poolt koostatud hankedokument sisaldab endas vastuolulisi tingimusi, millega kaasneb tehniline takistus hankedokumentides sätestatud tingimuste täitmiseks, ei ole hankija hankemenetlust viinud läbi kohase hoolsusega ning vastavalt hea

⁷⁶ E. Karindi-Kask jt (koost.), lk 40.

⁷⁷ C. De Koninck; T. Ronse, lk 590.

⁷⁸ TlnRnKo 01.06.2015, 3-14-50324 p 17.

⁷⁹ Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde, lk 33.

⁸⁰ S. Allikmets. Tundud või tundmatu hea halduse põhimõte. – Juridica 2014, nr 3, lk 221.

⁸¹ RKo 15.03.2006, 3-3-1-5-06, p 15.

halduse põhimõttele.⁸² Eeltoodust vaidlustuskomisjoni seisukohast saab järeldada, et hea halduse tavaga on vastuolus, kui hankedokumentides sisalduvad tingimused on pakkujaid eksitavad ja õigusvastased ning koostatud hankija kaalutusõigust ja proportsionaalsuse põhimõtet järgimata jättes. Hoolsuskohustuse rikkumine on aga autori hinnangul eriti oluline olukorras, kus hankijal oli võimalus õigusvastasuse tingimuse sattumist hankedokumentides välistada näiteks turu-uuringu läbiviimise või asjas kohalduvate õigusaktide hoolsa läbitöötamise abil.

Eeltoodust tulenevalt saab kokkuvõtlikult järeldada, et hankija on hankedokumente koostades igal juhul kohustus järgida lisaks riigihankeõiguse üldpõhimõtetele ning seaduslikkuse põhimõttele ka üldist hoolsust ning hea halduse tava, mis kohustab hankijat kaalutlema kõigi hankija poolt soovitatavate hanketingimuste õiguspärasust ja proportsionaalsust hanke eesmärkide täitmisel. Olukorras, kus hankija ei ole võimeline hankelepingu eset või lepingu eeldatavat kogumaksumust määratlema saab RHS-s sätestatud eeldatava maksumuse määramise reeglitest tuletada hankija kohustuse turu-uuringu läbiviimiseks.

1.3.1.2 Kohustuslike hanketingimuste kujunemine ja järgimine hankedokumentides

RHS § 31 lg 2 esitab lahtise loetelu teabest, mis peab minimaalselt sisalduma hankedokumentides.⁸³ RHS § 31 lg 1 koosmõjus sama sätte lõikega 3 sätestavad hankija vabaduse määratlema hankelepingu eset,⁸⁴ mis lihtsamalt öeldes on määratlus selle kohta, mida seaduse järgne hankija soovib ehitada või osta. Kuigi hankijale on alusdokumentide tehnilises kirjelduses hankelepingu eseme ja selle tingimuste määratlemisel ette nähtud lai kaalutusruum võtta arvesse olulisi aspekte ning valida toode või teenus, mis vastab ühiskondlikule vajadusele või soovitavale eesmärgile, ei või hankija enda või ühiskondlike soovide piiritlemisel väljuda nõuetest, mille sätestavad muud siseriiklikult kehtivad õigusaktid. See tähendab, et hankija peab kinni pidama üldistest reeglitest ja ühenduse õiguses rakendatavatest printsiipidest.⁸⁵ Kuigi RHS sätestab loetelu teabest, mis peab sisalduma hanke alusdokumentides, ei piiritle aga seadus millised hankedokumentides sätestatud nõuetest on kohustuslikud hanketingimused.

⁸² VaKo 25.04.2014, 75-14/148839 p 6.

⁸³ VaKo 01.09.2015, 183-15/164679, p 9.3; Uue riigihangete seaduse eelnõus on hankedokumendi kohustuslike nõuete loetelu täiendatud (vt §-d 77, 175).

⁸⁴ VaKo 11.10.2013, 224-13/145671, p 5.1.

⁸⁵ C. De Koninck; T.Ronse, lk 590-591.

Üldkohus on lahendis *Nexans France vs ITER-i ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa Ühisettevõtte* määratlenud kohustuslikke hanketingimusi läbi olulise tingimuse mõiste. Kohus leidis, et kohustuslikku hanketingimust ei saa tuletada vaid sellisest hanketingimusest, mille puhul on hageja otseselt viidanud tingimuse olulisusele vaid oluliseks tuleb pidada ka selliseid tingimusi, mille puhul saab mõistlikult tähelepanelik ja hoolas ettevõtja hankemenetlust käsitletavat dokumentide lugemisel selgelt aru, et need tingimused on kohustuslikud ega ole vähetähtsad, arvestades asjaomase hanke eset ja hankeid reguleerivate õigusnormidega taotletavaid eesmärke.⁸⁶ Sisulisema selgituse kohustuslikule hanketingimusele andis Euroopa Kohus aga lahendis *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Taani Kuningriik (Storebaelt)*, kus leidis, et üldised hanketingimused, millest pakkujatel ei ole lubatud pakkumuse esitamisel mööda minna, on olulised hanketingimused⁸⁷ ehk olulised tingimused, mille täitmata jätmisel võib pakkuja saada olulise eelise teiste pakkujate ees.⁸⁸ K. Taube on kirjeldanud pakkumuse oluliste tingimustena kõiki selliseid tingimusi, milles sisaldub võistlev element ning mis on aluseks pakkumuste hindamisel, muuhulgas ka hanke esemele seatud kohustuslikke nõudeid puudutavaid tingimusi.⁸⁹ Näiteks tuleneb RHS § 33 lõikest 1 kohustus koostada tehniline kirjeldus kooskõlas kehtivate standarditega või lõikest 3 tulenevalt võib tehnilise kirjelduse koostamise aluseks olla ka hankelepingu eseme kasutusomaduste või funktsionaalsete nõuete kirjeldus, mis on hankija määratud kujul hankelepingu täitmisel järgimiseks kohustuslikud.

Eelviidatud lahendist *Nexans France vs ITER-i ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa Ühisettevõtte* tulenes ka üldkohtu seisukoht, mille kohaselt kui hankija määratleb hankemenetluses tingimused, mida ta kavatses pakkujatele seada, piirab ta seejuures ise oma kaalutluseõiguse teostamist ning lisaks ei tohi ta kõrvale kalduda tingimustest, mis ta nõnda määratles, mis tahes pakkuja suhtes, ilma et ta rikuks võrdse kohtlemise põhimõtet. Sel põhjusel tuleb hankedokumente tõlgendada enesepiiramise ja taotlejate võrdse kohtlemise põhimõtteid arvestades.⁹⁰

⁸⁶ EÜKo 20.03.2013, T-415/10 *Nexans France vs ITER-i ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa Ühisettevõtte*, p 80, 133.

⁸⁷ *Euroopa Ühenduste Komisjon vs Taani Kuningriik (Storebaelt)*, punktid 42-43.

⁸⁸ S. Arrowsmith. *Law of public and utilities procurement*. 2nd edition. London: Sweet ja Maxwell, 2005, lk 494

⁸⁹ K. Taube. *Pakkumuse muutmine riigihankemenetluses pärast pakkumuse esitamise tähtaega*. Magistritöö. Tallinn 2012, lk 11, 13-14.

⁹⁰ *Nexans France vs ITER-i ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa Ühisettevõtte*, p 80, 133.

Hanke alusdokumentides sätestatud tingimustest on kohustus kinni pidada ka pakkujatel,⁹¹ kes vastavalt hankes nõutud tingimustele kujundavad ka pakkumuse maksumuse. RHS § 43 lõike 1 kohaselt on pakkumus pakkuja tahteavaldus hankelepingu sõlmimiseks. Tahteavaldust tuleb mõista teatud õiguslike tagajärgede kaasatoomisele suunatud isiku tahte väljendamist ja selle teatavaks tegemist.⁹² Riigihankes esitatav pakkumus vastab TsÜS § 68 lg 2 sätestatud otsese tahteavalduse tunnustele.⁹³ Nimetatud säte käsitleb otsesena tahteavaldust, milles sõnaselgelt avaldub tahe tuua kaasa õiguslik tagajärg. Riigihankes on esitatud pakkumuse puhul selliseks pakkuja poolt soovitud ainukeseks ja õiguslikuks tagajärjeks hankijaga hankelepingu sõlmimine.⁹⁴ RHS § 43 lõike 2 kohaselt peab pakkumus vastama hanketeates ja hankedokumentides /.../ sätestatud tingimustele, mida tulenevalt RHS § 31 lõike 2 punktist 8 peab pakkuja pakkumuses ka kinnitama. Juhul kui pakkuja ei ole pakkumuse esitamisel järginud seaduses sätestatud kohustust, on hankijal kohustus kehtiva seaduse § 47 lõike 2 kohaselt pakkumus tagasi lükata. Samas võib hankija tunnistada pakkumuse vastavaks, kui selles ei esine sisulisi kõrvalekaldeid nimetatud tingimustest.⁹⁵

Pakkujal on tulenevalt RHS § 56 lg-st 1 sätestatud võimalus hanke alusdokumentide kohta selgituste küsimiseks. Samas on Riigikohus leidnud, et ka piisava põhjalikkusega ettevalmistatud riigihanke puhul ei ole välistatud, et hankija ja pakkuja tõlgendavad hanketeates toodud nõudeid erinevalt. Corpore AS ja Eesti Töötukassa vahelises vaidluses selgitas kohus, et „ka kõige hoolikam pakkuja ei pruugi alati mõista hanketeate tingimuste tegelikku sisu. Võib juhtuda, et hanke alusdokumentide tingimused on pakkuja jaoks esmapilgul üheselt mõistetavad ja selged, kuid kvalifikatsiooni kontrollimisel ilmneb siiski, et hankija on mõistnud neid teisiti. /.../ Niisuguses olukorras ei saa kohtu hinnangul pakkujale ette heita, et pakkuja ei kasutanud RHS § 56 lg-s 1 sätestatud võimalust hanke alusdokumentide kohta selgituste küsimiseks.“⁹⁶ Küll aga saab pakkuja olukorras, kus ta leiab, et hankija poolt määratletud hanketingimused ei ole õiguspärased esitada RHS § 121 alusel vaidlustuskomisjonile vaidlustuse. Kui ükski menetluses osalemisest huvitatud isik ei ole RHS § 121 lõikes 1 sätestatud tähtaja jooksul hankemenetluse tingimusi vaidlustanud, siis on hanketeates kehtestatud tingimused ja hankedokumendid hankemenetluses osalevatele

⁹¹ S. Arrwosmith, P. Kunzlik. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. Cambridge University Press 2009, lk 205.

⁹² P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi. *Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne*. Juura: 2010, lk 217.

⁹³ D. Minumets, P. Kulm, lk 254.

⁹⁴ D. Minumets, P. Kulm, lk 254; VaKo 13.03.2013, 29-13/139044 p 8.2.

⁹⁵ S. Arrowsmith, P. Kunzlik, lk 205.

⁹⁶ RKHKo 13.06.2013, 3-3-1-24-13 p 16.

isikutele täitmiseks kohustuslikud⁹⁷ ning esitatud pakkumused peavad vastavalt RHS § 47 lõikele 2 vastama hanketeates ja hankedokumentides esitatud tingimustele.

Eeltoodust tulenevalt võib seega järeldada, et kohustuslikuks hanketingimuseks võib pidada kõiki selliseid tingimusi, mis peavad kohustuslikus korras sisalduma pakkumuses ning mille alusel toimub pakkumuste võrdlemine.

Hankeõiguse praktikas ei ole harvad olukorrad, kus haldusorganid hindavad väärtelt enda teadmisi või vajadusi ning koostavad hankedokumente piiratud inimressursside abil, mistõttu koostatakse ka keerulisemate riigihangete läbiviimisel hanke alusdokumendid ilma täiendavate turu-uuringuteta, sealjuures valides väga tihti hankemenetluse läbiviimise liigiks avatud hankemenetluse. Kui lisaks täiendavate uuringute läbiviimisele jätab hankija välja selgitamata ka hankelepingu esemele kohalduvad normid ning rakendamata üldpõhimõtetest tulenevad nõuded, võib see kaasa tuua olukorra, kus hankija hoolsuskohustuse rikkumisest tulenevalt sisaldavad hanke alusdokumendid õigusvastaseid tingimusi, mille täitmine on objektiivselt või faktiliselt võimatu. Õigusvastaste hanketingimuste esinemist hankedokumentides on analüüsinud S. Arrowsmith, kes on leidnud, et õigusvastasest hanketingimusest tuleks igal juhul vabaneda, sest võib nii hankemenetluses kui ka hilisemalt põhjustada probleeme. Õigusvastasest tingimusest vabanemise parimaks võimaluseks peab S. Arrowsmith pakkuja poolt õigusvastase tingimuse vaidlustamist, mis annab hankija võimaluse muuta õigusvastane tingimus õiguspäraseks enne hanketingimuste kohustuslikuks muutumist. Hilisemad muudatused on keelatud põhjusel, et olukorras, kus muudatus mõjutab hanketingimusi, näiteks olukorras, kus hanketingimustega nõutakse teatud patenti olemasolu ning hiljem selgub, et selline nõue oli ebaseaduslik, võib see tekitada olukorra, kus pakkujad, kes tutvusid hanketeatega, ei küsinud hankedokumente ega esitanud pakkumust, sest nad leidsid, et ei suuda pakkuda soovitud eset soovitud tingimustel. Küll aga oleksid sellised pakkujad esitanud pakkumuse, kui õigusvastast tingimust ei oleks sisaldunud esialgsetes hanke alusdokumentides. Muudatuste tegemine võib rikkuda võrdse kohtlemise põhimõtet, jättes kõik pakkujad ilma võimalusest esitada pakkumus õiguspärase tingimuste alusel.⁹⁸

Samuti võib õigusvastase tingimuse esinemine tehnilises kirjelduses tekitada hankijas soovi tunnistada vastavaks pakkumus, mis ei vasta hankedokumentides esitatud õigusvastast tingimust sisaldavale tehnilisele kirjeldusele, kuid vastaks sellele siis, kui tehniline kirjeldus

⁹⁷ TlnRnKo 09.12.2013, 3-12-631/74 p 10, 16.

⁹⁸ S. Arrowsmith (viide 43), lk 127.

oleks koostatud seaduslikult. Eelkirjeldatud kiusatus võib tekkida hankijal eriti olukorras, kus pakkuja pakkumuse kogumaksumus on oluliselt madalam teistest esitatud pakkumustest,⁹⁹ või miks mitte ka olukorras, kus esitatud pakkumus on kogu hankes ainus. Peatüki alguses selgitati, et enda sätestatud tingimustest peab hankija lähtuma ning sellised tingimused on siduvad ka pakkujale, kes peab tingimustest lähtudes koostama pakkumuse. Kui pakkuja ei järgi kohustuslikke hanketingimusi, on hankija sunnitud pakkumuse RHS § 47 lg 2 alusel tagasi lükkama. Selline olukord võib tekkida näiteks kui pakkuja ei ole piisavalt tähelepanelik ning tõlgendab õigusvastast hanketingimust hankijast erinevalt. Näiteks vaidlustuses nr 294-14/156643 vaidlustas Tänavapuhastuse AS hankija nõuded, et tööde teostamiseks tuleb kasutada vaakumimuriga multifunktsionaalset baasautot, spetsiifilist masinat äärekivita asfalttänavate puhastamiseks või täiskummist kaitsega sahka, mida antud vaidluses pakkuja hinnangul ei olnud olemas. Käesolevas vaidlustuses ei suutnud hankija mõistlikult põhjendada, milline on vaakumimuriga multifunktsionaalse baasauto, leides et selline sõiduk peab olema lihtsalt multifunktsionaalne. Vaidlustuskomisjon leidis, et hankija poolt sätestatud nõuded masinatele ja seadmetele olid sisuliselt põhjendamatud ning kuna olukorras, kus hankedokumentidest ei ole võimalik kontrollida, milliste funktsioonide täitmiseks on sõidukeid vaja, on selline tingimus õigusvastane.¹⁰⁰ Eelkirjeldatud tingimuste tõlgendamisel võib aga autori hinnangul tekkida olukord, kus ebamääraselt kirjeldatud tingimusi mõistavad pakkujad erinevalt, kuid kelle pakkumuses pakutav ei vasta tegelikult hankemenetluses hankija poolt nõutule.

Eeltoodust tulenevalt võib järeldada, et kohustuslikuks hanketingimuseks on kõik sellised tingimused, mis sisalduvad hanke alusdokumentides ning mille järgimine on kohustuslik pakkumuse esitamisel ning mille järgimist kontrollib hankija pakkumuste hindamisel. Kohustuslike hanketingimuste järgimisel pakkumuse koostamisel kujuneb ka pakkumuse maksumus. Kui enne pakkumuse esitamise tähtaega on pakkujatel võimalik vaidlustada hanke alusdokumentides sätestatud nõudeid, siis pärast pakkumuse esitamise tähtaja saabumist muutuvad kõik hankedokumentides esitatud tingimused kohustuslikuks täita nii pakkujale kui hankijale, olenemata sellest, kas tingimus on õigusvastane või mitte.

⁹⁹ S. Arrowsmith (viide 43), lk 128.

¹⁰⁰ VaKo 19.12.2014, 294-14/156643.

1.3.2 Kohustuslikud tingimused hankelepingus

1.3.2.1 Hankelepingu olulised tingimused

Kuigi RHS § 4 sätestab hankelepingu mõiste, kirjeldab see endas vaid hankelepingu sõlmimise korda, mitte aga hankelepingu tingimuste kujunemist. Seetõttu ei reguleeri ka seadus võimalike õigusvastaste hanketingimuste kujunemist hankelepingus. Oluliste hanketingimuste eristamine vähemolulistest on aga vajalik hankelepingu muutmise võimaluse tõttu, seda eriti olukorras, kus õigusvastased tingimused sisalduvad hankelepingus ning takistavad selle nõuetekohast täitmist. Hankelepingu muutmise on lubatud seaduses kirjeldatud piiratud juhtudel, mille kohaselt tuleb hankijal hinnata, kas hankelepingu muutmisega muutub hankelepingu olemus ehk hankelepingu olulised tingimused. Sama põhimõtet tuleb järgida ka õigusvastase hanketingimuse muutmise korral, hinnates esmalt muudetava tingimuse olulisust. Järgnevalt käsitletakse olulise ja ebaolulise tingimuse eristamist.

RHS § 31 lõige 2 punkt 3 sätestab ühe hankedokumentide kohustusliku osana kõik tulevase hankelepingu tingimused või hankelepingu projekti. Hankelepingu sõlmimisel peavad tingimused olema seotud hankelepingu esemega, mistõttu saab öelda, et hankelepingu tingimused on kohustused, mis tuleb edukal pakkujal üle võtta ja mis on seotud lepingu täitmisega.¹⁰¹ Oluline on, et hankelepingu täitmisel jätkuks riigihankeõiguse üldpõhimõtete järgimine, sest hankelepingu tingimustest kõrvalekaldumine võib tuua kaasa ettevõtjate ebavõrdse kohtlemise ja hankest kõrvalejäämise, mis ei ole aga kooskõlas ELTL aluspõhimõtete, eriti Euroopa Liidu siseturu toimimise põhimõttega.¹⁰²

Kui eelmises peatükis selgitati, et kohustuslikud tingimused on kõik tingimused, millest pakkuja peab lähtuma pakkumuse esitamisel, siis hankelepingu tingimused aga ei pea lähtuma hankelepingu eseme olemuslikest tunnustest. Euroopa Kohus on lahendis EVN vs Wienstrom selgitanud, et Euroopa Liidu riigihankealase õigusega ei ole vastuolus, kui elektrienergia tarnimise hanke raames seab hankija hankelepingu sõlmimise tingimuseks asjaolu, et elektrienergia tuleb toota taastuvatest energiaallikatest. Põhimõtteliselt ei takista miski sellise tingimuse seadmist, et toode peab olema pärit õiglasest kaubandusest.¹⁰³ Küll aga peab autori

¹⁰¹ M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam, lk 185.

¹⁰² EKo 21.07.2005, C-231/03 *Consorzio Aziende Metano vs Comune di Cingia de' Botti*, p 19.

¹⁰³ EKo 4.12.20013, C-448/01 *EVN AG vs Wienstrom GmbH*, p 34 .

hinnangul selline tingimus olema kõigile pakkujatele teada. Võrdse kohtlemise ja sellest tuleneva läbipaistvuse kohustuse kohaselt peavad kõik riigihankelepingu sõlmimise tingimused olema selgelt määratletud hanke alusdokumentides hankemenetluse algusest peale.¹⁰⁴ Kohtud on sealjuures leidnud, et kui pakkuja leiab, et hanke alusdokumendid on talle ebasobivad või õigusvastased, on tal seadusjärgne õigus nende vaidlustamiseks kuni pakkumuste avamise hetkeni. Olukorras, kus pakkuja otsustab vaidlustust mitte esitada, muutuvad hanketingimused kohustuslikuks, misjärel on pakkujal kohustus hankija poolt alusdokumentides sätestatud tingimustest lähtuda oma pakkumuse koostamisel. Pärast pakkumismenetluse lõpptulemuste fikseerimist ja hankelepingu sõlmimist on keelatud muuta hankedokumendi tingimusi, mis tähendab, et ka sõlmitud hankeleping peab vastama hanke alusdokumentidele.¹⁰⁵ See tähendab, et hankelepingu tingimused peavad võtma üle ka pakkumuses esitatu ning hilisemalt selliste tingimuste muutmine ei ole üldjuhul õigustatud.

Hankelepingu muutmise võimaluse piiranguid on avatud Euroopa Kohtu praktikas. Lahendis *Succhi di Frutta SpA* selgitas Euroopa Kohus hankelepingu tingimuste muutmise võimalusi selliselt, et oluliseks tuleks pidada tingimusi, mille puhul, kui need oleksid sisaldunud muudetud kujul hanketingimustes algusest peale, esineb võimalus, et pakkujad oleksid saanud esitada oluliselt erinevaid pakkumusi.¹⁰⁶ Õiguskirjanduses on sealjuures selgitatud, et olukorras, kus hankelepingu tingimustest lepingu täitmisel kaldutakse kõrvale on pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumine toimunud juba pakkujate valikul, avaldades mõju nii kolmandatele isikutele, kes hankes kindlaks määratud hanketingimuste tõttu pakkumust ei esitanud, kui ka mittevalituks osutunud pakkujatele.¹⁰⁷ Eeltoodust saab järeldada, et kuigi kõik hankelepingus sätestatud tingimused on pooltele järgimiseks kohustuslikud, saab olulisi hankelepingu tingimusi eristada vähemolulistest tingimustest selle alusel, kas tulenevalt muutmise reeglist on sellise tingimuse muutmise võimaluse piiratud või mitte.

Selged kriteeriumid oluliste lepingutingimuste üle otsustamiseks määratles Euroopa Kohus esmakordselt *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* lahendis, kus kohus selgitas lepingutingimuse olulisuse mõistmist läbi kolme tingimuse, millega hankija peab hüpoteetiliselt arvestama – (a) kas olukorras, kus muudetav lepingutingimus oleks seatud

¹⁰⁴ EKo 10.12.2009, C-299/09 *Euroopa Komisjon vs Prantsusmaa*, p 41 .

¹⁰⁵ TlnRnKo 09.12.2013, 3-12-631/74, p 10, 16.

¹⁰⁶ *Succhi di Frutta SpA*, p 116.

¹⁰⁷ G. M. Racca, R. C. Perin. Material Amendments of Public Contracts During Their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption. – *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 2013, lk 279-305.

esialgses hankemenetluses, oleks see võimaldanud hankemenetluses osaleda ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse, kui see, mis esialgu välja valiti; (b) kas muudatus laiendab lepingu asjadele, teenustele või ehitustöödele, mida esialgne leping ei hõlmanud või (c) kas muutusega kallutatakse lepingu majanduslikku tasakaalu pakkuja kasuks viisil, mis ei olnud ette nähtud esialgse lepingu tingimuste kohaselt. Olukorras, kus esineb mõni eelpool nimetatud tingimustest, on kohus seda tõlgendanud poolte soovina pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas, mida tuleb pidada aga uue riigihankelingu sõlmimiseks. Hankelepingu olulise tingimuse muutmine ilma uue riigihankelingu sõlmimiseta on aga vastuolus menetluse läbipaistvuse, pakkujate võrdse kohtlemise ja ettevõtjate vahelise konkurentsi tagamise põhimõtetega.¹⁰⁸ Reaalsuses on aga igal muudatusel erinev mõju konkurentsitingimuste kahjustamisele, mistõttu tuleb muudatuse ning selle kaudu ka lepingutingimuse olulisust hinnata iga üksikjuhtumi puhul eraldi. Näiteks peetakse praktikas oluliseks lepingu muutmiseks olukorda, kus halbade ilmastikutingimuste tõttu ei suuda ehitustööde hankelepingu puhul ettevõtja õigeaegselt või ettenähtud maksumuse ulatuses lõpetada ehitustöid. Samas sarnane muudatus kaupade tarnimisel ei pruugi olla oluline tulenevalt teenuse osutamise erinevast iseloomust.¹⁰⁹ Autori hinnangul saab eeltoodud näitest tuletada, et ehitustööde puhul peetakse igal juhul oluliseks lepingutingimuseks hankelepingus sätestatud tööde maksumust ning valmimise tähtaega.

Hankelepingu fikseeritud maksumus on oluline lepingutingimus ka asjade või teenuste hankelepingute puhul (hankelepingu hind), mille muutmine on lubatud vaid valuutamuutmise või omavääringu ümardamise korral.¹¹⁰ Lisaks peetakse praktikas olulisteks lepingutingimusteks ka lepingupartneri muutmist, kui sellist tingimust ei olnud hankelepingus ette nähtud,¹¹¹ riskide jaotust lepingus¹¹² aga ka näiteks muudatust hankelepingu esemele ettenähtud tarnetingimustes, ulatuses, kuupäevades ja maksetingimuste muutmises.¹¹³ Sellised muudatused omavad muutmisel mõju konkurentstile, mistõttu tuleb selliseid lepingutingimusi täita samal viisil nagu hankes oli ette nähtud. Kõnealused muudatused võivad siiski olla

¹⁰⁸ *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, p 34-37; S. T. Poulsen. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. – P.P.L.R 2012, 5, lk 170-171.

¹⁰⁹ S. T. Poulsen (viide 67), lk 172.

¹¹⁰ *Euroopa Ühenduse Komisjon vs Taani Kuningriik (Storebaelt)*, p 42-43; *Succhi di Frutta SpA*, p 117.

¹¹¹ A. Brown. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purpose of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. – P.P.L.R 2008, 6, lk 256.

¹¹² EKo 11.07.2013, C-576/10 *Euroopa Komisjon vs Madalmaade Kuningriik*, p 61.; Dr T Kotsonis. *Commission v Netherlands (Case C-576/10): determining which Directive is applicable to a claim.* – P.P.L.R. 2014, 2, lk 42.

¹¹³ S. T. Poulsen, lk 172.

asjakohased lepingu mahu vähendamise või lepingu ennetähtaegse lõpetamise korral. Ühelt poolt võib lepingu vähendamine tekitada huvi pakkujates, kes pakkumust ei esitanud, lepingu esialgse liialt suure mahu tõttu, kuid teisest küljest ei erine leping olemuselt esialgsest lepingust, olles sõlmitud samal eesmärgil, lihtsalt vähendatud ulatuses. Sellises situatsioonis esineb hankija kaalutusõigus lepingu lõpetamiseks.¹¹⁴

Eesti kohtupraktikas on lisaks hinnale ja riskide jaotumisele oluliseks lepingutingimuseks peetud ka lepingu täitmise perioodi. Näiteks on Tallinna Ringkonnakohtu halduskolleegium leidnud, et hankes kavandatava lõppkuupäeva puhul, mis kajastus ka hankelepingu projektis, oli tegemist kohustusliku hanketingimusega, mille muutmise võimalust pakkumuste esitamise tähtpäeva järgselt RHS ette ei näe. Kõnealuses lahendis oli vaidlusaluseks asjaoluks hankelepingus sätestatud tööde alustamise tähtaja muutmine (lepingu sõlmimine viibis), mille EAS leidis olevat piisavalt oluline rikkumine, et nõuda tagasi osa Narva linnale makstud toetusest. Kohus selgitas, et tulenevalt Euroopa Kohtu praktika lahendist *Succhi di Frutta*, et kui hankija soovib säilitada võimaluse pärast pakkumuse võitja välja selgitamist hanke tingimusi muuta, tuleb selline võimalus koos detailsete reeglitega pakkumiskutse dokumentides selgesõnaliselt ette näha. Vaidlusaluses hankes ei olnud kaebaja näinud hanketingimustes selgelt ja detailselt ette võimalust tööde teostamise tähtaega hankemenetluse lõppemise järgselt muuta, mistõttu tulenes hanketingimusest, et Narva linn oli kohustatud hankelepingu sõlmima hanketingimustes näidatud lõpptähtpäevaga. Lisaks leidis kohus, et hankel pakkumuse esitamine ja hanketingimustele vastavuse kinnitamine, et hankel osaleda, kinnitas pakkuja enda võimekust teostada tööd hanketeates kajastatud kavandatavaks lõppkuupäevaks.¹¹⁵

Sama seisukoha on esitanud ka vaidlustuskomisjon. Vaidlustuses nr 193/13-139462, milles hankija tunnistas hankemenetluse kehtetuks RHS § 29 lg 3 p 6 alusel põhjusel, et hankelepingu sõlmimine sai toimuda vaid hankes ette nähtud kuupäevadel, selgitas vaidlustuskomisjon, et koosõlas Siseministeeriumi ja Rahandusministeeriumi seisukohtadega, on hankelepingu sõlmimine muudel tingimustel kui hanketeates ette nähtud, vastuolus riigihanke läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtete tagamisega, mistõttu hanke raames tellitavate tööde täitmine hanketeates ja hankedokumentides sätestatud tingimustel, ehk tagasiulatuvalt selgelt võimatu. Vaidlustuskomisjon tugines oma otsuses Tallinna Ringkonnakohtu otsusele haldusasjas 3-09-1297, kus kohus leidis, et tulenevalt RHS

¹¹⁴ S. T. Poulsen, lk 172.

¹¹⁵ TlnRnKo 01.06.2015, 3-14-50324 p 13-15.

§ 69 lõikest 3 on seadusandjal kohustus hinnata kõiki hankelepingu sõlmimisega ja sellest tulenevaid asjaolusid enne nõustumuse andmist ning lepingutingimuste muutmise vajaduste ilmnemisel peab hankija hankelepingu sõlmimise asemel korraldama uue riigihanke muudetud tingimustel. Eeltoodust ilmnes, et hankes avaldatud kuupäevad on hankijatele siduvad ning võisid välistada pakkujaid, kellel ei olnud võimalik juba võetud kohustuste tõttu hanketöid alustada, mistõttu on tegemist kohustuslike tingimustega, mille muutmise hankelepingus ei ole lubatud.¹¹⁶ Ettenähtud tähtaegadega hankelepingu sõlmimine, mida edukal pakkujal ei ole võimalik täita on selgelt õigusvastane.

Eelkirjeldatud vaidlustuskomisjoni ja ringkonnakohtu seisukohtadest on selgelt tuletatav, et kohustuslike hanketingimuste muutmise pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva ei ole võimalik. See tähendab, et hankes toodud kuupäevad on pakkujale siduvad, sest tööde algus ja lõppkuupäevad on oluline tingimus, mis võisid mõjutada potentsiaalsete pakkujate käitumist oma pakkumus esitada või esitamata jätta. Hankelepingu tingimuste muutmise piiramise eesmärgiks on riigihanke läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte tagamine ning hanke alusdokumente on võimalik läbipaistvaks muuta üksnes RHS §-s 36 sätestatud korras. Nii hankija kui ka pakkuja pidi teadma, et hanketeates lepingu täitmise tähtaegade sätestamisega võtab ta endale kohustuse selle tingimusega hankeleping sõlmida eduka pakkujaga.¹¹⁷

Oluliseks lepingutingimuseks on kindlasti näiteks ka toote, teenuse või ehitustöö peamised omadused, mis sätestatakse hankelepingu eseme tehnilises kirjelduses ning mille abil määratleb hankija hankelepingu eseme omadused, mahu, hulga ja muud asjakohased kriteeriumid.¹¹⁸ Näiteks on vaidlustuskomisjon leidnud, et tehnilises kirjelduses teede pindala, kui hankelepingu eseme maht on oluline tingimus pakkumuse tegemisel, mille märkimata jätmise võib kaasa tuua ebamäärased ja võrreldamatud pakkumused.¹¹⁹ Tehnilise kirjelduse koostamise täpsemad nõuded sätestab RHS § 33, mille kohaselt on pakkujatel võimalik leida hankedokumentides sätestatud nõuetele vastav lahendus.¹²⁰ Tehnilise kirjelduse alusel peavad pakkujad olema suutelised pakkumust koostades arvestama kõigi tööde ja kohustustega, mida sõlmitava hankelepingu alusel tuleb täita ja hinnata selle alusel hankelepingu täitmise kulusid

¹¹⁶ VaKo 23.08.2013 otsus nr 193-13/139462.

¹¹⁷ TlnRnKo 01.06.2015, 3-14-50324 p 13-15.

¹¹⁸ D. Minumets, P. Kulm, lk 207-208; RHS § 31 lg 2 p 1.

¹¹⁹ VaKo 09.10.2015, 204-15/166873, p 8.

¹²⁰ E. Karindi-Kask jt (koost.) lk 116.

ja nõuetekohase täitmise võimalikkust.¹²¹ Hea tehniline kirjeldus tagab võimaluse hinnata pakutud kaupade, teenuste ja ehitustööde vastavust hankedokumentidele. Tehnilise kirjelduse juures on oluline, et see tugineks objektiivsetele kriteeriumitele, mis on hankija jaoks just konkreetse lepingu täitmise juures olulised, sest tehniline kirjeldus on hankelepingu aluseks. Olukorras, kus hankeesemega sätestatakse hangitava kontorimööbli mõõdud ja muud tehnilised kriteeriumid, ei ole nendest võimalik hankelepingu täitmise käigus mööda vaadata.¹²² Samuti ei ole võimalik näiteks jäätmete kontsessiooni puhul jäätmete ladustamine mujale, kui hankelepingus selleks ettenähtud asukohta.¹²³

Samuti tuleks autori hinnangul pidada oluliseks lepingutingimuseks tingimust koguriskikindlustuse sõlmimise kohta hankelepingu täitmise perioodiks, sest selline tingimus mõjutab pakkumuse maksumust. Olukorras, kus pakkuja jätab koguriskikindlustuse sõlmimata, säästab pakkuja kindlustusmakse maksumuse ning saab eelise teiste pakkujate ees.

Oluliseks lepingutingimuseks tuleb pidada ka siseriiklikust õigusest tulenevat kohustuslikku lepingutingimust, sest hankeõiguse üldpõhimõtetest ja seaduslikkuse põhimõttest tulenevalt peab hoolas hankija koostama hanke alusdokumendid kooskõlas siseriiklike õigusaktidega. Sellist seisukohta on kinnitanud ka Euroopa Kohtu jurist Manuel Campos Sanchez-Bordona, kes on selgitanud, et hankijad on kohustatud täpsustama ka selliseid tingimusi, mille täitmise kohustus tuleneb üldkohaldatavatest õigusnormidest, seda ka olukorras, kus sellistest tingimustest „piisavalt informeeritud ja mõistlikult tähelepanelik“ pakkuja ei saa olla mitte teadlik.¹²⁴ Näiteks nõuab Saksamaa tööjõu seaduse vahendamise seadus (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz), et kõigil Saksamaal tööjõuteenuse vahendamise seotud ettevõtetel peab olema olema tööjõu vahendamise luba, mistõttu on Euroopa Kohus leidnud, et hankemenetluses, kus on selgelt märgitud, et lepingut reguleerib Saksa õigus, nõuab siseriiklik õigus sellest kinni pidamist.¹²⁵ Töö autori hinnangul ei ole seega ka Eestis õiguspärane hankida ehitustöid ehitusprojekti alusel, mis ei vasta majandus- ja taristuministri

¹²¹ D. Minumets, P. Kulm, lk 207-208.

¹²² EÜKo 28.11.2002, T-40/01 *Scan Office Design SA v Comission*, p 76.

¹²³ RKHKo 15.01.2015, 3-3-1-68-14 p 21-23,25; JäätS § 66 lg-s 1 ja § 67 lg 3 p-s 4 on seadusandja andnud kohalikule omavalitsusele õiguse ja pannud samas ka kohustuse korraldatud jäätmeveo teenuste tellimiseks teenuste kontsessiooni andmise läbiviimiseks koostatud hankedokumentides määrata kindlaks jäätmekäitluskoht (või kohad). Seetõttu on see igal juhul ka vaidlustuskomisjoni seisukoha kohaselt kohustuslik tingimus. (VaKo 07.10.2014 otsus nr 239-14/154867).

¹²⁴ Kohtujurist Manuel Campos Sanchez-Bordona 21. jaanuaril 2016 a. ettepanek kohtuasjas C-27/15 *Pizzo jt vs CRGT srl*, p 52-53.

¹²⁵ EKo 9.06.2011, C-401/09 *Evropaiki Dynamiki vs Euroopa Keskpank*, p 19, 21.

17.07.2015 määruses nr 97 „Nõuded ehitusprojektile“¹²⁶ nagu seda teostati autori poolt sissejuhatuses kirjeldatud teises kaasuses, sest ehitusprojekt oli tehnilise kirjelduse osa, millest polnud võimalik pakkumuse koostamisel mööda vaadata, mistõttu muutus ehitusprojekt hankelepingu sõlmimisest alates oluliseks hankelepingu osaks, millest tuli ehitustööde teostamisel lähtuda.

Samas on Euroopa Kohus leidnud, et oluliseks lepingutingimuse muutmiseks ei tuleks pidada olukorda, kus muudatuse tulemusel jääb objekt sisuliselt samaks, kuid hankelepingu täitmisel kasutatakse tehnoloogiliselt arenenumat versiooni. Selline muudatus võib endaga kaasa tuua hinnamuutuse, mis üldises mõistes on oluline lepingutingimus, kuid tegemist ei ole olulise lepingumuudatuse, vaid muudatus väljendab tehnoloogia arengut, mille abil järgitakse hankeõiguse üldpõhimõtteid. Sellised aspektid võivad olulist rolli mängida just pikaajaliste või ka IT-lepingute puhul, kus on oluline, et hankijad ei peaks jääma pikaajaliselt sõlmituks aegunud mudeliga.¹²⁷ Pikemaajalistes lepingutes võib esineda siiski muudatusi lepingu tingimustes, mis olid täiesti ettenägematu ajal lepingu sõlmimist, nagu õigusaktid, infrastruktuur, tooraine varud, arusaam riskidest jne, mis tavaliselt on olulised tingimused hankelepingu eseme määramiseks ja kirjeldamiseks.¹²⁸

Eelnevast saab kokkuvõtlikult järeldada, et olulise ja mitteolulise lepingutingimuse eristamine toimub läbi tingimuse iseloomu ja selle võimaliku muutmise võimalusi analüüsid. Oluliseks tuleb pidada sellist hanketingimust, millel oli oluline roll juba pakkumuse esitamisel ning mis muutus siduvaks nii pakkujatele kui ka hankijale endale pärast pakkumuse esitamise tähtaja möödumist, mil ükski pakkuja tingimuse õigusvastasust ei vaidlustanud. Olulise lepingutingimuse määratlemise keskseks on otsus, kas olukorras, kus muudetud tingimus oleks sisaldunud esialgses hankedokumentatsioonis, oleks see võinud tuua kaasa erineva konkurentsiolekorra või kas muudatuse tõttu muutub hankelepingu olemus. Sama põhimõtet tuleb järgida ka olukorras, kus hankeleping sisaldab endas õigusvastast tingimust. Olukorras, kus pooled ei ole tingimuse õigusvastasust tuvastanud õigeaegselt on õigusvastane tingimus muutunud kohustuslikuks hanketingimuseks mille täitmine hankelepingu kestel on kohustuslik.

¹²⁶ Majandus- ja taristuministri 17.09.2010 määrus nr 67 „Nõuded Ehitusprojektile“. – RT I, 18.07.2015, 7.

¹²⁷ M. Dischendorfer, The Scope of application of the EC Procurement Directives Rationae Temporis. – P.P.L.R. 2001, 1, lk 23.

¹²⁸ S. T. Poulsen. The possibilities of amending a public contract without new competitive tendering procedure Under EU law. – P.P.L.R. 2012, 5 lk 171.

1.3.2.2 Õigusvastase lepingutingimuse muutmise võimalused

Kui eraõiguses on pooltele ette nähtud lepingu sõlmimise vabadus nii lepingu sõlmimise eelses menetluse faasis kui ka lepingu eseme muutmisel pärast lepingu allkirjastamist, siis riigihankemenetluses selline võimalus puudub. Sellise piirangu eesmärgiks on riigihangete korraldamise üldpõhimõtete sekundaarne kaitse.¹²⁹ Riigihankeõigus sätestab hankijatele kindla korra, mida neil tuleb järgida nii enne kui ka pärast lepingu sõlmimist. See tähendab, et hankija peab nii lepingulisse suhtesse astumisel kui ka selle muutmisel järgima selleks ette nähtud kohustuslikku korda, mis tuleneb RHS-st ja selle aluseks olevatest hankedirektiividest. Kui kehtiva seaduse alusel on hankelepingu muutmine oluliselt piiratud, siis uutes hankedirektiivides ja RHS eelnõus on hankelepingu muutmise regulatsiooni muudetud leebemaks.

Kuigi kehtiv RHS sellist võimalust ei sätesta, siis üldkehtiva praktika kohaselt on hankelepingu muutmine igal juhul lubatud siis, kui sellise muudatuse tegemine koos detailsete reeglitega oli hanke alusdokumentides ette nähtud.¹³⁰ Sellisel juhul on kohtud leidnud, et järgitud on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid, sest kõigil potentsiaalsetel pakkujatel oli võimalike muudatustega hankelepingus võimalik pakkumuse esitamisel arvestada.¹³¹ Kohtupraktikast tulenev alus on üle võetud ka uutes hankedirektiivides, millest klassikalise hankedirektiivi artikkel 72 lg 1 p a¹³² sätestab lubatud muudatusena, olenemata nende rahalisest väärtusest muudatuse, kui see oli esialgsetest hankedokumentides ette nähtud selgete, täpsete ja ühemõtteliste läbivaatamisklauslitega, mis võivad hõlmata hinna läbivaatamise klausleid või võimalusi. Sellistes klauslites märgitakse võimalike muudatuste või võimaluste ulatus, olemus ning ka tingimused, mille korral võib neid kasutada. Samas keelab säte, et klausli sätestamisega ei ole lubatud sellised muudatused, millega muudetakse lepingu või raamlepingu üldist olemust. Olukorras, kus hanke alusdokumendid ei sisaldanud klauslit lepingutingimuse muutmise võimaluse kohta, tuleb pooltel igakordse muudatuse vajaduse ilmnemisel analüüsida, kas selline muudatus on lubatud või mitte.

¹²⁹ E. Karindi-Kask. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeeriumi analüüs, lk 1. – https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_l_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf.

¹³⁰ S. Treumer. Contract changes and the duty to retender Under the new EU public procurement Directive. – P.P.L.R. 2014, 3, lk 150.

¹³¹ Succhi di Frutta SpA, p 118.

¹³² Direktiivi säte on samasisulisena üle võetud ka uues riigihangete seaduse eelnõus (RHS § 123 lg 1 p 2).

Hankelepingu muutmise piirangud on sätestatud RHS § 69 lõigetes 3 ja 4. RHS § 69 lõikes 3 sätestatu kohaselt on hankelepingu muutmine lubatud, kui esinevad korraga kõik seaduses loetletud kumulatiivsed tingimused: (a) muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, (b) neid asjaolusid ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimisel ajal ette näha ja (c) hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise. Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna nõunik E. Karindi-Kask on pidanud RHS § 69 lõiget 3 oluliseks sätteks, milles eesmärk on takistada korruptiivsete suhete tekkimist ja toetada riigihankeõiguse üldpõhimõtteid ka lepingu täitmise ajal.¹³³ Asjaolude objektiivsust tuleb sealjuures hinnata igakordsest olukorrast lähtudes. Näiteks ei saa Rahandusministeeriumi analüüsis toodu kohaselt pidada objektiivseks tingimuseks maksukeskkonna muudatust, mis on ajas muutuv nähtus, ega ka riske, mida pakkuja peab hiljem kandma seoses pakkumuse esitamisega.¹³⁴ Ettenägelikkuse võimalus on aga väga paljuski seotud hankijalt oodatava erilise hoolsuskohustusega ning põhjaliku planeerimisega enne riigihanke alustamist, mille puhul ei saa Rahandusministeeriumi analüüsist tulenevalt pidada lubatavaks sellist muudatust, mida hankija oleks piisavat hoolsust rakendades saanud või pidanud hankelepingu sõlmimise ajal ette nägema.¹³⁵ Autori hinnangul välistab antud tingimus ka õigusvastase hanketingimuse muutmise võimaluse. Käesoleva töö peatükis 1.3.1.1 selgitati, et olukorras, kus hankedokumentides sisaldub õigusvastane tingimus, ei ole hankija hankedokumentide koostamisel järginud hoolsuskohustust ja hea halduse tava. Piisavat hoolsuskohustust rakendades aga oleks hankija pidanud ette nägema hanketingimuse õigusvastasuse ning sellega kaasnevad raskused hankelepingu nõuetekohasel täitmisel.

RHS § 69 lõikes 4 seevastu on sätestatud hankelepingu muutmise keeld. Sätte kohaselt ei ole hankelepingu muutmine lubatud, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega. Praktikud on RHS § 69 lõike 4 osas selgitanud, et seda sätet tuleb tõlgendada kitsendavalt kooskõlas Euroopa Kohtu seisukohtadega, sest vastasel juhul välistaks säte igasuguse hankelepingu muutmise, kuivõrd tavapäraselt on kõiki hankelepingu muudatusi võimalik ellu viia hankemenetluse kaudu.¹³⁶ Kohtuasjast Priesetext määratles kohus kriteeriumid, mille alusel otsustada muudatuse olulisuse üle, sest oluline lepingutingimuste muutmine nõuab Euroopa Kohtupraktika ja RHS § 69 lõike 4 alusel uue hankemenetluse korraldamist. Kohtuasjast tulenes, et muudatus on oluline, kui (a) olukorras,

¹³³ E. Karindi-Kask, lk 9.

¹³⁴ E. Karindi-Kask, lk 9-10.

¹³⁵ E. Karindi-Kask, lk 10.

¹³⁶ M. A. Simovart (viide 1), lk 255; E. Karindi-Kask, lk 11.

kus muudetav lepingutingimus oleks seatud esialgses hankemenetluses, oleks see võimaldanud hankemenetluses osaleda ka teistel kui esialgu vastuvõetavaks tunnistatud pakkujatel või võimaldanud tunnistada edukaks mõne muu pakkumuse, kui see, mis esialgu välja valiti, (b) muudatus laiendab lepingu asjadele, teenustele või ehitustöödele, mida esialgne leping ei hõlmanud või (c) muutusega kallutatakse lepingu majandusliku tasakaalu pakkuja kasuks viisil, mis ei olnud ette nähtud esialgse lepingu tingimuste kohaselt.¹³⁷ Autori hinnangul võib ka õigusvastase hanketingimuse muutmine tuua kaasa mõne eelpool kirjeldatud tingimuse, mistõttu on olenemata sellise tingimuse õigusvastasusest sellises olukorras tegemist olulise tingimusega. Analüüsides autori poolt sissejuhatuses toodud näidet ehitustööde riigihankest, mille tehnilise kirjelduse aluseks oli ehitusprojekt, mille koostamisel ei oldud järgitud kehtivaid ehitusstandardeid, võib asuda seisukohale, et muudatus, mis sisaldab endas ehitusprojekti tingimuste õigusaktidega kooskõlla viimist nõuab endaga tõenäoliselt ka uue hankemenetluse korraldamist ehitustööde teostaja leidmiseks. Ei saa kahelda, et ehitusprojekt, mille alusel on hankes esitatud ehitustööde mahud, on oluline hanketingimus, mida peavad pakkujad võtma aluseks pakkumuse koostamisel. Ehitusprojekti muutmisel hankelepingu kestel esineb aga oht, et olukorras, kus ehitusprojekt oleks sisaldunud muudetud kujul esialgses hankemenetluses, oleksid esitatud pakkumused olla teistsugused, mistõttu oleks see võimaldanud tunnistada mõne teise pakkumuse, rikkudes seega läbipaistvuse tagamise kohustust ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet.

Hankelepingu muutmise keeld kohaldub tõenäoliselt ka tähtajaga seotud hankelepingu tingimustele. Eesti kohtud on kinnistanud arusaama, et lubatud ei ole muuta hankelepingu täitmise tähtaega selliselt, mis oleks võimaldanud osaleda hankemenetluses ka teistel pakkujatel, kui tähtaeg oleks selline olnud juba hanke väljakuulutamise ajal. Seda olukorras, kus 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.¹³⁸ Vaidlustuskomisjoni praktikast tuleneb ka, et tulenevalt RHS § 69 lõikest 3 on seadusandjal kohustus hinnata kõiki hankelepingu sõlmimisega ja sellest tulenevaid asjaolusid enne nõustumuse andmist ning lepingutingimuste muutmise vajaduste ilmnemisel peab hankija hankelepingu sõlmimise asemel korraldama uue riigihanke muudetud tingimustel.¹³⁹ Eeltoodust ilmneb, et hankes avaldatud kuupäevad on hankijatele siduvad ning võisid välistada pakkujaid, kellel ei olnud võimalik juba võetud

¹³⁷ *Presstext*, p 34-37; S. T. Poulsen. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. – P.P.L.R 2012, 5, lk 170-171.

¹³⁸ E. Karindi-Kask, lk 8.

¹³⁹ VaKo 04.06.2009, 113-09/107859.

kohustuste tõttu hanketöid alustada, mistõttu on tegemist kohustuslike tingimustega, mille muutmine hankelepingus ei ole lubatud, kuid ettenähtud tähtaegadega hankelepingu sõlmimine, mida edukal pakkujal ei ole võimalik täita on selgelt õigusvastane. Tulenevalt kohtupraktikast ei ole seega õiguspärane muuta hankelepingu täitmise tähtaega ebanproportsionaalselt pikaks võrreldes esialgse tähtajaga, kui hankija poolt ettenähtud tähtaegadeks ei ole võimalik hankelepingut nõuetekohaselt täita. Õiguskirjandusest tuleneb muuhulgas arvamus, et tähtaja muutmisel tuleb arvestada hanke üldpõhimõtete ning konkreetsele hankele iseloomulike majanduslike ja tehniliste asjaoludega, sealjuures ei tohiks hankelepingu tähtaeg koos muudatusega ületada 3-5 aastat.¹⁴⁰

Lubamatuks muudatuseks tuleb pidada autori hinnangul ka olukorda, kus muudatusega pikendatakse hankelepingu esemega täitmisega seotud konkreetse teenuse kestvust. Kui pakkuja pakkumuse esitamisel nõustub hankija sooviga libedusetõrje teostamiseks 30 minuti jooksul ning leiab sealjuures, et tal on olemas piisav võimekus hankelepingu täitmiseks ettenähtud hooldustsükli vahemikus, siis sellises olukorras ei ole tõenäoliselt võimalik tugineda RHS § 69 lõigetes 3 ja 4 sätestatule, sest lisaks sellele, et täidetud ei ole RHS § 69 lõikes 3 sätestatud kumulatiivsed tingimused, siis olukorras, kus pikema hooldustsükli aeg oleks sätestatud esialgses hankemenetluses, oleksid pakkumuse saanud esitada ka need pakkujad, kes vaidlustusmenetluses vaidlustasid hooldustsükli aja õiguspärasust, kuid vaidlustuse rahuldamata jätmise tõttu oma pakkumust ei esitanud, sest leidsid, et lühema hooldustsükli aja jooksul nendel lepingu nõuetekohase täitmise võimekus puudub. Sarnasele seisukohale on jõudnud ka S. Arrowsmith selgitades, et olukorras, kus õigusvastase tingimuse sisaldumine hanke alusdokumentides toob kaasa olukorra, mille tõttu hankest huvitatud pakkuja leiab, et tal puudub võimekus pakkumuse eset pakkuda hankija soovitud tingimustel ning jätab pakkumuse esitamata, peaks tõenäoliselt tooma muudatuse võimlikkuse asemel kaasa uue hanketeate avaldamise.¹⁴¹

Kehtiva seaduse kohaselt on hankelepingu muutmine lubatud seega kahel juhul. Esiteks siis, kui muudatuste teostamise detailne klausel sisaldus hanke alusdokumentides algusest peale ning teiseks siis, kui esinevad korraga kõik RHS § 69 lõikes 3 sätestatud tingimused ning teostatavat muudatust ei peeta oluliseks RHS § 69 lõike 4 ja Euroopa Kohtu praktika kohaselt.

¹⁴⁰ M. A. Simovart. (viide 1), lk 255.

¹⁴¹ S. Arrowsmith (viide 43), lk 127.

Kui kehtiva RHS-i muutmise sätteid tuleb rakendada kooskõlas kehtiva Euroopa Kohtu praktikaga, siis uutes hankedirektiivides on muutmise regulatsioon loodud just kohtupraktika pinnalt. Erinevus võrreldes kohtupraktikaga seisneb selles, et hankedirektiivides on muutmise aluseid täpsustatud. Uutes hankedirektiivides ja uue RHS eelnõus on sätestatud selged alused, mil hankelepingu muutmine on lubatud või keelatud.

Lisaks sellele, et ka uutes hankedirektiivides ja uue RHS eelnõus on muudatused lubatud, kui muutmise võimalus oli detailselt avaldatud algusest peale hanke alusdokumentides või tegemist on väheolulise muudatusega, on direktiivides sätestatud ka loetelu muudatustest, mis on lubatud ning mille puhul muudatuste olulisust eraldi kaaluma ega hindama ei pea.¹⁴²

Riigihankedirektiivi artikli 72 lg 1 p b alusel on lubatud muudatuseks lisatööde tellimine, mida esialgses riigihankes ei sisaldunud, kuid mis on lepingu täitmise käigus muutunud vajalikuks. Sellise vajaduse juures peab aga olema töövõtja vahetamine majanduslike või tehnilistel kaalutlustel võimatu ning tekitama hankijale olulist ebamugavust või topeltkulusid. Oluline on sealjuures ka silmas pidada, et ühegi muudatuse maksumus ei tohi ületada 50% esialgse lepingu maksumusest.¹⁴³ Antud muudatuse liigi osas on direktiivis toodud välja ka kuritarvitamise keeld, mida aga ei ole kirjeldatud uue RHS seaduse eelnõu viimases redaktsioonis. M. A. Simovart on selles osas aga kirjeldanud, et seaduse rakendamisel tuleb selle piiranguga siiski arvestada.¹⁴⁴

Sama direktiivi artikli 72 lg 1 p c kohaselt on muudatus lubatud kui esinevad kumulatiivselt kõik järgmised tingimused: muudatus tuleneb olukorrast, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha; muudatusega ei muudeta lepingu üldist olemust ning maksumuse suurenemine ei ületa 50% esialgse lepingu maksumusest iga muudatuse väärtuse suhtes.¹⁴⁵ Hankija hoolsuskohustust on sealjuures avatud direktiivi preambula punktis 109, mille kohaselt „ võttes arvesse olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi, vastava valdkonna häid tavaid ja vajadust tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimise ettevalmistamisele kulunud ressursside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel“. Autori hinnangul ei ole õigusvastase hanketingimuse muutmise võimalusi kaaludes kindlasti

¹⁴² M. A. Simovart. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. – *Juridica* 2016, nr 1, lk 53.

¹⁴³ Direktiiv 2014/24/EL art 72 lg 1 p b; uue riigihangete seaduse eelnõu § 123 lg 1 p 3.

¹⁴⁴ M. A. Simovart (viide 142), lk 55.

¹⁴⁵ Direktiiv 2014/24/EL art 72 lg 1 p c; uue riigihangete seaduse eelnõu § 123 lg 1 p 4.

õigustatud tugineda käesolevale sättele, sest hankedokumentide koostamisel ei ole hankija selgesti tegutsenud vajalikkude hoolsuskohustust järgides.

Riigihankedirektiivi artikli 72 lg 1 p d kohaselt on lubatavaks muudatuseks ka töövõtja asendamine sättes ettenähtud tingimustel.

Lisaks on direktiivis sätestatud, et oluliseks ei peeta muudatust, mis on väikese maksumusega ning ei muuda hankelepingu üldist olemust. Väikeseks peetakse maksumust mis on direktiivi kohaselt väiksem rahvusvahelisest piirmäärast ning uue RHS eelnõu kohaselt väiksem riigihanke piirmäärast ning ei ületa sealjuures 10 % algse lepingu maksumusest teenuste ja asjade hankelepingu puhul või alla 15% ehitustööde hankelepingu maksumusest.¹⁴⁶ Autori hinnangul võiks käesoleval alusel olla lubatud näiteks muudatus, mille kohaselt asendatakse kaasuses toodud kindlustuse sõlmimise näite puhul koguriskikindlustuse sõlmimise kohustus kohustusega sõlmida kindlustus, mida tegelikult on võimalik vesiehitiste puhul sõlmida.

Lisaks eeltoodud lubatud muudatustele on direktiivi kohaselt lubatud ka muudatused mis sõltumata oma väärtusest ei ole direktiivi mõistes olulised.¹⁴⁷ Riigihankedirektiivi artiklis 72 lõikes 4 selgitatakse, et oluline on muudatus, millega muutub olulisel määral võrreldes algselt sõlmitud hankelepingu olemus.¹⁴⁸ Olulise muudatusena on direktiivis täpsustatud kohtuasjast Presstext tulenevaid tingimusi ning on leitud, et oluliseks on muudatus, millega (a) lisatakse tingimusi, mis oleksid võimaldanud osaleda ka muudel kui algselt välja valitud pakkujatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumusi või mis oleksid hankemenetlusesse kaasanud täiendavaid osalejaid, kui need oleks rakendatud algses hankemenetluses; (b) muudatusega muudetakse lepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamal viisil, mida ei olnud algses lepingus ette nähtud; (c) muudatusega laiendatakse lepingu reguleerimisala märkimisväärselt ja (d) kui uus töövõtja asendab seda töövõtjat, kellega avaliku sektori hankija algselt lepingu sõlmis, muudel juhtudel, kui direktiivi lõikes 1 punktis d ette nähtud põhjustel. Oluline on aga silmas pidada, et olukorras, kus muudatuse tegemine on samal ajal nii lubatud, kui ka keelatud, siis on riigihankedirektiivi artikli 71 lõike 4 teise lause kohaselt muudatuse teostamine siiski lubatud.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Direktiiv 2014/24/EL art 72 lg 2; uue riigihangete seaduse eelnõu § 123 lg 1 p 6; lg 1 p 1.

¹⁴⁷ Direktiiv 2014/24/EL art 72 lg 1 p e; uue riigihangete seaduse eelnõu § 123 lg 1 p 6.

¹⁴⁸ Direktiivi säte on samasisulisena üle võetud ka uues riigihangete seaduse eelnõus (RHS § 123 lg 2).

¹⁴⁹ M. A. Simovart (viide 142), lk 56.

Täiendava kohustusena on riigihankedirektiivi artiklis 72 lõikes 1, et avaliku sektori hankija, kes on muutnud lepingut sama lõike punktides b ja c juhtudel, peavad avaldama sellekohase teate Euroopa Liidu Teatajas. Säte on võetud üle ka uues RHS eelnõu § 123 lõikes 5, kuid kohaldatakse kõigile hangetele, mida reguleerib RHS. Sätte kohaselt tuleb hankijal esitada muudatuse kohta riigihangete registrile hankelepingu muutmise teade 10 päeva jooksul muudatuse tegemisest arvates. Kui tuletada meelde autori poolt sissejuhatuses kirjeldatud kaasusi ning olukorda, kus hankijad ei avaldanud teostatud muudatusi riigihangete registris, mistõttu polnud kolmandatel isikutel võimalik muudatustest teada saada ega seetõttu ka oma õiguseid kaitsta. Autori poolt viimasena kirjeldatud sätted aga tagavad kolmandatele isikutele oluliselt laiemat võimalust oma õiguste kaitseks näiteks olukorras, kus läbiviidud muudatuse tõttu on kolmanda isiku õigused kahjustunud.

Eeltoodust tulenevalt või asuda seisukohale, et kuigi hankelepingu muutmise regulatsioon uute hankedirektiivide väga suuri võimalusi muudatuste läbiviimiseks endas ei sisalda, võib siiski direktiivides sätestatud lubatud võimalustele tuginedes olla õigusvastase hanketingimuse muutmine lubatav ka olukorras, kus õigusaktides sätestatud alustele tuginedes on tegemist olulise muudatusega.

Lisaks on praktikute poolt toodud välja ka arvamust hankelepingute muutmise osas VÕS § 97 alusel. VÕS § 97 lõige 1 sätestab võimaluse lepingu muudatusteks olukorras, kus 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 teisel lepingupoolelt lepinguga saadava väärtus väheneb oluliselt, siis võib kahjustatud lepingupool nõuda teiselt lepingupoolelt lepingu muutmist poolte kohustuste esialgse vahekorra taastamiseks. Sama paragrahvi lõikest 2 tulenevalt saab lepingu muutmist nõuda üksnes 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. Lõikes 2 määratletud välistavate asjaolude tuvastamiseks tuleb lähtuda mõistliku inimese arusaamast VÕS § 7 alusel, ehk kas heas usus toimides saanud muutust ette näha ja isegi kui mõistliku ettenägemise võimalust ei olnud, kas isikul oli võimalik asjaolude muutumist mõjutada.¹⁵⁰

¹⁵⁰ M. A. Simovart. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutumise korral. – *Juridica* 2008, nr 4, lk 223.

VÕS § 97 rakendamiseks peab tegemist olema situatsiooniga, kus väliste asjaolude tõttu ei ole lepingu täitmine küll võimatu, kuid täitmine on kahjustunud poole jaoks kõiki asjaolusid arvestades ebarportsionaalselt koormavam või majanduslikult raskem, kui algselt lepingu sõlmimisel eeldati ning lepingu tasakaal on muutunud ettenägematutest asjaoludest.¹⁵¹

VÕS § 97 võimaliku rakendamise osas leidub aga kahesuguseid seisukohti. Esimene seisukoht toetab arusaama, et VÕS § 97, kui hea usu põhimõtte edasiarenduse erinormi rakendamisel on lubatud hankelepingu muutmises kokku leppida olenemata asjaolust, kas RHS § 69 lõikes 3 sätestatud eeldused on täidetud või mitte.¹⁵² Teise seisukoha kohaselt tuleb arvestada asjaoluga, et RHS on VÕS suhtes eriseadus, mis tähendab, et hankelepingute puhul lepingulise kohustuse muutumisel peab hankija lepingu täitjalt VÕS § 97 alusel esitatud hankelepingu muutmise taotlusele nõusoleku andmisel alati hindama, kas RHS hankelepingu muutmist käsitlevates sätetes toodud tingimused on täidetud.¹⁵³

Töö autor toetab VÕS § 97 rakendamisel praktikas esitatud teist seisukohta, mille puhul tuleb VÕS § 97 rakendamisel arvestada ka RHS § 69 lõigetes 3 ja 4 sätestatud muutmise piirangutega. Autori hinnangul omab tähtsust asjaolu, et kuigi RHS ja selle alusel olevad hankedirektiivid ei reguleeri lepingu sõlmimist ning lepingu täitmise protsessi, on seadusandja siiski pidanud vajalikuks piirata hankelepingu muutmise võimalusi. Sel põhjusel on autori hinnangul meelevaldne jätta kõrvale VÕS-st tulenevate muutmise võimaluste puhul RHS-s sätestatud muutmise piirangud, sest autori hinnangul tekitaks see olukorra, kus muudest õigusaktidest tulenevate lepinguliste muudatuste lubatavuse puhul puuduks RHS piirangutel sisuline mõte.

Kokkuvõtvalt võib seega öelda, et lepingutingimuse objektiivne või faktiline täitmise võimatus, ei ole piisav argument, et muuta hankelepingut. Igas muutmise situatsioonis peab eeskätt hankija teostama analüüsi vastavalt RHS § 69 lõigetele 3 ja 4 ning kehtivale Euroopa Kohtu praktikale ning analüüsima kas õigusvastase tingimuse muutmise tooks endaga kaasa olulise muudatuse. Uue regulatsiooni kohaselt muutub aga hankelepingu muutmise teatud olukordades paindlikumaks, mistõttu olukorras, kus õigusvastase tingimuse puhul rakenduvad direktiivides sätestatud muudatuse lubatavuse alused, siis olenemata muudatuse olulisusest võib õiguspärane olla ka õigusvastase lepingutingimuse muutmise.

¹⁵¹ E. Karindi-Kask, lk 14; M. A. Simovart (viide 150), lk 222.

¹⁵² M. A. Simovart (viide 150), lk 228-229.

¹⁵³ E. Karindi-Kask, lk 14.

2. Kohustuslike hanketingimuse õigusvastasuse tagajärjed

Magistritöö eelmises osas selgitati, et õigusvastaseid hanketingimusi sisaldavate hankedokumentide koostamine on tõenäoliselt seotud hankija hoolsuskohustuse järgimata jätmisega hankemenetluse eelses etapis. Õigusvastane hanketingimus aga ei too alati tingimata kaasa takistusi hankelepingu täitmisel. Sel põhjusel, olukorras kus hankeleping täidetakse kõigi hankelepingus sätestatud tingimuste kohaselt lõpuni, ei teki ka vastuolu riigihankeõiguse üldpõhimõtete järgimisel. Tihtilugu on olukord aga teistsugune ning hanketingimuste õigusvastasus toob kaasa takistusi hankelepingu nõuetekohasel täitmisel.

Olukorras, kus hankemenetluse käigus hanketingimusi ei vaidlustatud, muutusid need täitmiseks kohustuslikeks, mistõttu ei ole õigusvastasuse fakt üksi piisav hankelepingu muutmiseks. Hankelepingu muutmiseks tuleb pooltel kaaluda, kas õigusvastase tingimuse puhul on tegemist olulise lepingutingimusega ning kas tingimuse muutmine õigusaktide alusel on lubatav. Kui hankelepingu muutmine tingimuse olulisuse tõttu ei ole lubatav, on pooltel võimalik püüda leida mõni muu alus õigusvastasest tingimusest vabanemiseks või leping lõpetada. Kuivõrd hankelepingu täitmist ja kehtivust reguleerivad eraõiguslikud normid, analüüsitakse alljärgnevas alapeatükkides õigusvastasest hanketingimusest vabanemise võimalikkust läbi tüüptingimuste regulatsiooni ning vaadeldakse, kas õigusvastaseid tingimusi sisaldavad hankelepingu tühisust on võimalik tuvastada seadusega vastuolus oleva keelu instituudi kaudu. Viimasena vaadeldakse ka pakkuja hoolsuskohustust pakumuste esitamisel ning analüüsitakse, kas pakkuja hoolsuskohustuse rikkumine võib mõjutada pakkuja õigust tugineda eraõiguse normidest tulenevatele õiguskaitsevahenditele.

2.1 Ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus õiguskaitsevahendina

2.1.1 Tüüptingimuste kohalduvuse ulatus hankelepingule

Õiguskirjanduses on selgitatud, et hankelepingu näol ei ole tegemist iseseisva lepinguliigiga lepinguõiguse tähenduses,¹⁵⁴ vaid kõik hankelepinguga seotud lepinguõiguslikud küsimused alluvad liikmesriigi õigusele.¹⁵⁵ Alates hankemenetluse lõppemisega hankelepingu sõlmimise

¹⁵⁴ D. Minumets, P.Kulm, lk 474.

¹⁵⁵ RHS § 4 lõige 1 teine lause; M. A. Simovart (viide 20), lk 30.

momendist RHS § 29 lõige 3 punkti 1 kohaselt, allub hankeleping, kui eraõiguslik leping võlaõigusseaduse ja tsiviilseadustiku üldosa seaduse normidele,¹⁵⁶ välja arvatud osas, mis RHS-s on reguleeritud teisiti. RHS sekkub poolte lepinguvabadusse üksnes aga hankelepingu muutmisega seondult.¹⁵⁷ Hankelepingu tingimused või hankelepingu projekt on seadusest tulenevalt kohustuslik osa hankedokumentides, mis tähendab enamikel juhtudel seda, et hankija peab hanke ettevalmistamise faasis planeerima ette kõik hankelepingu tingimused ning pakkujatel puudub sisuline võimalus hankelepingu tingimuste muutmiseks.¹⁵⁸ Sel põhjusel leidub õiguspraktikas seisukohti, mille kohaselt on avatud ja piiratud hankemenetluse käigus sõlmitud hankelepingud alati sõlmitud tüüptingimustel ning muude hankemenetluse liikide puhul tuleb tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamisel võtta arvesse läbirääkimiste ulatust.¹⁵⁹ Käesoleva töö autor ei nõustu siiski õiguspraktikas leviva absoluutse tüüptingimuste kohaldamise käsitlusega avatud ja piiratud hankemenetluse käigus sõlmitud hankelepingutele, mistõttu vaadeldakse alljärgnevalt tüüptingimuste kohaldamise ulatust läbirääkimiste esinemisel hankemenetluses.

Tüüptingimuste eriregulatsioon on Eesti siseriiklikus seadusandluses kehtestatud võlaõigusseaduses, mis omakorda tugineb Euroopa Liidu direktiivile 93/13/EMÜ,¹⁶⁰ kuid mida tulenevalt VÕS § 36 lõikest 3 on võimalik laiendada ka majandus- ja kutsetegevuses tüüptingimustel sõlmitud lepingutele. VÕS § 35 lõige 1 mõistab tüüptingimusena igasugust lepingutingimust, mis on eelnevalt välja töötatud tüüplepingutes kasutamiseks või mida lepingupooled muul põhjusel ei ole eraldi läbi rääkinud ja mida tüüptingimust kasutav lepingupool kasutab teise lepingupole suhtes, kes ei ole seepärast võimeline mõjutama tingimuste sisu.

Tüüptingimuste regulatsiooni kohaldumist hankelepingutele on käsitletud äärmise põhjalikkusega M. A. Simovart'i poolt doktoritöös „Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele“.¹⁶¹ M. A. Simovart on selgitanud, et „võlaõigusseadus ei diferentseeri tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamist sõltuvalt poolte suurusest ega turupositsioonist, mistõttu tüüptingimuse ebamõistlikkuse tuvastamisel ei ole

¹⁵⁶ M. A. Simovart (viide 20), lk 30.

¹⁵⁷ D. Minumets, P.Kulm, lk 475.

¹⁵⁸ M. A. Simovart (viide 20), lk 33.

¹⁵⁹ M. A. Simovart (viide 20), lk 38.

¹⁶⁰ Nõukogu direktiiv 93/13/EMÜ, 5. aprill 1993, ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes. – EÜT L 95, 21.04.1993.

¹⁶¹ M.A. Simovart. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. – Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus, 2010, 2 peatükk.

asjakohane lähtuda lepingu teise poole majanduslikust ega muust seisundist,¹⁶² vaid tüüptingimuste sisu kontroll peab olema objektiivne, mistõttu eelkirjeldatud seisukoht on vaieldamatult õigustatud ka riigihankelepingute puhul, kus suurtel äriühingutel on sama vähe (või üldse mitte) võimalusi lepingutingimusi mõjutada kui pakkumises osaleval väikestel või keskmistel konkurentidel.¹⁶³ Lisaks on M. A. Simovart väljendanud seisukohta, et hankija tugevalt läbirääkimispositsioonile vaatamata on pakkujad siiski riigihankelepingutest huvitatud nende mahu ja hankijast lepingupartneri usaldusvääruse tõttu, mistõttu nõustutakse praktikas tingimustega, millega tavalise eraõigusliku lepingu sõlmimisel ei nõustutaks.¹⁶⁴ Ka käesoleva töö autor nõustub täielikult õiguspraktikas tuntud M. A. Simovart'i poolse käsitlusega sellest, et hankelepingu tingimustele kohaldub võlaõigusseaduses sätestatud tüüptingimuste eriregulatsioon, mis seaduses ettenähtud juhtudel võib tuua kaasa kas kogu lepingu või ebamõistlikult kahjustava tingimuse tühisuse. Otsustamiseks aga millised lepingutingimused täpsemalt alluvad tüüptingimuste regulatsioonile, tuleb hinnata läbirääkimiste ulatust hankemenetluse kestel.

VÕS § 35 lõike 2 kohaselt eeldatakse, et tüüptingimused ei ole eraldi läbi räägitud. Vaidluse korral on hankijal võimalik tõendada, et teisel poolel oli reaalne võimalus tingimusi läbirääkimiste teel mõjutada ja et seetõttu ei ole tegemist tüüptingimusega.¹⁶⁵ Läbirääkimiste pidamine on hankeõiguses reguleeritud aga vastavalt hankemenetluse liigile. Läbirääkimiste pidamise võimalust peetakse sisuliselt olematuks¹⁶⁶ avatud¹⁶⁷ ja piiratud hankemenetluste¹⁶⁸ käigus ning just neid menetlusi peab hankija hankemenetluse läbiviimisel reeglina eelistama.¹⁶⁹ Sel põhjusel on näiteks M. A. Simovart leidnud, et kuna avatud ja piiratud hankemenetluste korral ei ole pooltevahelised läbirääkimised lubatud, siis nende menetluste kasutamise korral sõlmitakse hankeleping alati tüüptingimustel ning pakkuja saab mõjutada ainuüksi neid lepingutingimusi, mis pakkumises sisalduvad ning see võib piirduda ka näiteks ainult lepingu hinnaga.¹⁷⁰ Kui hankija soovib hankemenetluse läbiviimiseks kasutada mõnda muud hankemenetluse liiki, peab ta esmalt analüüsima, kas esinevad RHS-s sätestatud selged alused soovitud hankemenetluse liigi kasutamiseks ning alles seejärel otsustama

¹⁶² P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi, Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2006, lk 150.

¹⁶³ M. A. Simovart (viide 161), lk 44.

¹⁶⁴ M. A. Simovart (viide 161), lk 44.

¹⁶⁵ M. A. Simovart (viide 161), lk 45; RKTsK 30.04.2007, 3-2-1-150-06 p 17.

¹⁶⁶ M. A. Simovart (viide 161), lk 49.

¹⁶⁷ RHS § 58 lg 3 .

¹⁶⁸ RHS § 61 lg 2.

¹⁶⁹ RHS § 25 lg 3 .

¹⁷⁰ M. A. Simovart (viide 161), lk 49-50.

läbirääkimiste pidamise ulatuse. Nii lubab RHS pidada lihthankemenetluse kasutamisel läbirääkimisi ulatuses ja tingimustel, mis hankija on sätestanud lihthanke teates.¹⁷¹ Võistleva dialoogi korral on võimalik läbi rääkida kõiki tingimusi nii hankelepingus, kui hankedokumentides, sest sisulised hankedokumendid koostatakse alles pärast dialoogi voorude lõppemist.¹⁷² Väljakuulutamisega läbirääkimistega või väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamisel peab hankija läbirääkimisi hankedokumentides sätestatud tingimuste ulatuses.¹⁷³ Sellisel juhul loetakse tüüptingimusteks neid lepingutingimusi, mille üle läbirääkimisi ei peetud, mistõttu tuleb igal sellisel konkreetsel juhul välja selgitada läbirääkimiste tegeliku toimumise fakt ja ulatus.¹⁷⁴

Töö autor ei nõustu aga täielikult eeltoodud käsitlusega ning leiab, et vaatamata läbirääkimiste pidamise otsesele keelule avatud ja piiratud hankemenetluses võivad läbirääkimised poolte vahel kujuneda ka muudel viisidel. Läbiräägitud tingimus võib kujuneda näiteks läbi selgituste küsimise või vaidlustusmenetluse. RHS § 56 lg 1 sätestab õiguse igale hankemenetluses osalevale isikule ja huvitatud isikule, kellel on vastaval hetkel võimalus selles hankemenetluses osaleda, saada selgitusi ja täiendavat teavet hanketeate ja hankedokumentide kohta ning pakkumuse esitamise ettepaneku kohta. Tulenevalt sama paragrahvi lõikest 2 on hankija kohustatud kõik RHS § 56 lg 1 alusel antud selgitused esitama üheaegselt nii selgitusi või täiendavat teavet küsinud isikule kui ka kõigile pakkujatele ja hankedokumendid või pakkumuse esitamise ettepaneku saanud taotlejatele ja huvitatud isikutele. Seetõttu tekib küsimus, kas RHS § 56 lg 1 alusel esitatud küsimusi ja saadud selgitusi ja muud täiendavat teavet on võimalik pidada läbirääkimisteks osas, mis välistaksid hankelepingu tingimusele tüüptingimuste regulatsiooni kohaldumise?

Kohtupraktikas on RHS § 56 lõigete 1 ja 2 järgi õigust saada hanketeate ja hankedokumentide kohta selgitusi või täiendavat teavet tõlgendatud selliselt, et hankija ei tohi väljuda alusdokumentide kohta selgituste andmise piiridest ning kehtestada sisuliselt täiendavaid tingimusi, mis hankedokumentides seni puudusid.¹⁷⁵ See tähendab sisuliselt olukorda, kus hankija poolt hanketeate ja hankedokumentide kohta antud selgituste puhul tuleb nii hankijal kui ka pakkujatel arvestada, et hankija selgitustega ei ole võimalik hanketeadet ega hankedokumente muuta. Hanketeate ja hankedokumentide muutmise võimalused sätestab

¹⁷¹ RHS § 18² lg 6.

¹⁷² RHS § 26 lõiked 1 ja 2.

¹⁷³ RHS § 27 lg 1 ja § 67 lg 1; RHS § 28 lg 1 ja § 68 lg 4.

¹⁷⁴ M. A. Simovart (viide 161), lk 50.

¹⁷⁵ VaKo 19.10.2011, 275-10/121397, p 12.2; VaKo 17.11.2010, 211-10/120847, p 12.3.

RHS § 36, millest kõrvalekaldumise õigust hanketeate või hankedokumentide kohta selgituse andmisel RHS § 56 lg 2 hankijale ette ei näe.¹⁷⁶ Siiski on kohtud leidnud, et hankija poolt hankedokumentide kohta antud selgitused on olulised, mida pakkujad peavad pakkumuste esitamisel arvestama¹⁷⁷ ulatuses, millega täpsustatakse hankedokumentides sätestatud tingimusi ning ei minda hankedokumentides sätestatud tingimustega otseselt vastuollu.¹⁷⁸ Seega võib eeltoodust järeldada, et ainuüksi täienduste või selgituste küsimist RHS § 56 lg 1 ja 2 alusel ja hankija poolt pakkuja küsimus(t)ele vastuse saamist ei saa käsitleda läbirääkimiste pidamisena tüüptingimuste regulatsiooni kohaldumise mõttes.

Teistsuguseks võib aga olukord kujuneda juhtudel, mil hankija otsustab pärast pakkuja poolset ettepanekut muuta hankedokumente RHS § 36 sätestatud korras või kui pakkuja on vaidlustanud mõne alusdokumentides sätestatud tingimuse RHS § 117 alusel. Olukorras, kus vaidlustuskomisjon rahuldab vaidlustuse pakkuja kasuks on hankijal kohustus vaidlusaluse riigihanke alusedokumentid viia vastavusse õigusaktidest tulenevate nõuetega.¹⁷⁹ VÕS § 35 lg 1 sätestab tunnused tüüptingimuseks, mille kohaselt peab tegemist olema lepingutingimusega; mis peab olema eelnevalt välja töötatud tüüptingimustes kasutamiseks või muul põhjusel eelnevalt läbi rääkimata; tingimust kasutatakse teise poole suhtes; ja teisel poolel puudub võimalus lepingutingimuse sisu mõjutamiseks.¹⁸⁰ Eeltoodud tingimustest on eriline rõhk viimasel tingimusel. Õiguskirjanduses on selgitatud, et kasutamist teise poole suhtes ei välista tüüptingimustes sisalduvad üleskutsed teha parandusi ja muudatusi. Tõendatud peab olema ka sisuline valmisolek teise poole muudatus-ettepanekuid aktsepteerida, kuid mis avalduvad üksnes pärast lepingu sõlmimist ja selles teise poole poolt tegelikul tehtud muudatuste kajastumist.¹⁸¹ Seega on töö autor seisukohal, et olukorras kus pärast pakkuja poolset ettepanekut on hankija otsustanud muuta hanke alusdokumente RHS § 36 alusel ning selline muudatus kajastub hiljemalt ka hankelepingus, saab lepingutingimust käsitleda läbiräägitud lepingutingimuseks. Sama olukord kohaldub autori hinnangul ka olukorras, kus hankedokumentide õigusaktidega vastavusse viimise kohustuse on hankijale sätestanud vaidlustuskomisjon ning tingimus muudetud kujul hankelepingus ka kajastub. Sellises olukorras on pakkuja mõjutanud tingimuse sisu, mistõttu sellisele lepingutingimusele tüüptingimuste regulatsioon ei kohaldu. Siinjuures on oluline silmas pidada, et läbiräägitud

¹⁷⁶ D. Minumets, P.Kulm, lk 246.

¹⁷⁷ TrtRnKo 09.10.2013, 3-13-1183, p 11.

¹⁷⁸ D. Minumets, P.Kulm, lk 246.

¹⁷⁹ Kohustus tekib hankijal alates vaidlustuskomisjoni otsuse jõustumisest RHS § 127 lg 4¹ sätestatud korras.

¹⁸⁰ P. Varul jt. (viide 162), lk 127.

¹⁸¹ P. Varul jt. (viide 162), lk 129.

tingimus kehtib lepingus läbiräägitud tingimusena vaid pakkuja suhtes, kelle ettepaneku läbi hankija muudatuse teostas või kes vastava tingimuse vaidlustuskomisjonis vaidlustas.

Käesoleva peatüki alguses väljendas töö autor üldsuses levinud seisukohta, et läbirääkimiste pidamine on olemuslikult keelatud avatud ja piiratud hankemenetluse kasutamisel. Eelnevast analüüsist tulenevalt saab järeldada, et kuigi avatud ja piiratud hankemenetluses on faktiliselt keelatud läbirääkimiste pidamine, siis ei välista see täielikult võimalust, et ka avatud ja piiratud hankemenetluse kestel sõlmitud hankelepingud sisaldavad läbiräägitud tingimusi, millele tüüptingimuste regulatsioon ei rakendu. Läbirääkimised võivad hankemenetluse kestel lisaks otsestele läbirääkimistele kujuneda ka muude meetodite kaudu. RHS § 58 lg 3 ja § 61 lg 2 sätestavad endas fraasi „*hankemenetluse kestel*“, mis viitaks justkui läbirääkimiste absoluutsele keelule alates hanketeate avaldamisest kuni hankelepingu sõlmimiseni. Selles osas leiab töö autor, et RHS sätet võib pidada eksitavaks. Eelnevast analüüsist nähtub selgesti, et teatud juhtudel võib tekkida olukord, kus läbi hanketingimuste vaidlustamise või hankijale RHS § 56 lg 1 alusel küsimuse esitamise abil on pakkujal võimeline lepingutingimuste sisu mõjutama, mistõttu ei kohaldu sellistele lepingutingimustele tüüptingimuste regulatsioon ning sel põhjusel tuleb tingimusi käsitleda läbiräägitud tingimustena. Küll aga tuleb silmas pidada, et läbirääkimiste pidamise absoluutne keeld avatud ja piiratud hankemenetluste puhul rakendub alates pakumuste avamisest, millele viitab ka kõnealuste sätete pealkirjad.

Kokkuvõtvalt võib öelda, et hankelepingute puhul ei saa kahelda tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise võimalikkusest hankelepingutele põhjusel, et lepingutingimused kujunevad enamasti juba hanke ettevalmistamise etapis ja pakkujal puudub sisuliselt võimalus lepingutingimuste mõjutamiseks. Kui enamuste hankemenetluse liikide puhul on läbirääkimiste pidamine lubatud, siis avatud ja piiratud hankemenetluse puhul keelab seadus otsese läbirääkimiste pidamise. Siiski võib ka avatud ja piiratud hankemenetluste puhul kujuneda mõnest hankelepingu tingimusest välja läbiräägitud lepingutingimus olukorras, kus lepingutingimuse sisu on mõjutanud pakkuja selgituste küsimise või vaidlustusmenetluse kaudu. Seetõttu olukorras, kus otsustada, kas ebamõistliku hankelepingu tingimust on võimalik tühistada, tuleb lisaks läbirääkimiste pidamisele hankemenetluses tutvuda ka võimalike muudatustega alusdokumentides, mis on põhjustatud pakkuja poolsetest ettepanekutest või vaidlustusmenetluse käigus saadud õigusest.

2.1.2 Õigusvastaste kohustuslike tingimuste käsitlemine t u ptingimuste kontekstis

Eelmises alapeat ukis selgitati välja, et kõikidele hankelepingu tingimustele, mis ei ole ühel või teisel viisil läbi r agitud, kohaldub t u ptingimuste regulatsioon. Seetõttu on pakkujal l bir akimata lepingutingimuste osas, kui need osutuvad ebamõistlikult kahjustavaks, võimalik hiljem tugineda ebamõistlikult kahjustava t u ptingimuse tühisusele.¹⁸² Erandina ei peeta aga t u ptingimust ebamõistlikult kahjustavaks V S § 42 lõike 2 kohaselt, kui tingimus puudutab lepingu põhilist eset või hinna ja üleantu v artuse suhet /../. Seega tekib küsimus, kas olukorras, kus hankelepingu täitmise faasis ilmneb hankelepingus õigusvastane kohustuslik tingimus, mille täitmine on võimatu või vastuolus siseriiklike õigusaktidega, saab sellist tingimust lugeda t hiseks ebamõistlikult kahjustava t u ptingimuste regulatsiooni alusel või välistab sellise võimaluse V S § 42 lõikes 2 toodud erand.

V S § 37 lõike 1 kohaselt on t u ptingimus lepingu osaks, kui tingimuse kasutaja enne lepingu sõlmimist või sõlmimise ajal neile kui lepinguosale selgelt viitas ja teisel lepingupoolel oli võimalus nende sisust teada saada. RHS § 31 lõike 2 p 3 kohaselt peavad hankedokumentides sisalduma muuhulgas kõik tulevased lepingutingimused või hankelepingu projekt, mistõttu on kõigil hankemenetlusest osavõtjatel olnud selgelt võimalik hankemenetluse jooksul tulevaste hankelepingu tingimustega tutvuda ning neist lähtudes koostada oma pakkumus.

Lepingutingimuse tühisuse üle otsustamisel tuleb lähtuda V S § 42 sätestatust. Antud sätte lõike 1 kohaselt on t u ptingimus tühine, kui see lepingu olemust, sisu, sõlmimise viisi, lepingupoolte huvisid ja teisi olulisi asjaolusid arvestades kahjustab teist lepingupoolt ebamõistlikult, eelkõige siis, kui t u ptingimusega on lepingust tulenevate kohustuste tasakaalu teise lepingupoole kahjuks oluliselt rikutud. Ebam istlikku kahjustamist eeldatakse, kui t u ptingimusega kaldutakse kõrvale seaduse olulisest põhimõttest või kui t u ptingimus piirab teise lepingupoole olemusest tulenevaid õiguseid ja kohustusi selliselt, et lepingu eesmärgi saavutamine muutub küsitavaks. V S § 42 lõikes 3 sätestatud loetelu puhul eeldatakse igal juhul t u ptingimuste ebamõistlikku kahjustamist. Muude tingimuste korral tuleb pooltel analüüsida V S § 42 lõikes 1 sisalduvaid asjaolusid.

¹⁸² M. A. Simovart (viide 20), lk 36.

Eelmises lõigus kirjeldatud sisukontroll tuleb läbida ka otsustamaks, kas õigusvastane hankelepingu tingimus on ebamõistlikult kahjustav ning seetõttu tüüptingimuste regulatsiooni alusel tühine. Kontrolli teostamisel tuleb seega esmalt vaadelda, kas tingimus on keelatud tingimuste loetelus ning seejärel kaaluda, kas tingimus on vastuolus heade kommetega või sellise tingimuse sätestamisega on oluliselt rikutud seadust või kas tingimuse ebamõistlikkus tuleneb VÕS § 42 lõikes 1 esimeses lauses kirjeldatud asjaolusid arvesse võttes.¹⁸³ Õiguskirjanduses on kirjeldatud, et riigihankelepingu puhul tuleb tingimuse ebamõistlikkuse selgitamisel arvesse võtta hanke eesmärgid ning hankija üldisi kohustusi, mis tulenevad riigihankeõigusest.¹⁸⁴

Eelkirjeldatust tulenevalt tuleb õigusvastase tingimuse puhul kaaluda poolte huve ja teha kindlaks ebamõistliku kahjustamise konkreetsed väljundid, mis oleksid tingimuse kehtivuse korral oluliselt kahjustunud. Hankelepingu tingimuste korral, mille õigusvastasus takistab selgelt lepingu täitjal lepingu nõuetekohast täitmist saavutada tuleks autori hinnangul selliseid tingimusi pidada igal juhul ebamõistlikul kahjustavateks tüüptingimusteks, kui selliseid tingimusi ei ole eraldi hankemenetluse jooksul läbi räägitud. Lisaks ei ole õigusvastane lepingutingimus kooskõlas lepingu olemuse, sisu ja lepingupoolte huvidega, sest takistab selgelt hankelepingu eesmärgi saavutamist.

Siiski võib olukorras, kus õigusvastase hanketingimuse puhul on tuvastatud selle ebamõistlik kahjustavus, tüüptingimuste regulatsioonile tuginemise välistada VÕS § 42 lõikes 2 sätestatud erand. VÕS § 42 lõike 2 kohaselt, kui tingimus puudutab lepingu põhilist eset või hinna ja üleantu väärtuse suhet, ei vaadelda tüüptingimust ebamõistlikult kahjustavana. Sätte kohaselt ei allu põhilised lepingulised kohustused ning hinda määravad tingimused mõistlikkuse osas sisukontrollile. Kontrollivorm kehtib ka majandus- ja kutsetegevuses osalejate lepingutes kasutatud tüüptingimuste suhtes.¹⁸⁵ Eeltoodud VÕS säte on üle võetud direktiivi 93/13/EMÜ artiklist 4 lõikest 2, mille kohaselt välistatakse ebaõigluse kontrollist lepingu põhiobjektiga seotud tingimused, kui need on koostatud lihtsas ja arusaadavas keeles. Sätte sisuliseks eesmärgiks on tagada poolte privaatautonomia põhimõttest tulenev otsustusvabadus ja vabal hinnakujundusel ning vabal konkurentsil põhinev toimiv turg.¹⁸⁶ Lihtsuse ja arusaadavuse kriteerium, mida ei ole kirjeldatud võlaõigusseaduses, tuleneb direktiivi 93/13/EMÜ artiklist

¹⁸³ P. Varul jt. (viide 162), lk 149.

¹⁸⁴ M. A. Simovart (viide 20), lk 36.

¹⁸⁵ TlnRnKo 05.11.2013, 2-12-39714; Varul jt. (viide 162), lk 148.

¹⁸⁶ Kohtujurist Verica Trstenjak 29. oktoobri 2009 a. ettepanek kohtuasjas C-484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios* p 62.

5, mille kohaselt peavad kõik kirjalikult pakutavad tingimused olema koostatud lihtsas ja arusaadavas keeles. VÕS § 37 lõike 3 kohaselt ei loeta siiski lepingu osaks tüüptingimust, mille sisu, väljendusviis või esituslaad on niivõrd ebatavaline või arusaamatu, et teine lepingupool ei võinud selle tingimuse olemasolu lepingus mõistlikkuse põhimõttest lähtudes oodata või seda tingimust olulise pingutuseta mõista.

Eesti kohtupraktikas ei ole esinenud riigihangetega seotud vaidlustusi, kus oleks tuginetud VÕS § 42 lõikele 2. Samuti puuduvad sisulisemad vaidlused osas, kus kohtud oleksid avanud põhilise lepingueseme mõiste sisu. Vaidlused Eesti kohtuastmetes, milles on tuginetud VÕS § 42 lõike 2 erandile seonduvad enamjaolt kindlustus ja maakleri lepingutega. Näiteks on Riigikohus kohaldanud VÕS § 42 lg 2 sätestatud erandit krediitlepingule, milles on sätestatud intressi kui tasu suurus krediidi eest, kuna see puudutas Riigikohtu hinnangul nii lepingu põhieset kui ka hinna ja üleantu väärtuse suhet.¹⁸⁷ Samuti on Riigikohus leidnud, et ebamõistlikult kahjustava tüüptingimusena ei tuleks vaadelda kindlustusriski „Täiskaitse TCT“, sest kindlustusriskide määratlemine on üheks oluliseks teguriks kindlustusmaksete suuruse kujunemisel ja puudutab seega kindlustusriskide määratlemisel vähemalt üldjuhul hinna ja üleantu väärtuse suhet.¹⁸⁸ Vaid ühel korral on Riigikohus õrnalt kumbranud põhilise lepingueseme mõiste sisulisi tingimusi. Nimelt leidis Riigikohtu tsiviilkolleegium lahendis 3-2-1-123-13, et maaklerilepingu p-s 4.1¹⁸⁹ reguleeritakse tasu maksmise otsesid eeldusi, millal tuleb kostjal hagejale maakleritasu maksta. See puudutab lepingu põhilist eset, st millal kostja peab tegema hagejale vastusoorituse hageja soorituse eest.¹⁹⁰ Käesolevast punktist toodud seisukohta on töö autori hinnangul võimalik tõlgendada selliselt, et põhilise eseme üle otsustamisel tuleb analüüsida, millised on poolte sellised omavahelised sooritused, mis viivad lepingu kohase täitmiseni.

Ka riigihangete alases õiguskirjanduses ei ole teemat oluliselt käsitletud. M. A. Simovart on VÕS § 42 lõike 2 kontekstis kirjeldanud, et „ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimustega ei ole tegemist näiteks linnatänavate lumest puhastamiseks sõlmitud hankelepingu puhul, kui vaidlusalune tüüptingimus puudutab nõutavat puhastamise taset või sagedust. Kuna puhastamise tase puudutab otseselt vaid lepingu põhilist eset (tänavate lumest puhastamine)

¹⁸⁷ RKTkm 12.11.2014, 3-2-1-108-14 p 18.

¹⁸⁸ RKTko 19.03.2015, 3-2-1-152-14 p 11.

¹⁸⁹ Lepingu punkti kohaselt tuli kliendil vahendajale maksta vahendustasu, kui vahendaja on esitlenud kliendile vara ning vara omanik sõlmib kliendiga vara kohta asjaõiguslepingu maaklerilepingu kehtivuse ajal või 12 kuu jooksul pärast maaklerilepingu lõppemist.

¹⁹⁰ RKTko 13.11.2013, 3-2-1-123-13 p 19-20.

ning hinna ja väärtuse suhet (kui sageli peab puhastama lepingu hinna eest), ei saa seda tõenäoliselt pidada töövõtjat ebamõistlikul kahjustavaks tingimuseks.¹⁹¹

Põhilise lepingueseme mõistmise tingimusi on avanud Euroopa Kohus mitmetes lahendites. Lahendis *Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurance SA* selgitas kohus, et direktiivi 93/13/EMÜ artikli 4 lõikest 2 ettenähtud erandit ebaõiglaste tingimuste sisulisest kontrollist tuleb tõlgendada kitsalt. Kohus selgitas, et lepingutingimusi, mis kuuluvad „lepingu põhiobjekti“ mõiste alla direktiivi 93/13 artikli 4 lõike 2 tähenduses, tuleb mõista tingimustena, mis määravad kindlaks lepingukohased põhisooritused ja mis lepingut sellisena iseloomustavad. Lepingutingimuse hindamisel tuleb arvestada lepingu laadi, üldist ülesehitust ja tingimusi kogumis ning lepingu juriidilist ja faktilist konteksti, mille kaudu tuleb sisuliselt kindlaks teha, millises ulatuses kehtestab lepingutingimus põhielemendi lepingulises tervikus.¹⁹² Sealjuures on Euroopa Kohus leidnud ka, et tingimused, millel on lepingulise suhte enda laadi määratlevate tingimustega võrreldes täiendav iseloom, ei saa kuuluda „lepingu põhiobjekti“ mõiste alla.¹⁹³ Samas on Euroopa Kohus täpsustanud, et direktiivist 93/13 tulenevat lepingutingimuste läbipaistvuse nõuet ei saa taandada pelgalt tingimuste arusaadavusele formaalses ja grammatilises mõttes. Lahendist *Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurance SA* tuleneb seisukoht, et tingimus on koostatud lihtsas ja arusaadavas keeles siis, kui lisaks sellele, et see on tarbija jaoks grammatilises mõttes arusaadav, on lepingus läbipaistvalt kajastatud asjaomases tingimuses kajastatud mehhanismi konkreetset toimimist ning selle mehhanismi ja muudest tingimustest ette nähtud mehhanism vahelist seost, nii, et tarbijal on võimalik täpsete ja arusaadavate kriteeriumite põhjal hinnata talle sellest tingimusest tulenevaid majanduslikke tagajärgi ning otsustada, kas ta end ettenähtud tingimustel soovib siduda.¹⁹⁴

Hankemenetluses on hankijal kohustus sätestada kõik hanketingimused hanke alusdokumentides selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt ning avaldada kogu alusdokumentatsioon hankemenetluse alustamisel, siis ei tohiks hankemenetluses tekkida sisulist probleemi selguse ja arusaadavuse osas. Lisaks on kõigil potentsiaalsetel pakkujatel RHS § 56 lg 1 alusel õigus küsida täiendavad selgitusi olukorras, kus hankedokumentides sätestatud nõuded jäävad pakkujatele ebaselgeks. Samuti on pakkujatel hankemenetluse käigus õigus ebaselgeid

¹⁹¹ M. A. Simovart (viide 20), lk 36.

¹⁹² EKO 23.04.2015, C-96/14, p *Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurance SA*, p 21, 33, 37, 38.

¹⁹³ EKO 26.02.2015, C-143/13 *Bodan Matei, Ioana ofelia Matei vs SC volksbank Romania SA* p 54.

¹⁹⁴ *Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurance SA* p 50.

tingimusi vaidlustada. Sel põhjusel tuleb õigusvastaste kohustuslike lepingutingimuste korral vaadelda, kas need on seotud lepingueseme põhisooritusega.

Kuivõrd riigihankeõiguses ei määratleta hankelepingu eset ainuüksi faktilise objekti kaudu, vaid üldjuhul esitatakse eseme sisuliste omaduste kirjeldus tehnilise kirjeldusena, mis sätestab endas nii hankelepingu eseme, selle tunnused kui ka mahu. Ka direktiivi 93/13/EMÜ artikli 4 lõike 2 kohaselt tuleb tüüptingimuste regulatsiooni erandi kasutamiseks määrata kindlaks lepingukohased põhisooritused, mis lepingut sellisena iseloomustavad ning ulatust millisena lepingutingimus põhielemendina on lepingulises tervikus.

Eeltoodust tulenevalt võib järeldada, et õigusvastased kohustuslikud lepingutingimused, mis iseloomustavad selgelt põhisooritust nagu näiteks projekteerimistingimused, mille alusel tuleb ehitustööd teostada, olles osa tehnilisest kirjelduses; hankelepinguga sõlmitud teenuse pakkumist hankedokumentides ettenähtud masinatega aga ka näiteks kaevandamistöodeks vajalike kaevelubade saamine, millest on otseses sõltuvuses hankelepingu esemeks olevate tööd teostamine, ei allu tüüptingimuste ebamõistlikkuse kontrollile ka olukorras, kus need on õigusvastased. Sealjuures tuleb kõrvaltingimuseks pidada näiteks tööde teostamise tähtaega, mis on küll väga oluline hankelepingu tingimus, kuid ei määratle sealjuures lepingu põhieset. Samas võiks autori hinnangul pidada teatud juhtudel pidada siiski ka hooldustsükliks ettenähtu tähtaega hankelepingu põhieseme soorituseks, olukorras, kus hankelepingu eesmärgiks on kõrgest avalikust huvist tingitud tegevus – libedusetõrje teostamisel on selleks ohutuse tagamine teedel. Kindlasti võib hankelepingu põhisoorituse osas pidada kõrvaltingimuseks kohustust sõlmida ehitusperioodi ajaks kindlustus, millel on hankelepingu eseme osas täiendav iseloom.

Küll aga võib pidada autori hinnangul VÕS § 42 lg 1 alusel tühiseks sellist lepingutingimust, mis näeb ette töövõtjale leppetrahvid, mis on põhjustatud lepingu nõuetekohasest täitmata jätmisest. Olukorras, kus lepingu nõuetekohane täitmata jätmine on tingitud õigusvastasest tingimusest, mille lepingutingimuseks saamise kulgu on mõjutanud hankija hoolsuskohustuse rikkumine on selline tingimus teise poole suhtes selgelt ebamõistlikult kahjustav. Ka M. A. Simovart on selgitanud, et „hanketingimused ei tohi kaitsta hankija huve teise poole põhjendamatu kahjustamise arvel, samuti ei saa pidada mõistlikuks hankelepingu tingimusi, mis aktsepteerivad hankija hooletut käitumist. Vältimaks hankelepingu sõlmimist teist poolt ebamõistlikult kahjustavatel tingimustel, peab hankija kaaluma hanke esmase ja teiseseid

eesmärke ning arvestama ka teise poole mõistlike ootustega.¹⁹⁵ Igal juhul on ebamõistlike tingimuste rakendamine hankija suhtes selgelt ebaaus.¹⁹⁶

Peatükis selgitati, et õigusvastane hankelepingu tingimus võib olla ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus, kui sellele ei kohaldu VÕS § 42 lõikes 2 sätestatud erand. Kuidas selline olukord mõjub aga hankelepingu kehtivusele? Olukorras, kus tuvastatakse õigusvastase hanketingimuse ebamõistlikkus VÕS § 42 lg 1 alusel, kehtib leping edasi VÕS § 41 alusel ilma õigusvastase tingimusest v.a, kui tingimuse kasutaja ei tõenda, et ta ei oleks lepingut ilma tühise tüüptingimusest sõlminud. Tühiste tingimuste osas kohaldatakse seaduse dispositiivseid norme või nende puudumisel kohaldatakse analoogia alusel sarnaseid lepingutingimusi või laiendatakse lepingut VÕS § 6 sätestatud hea usu põhimõtte alusel.¹⁹⁷

Olukorras, kus aga õigusvastase tingimuse ebamõistlikkuse sisukontrolli välistab VÕS 42 lõige 2 tuleks pooltel leping lõpetada. VÕS § 108 lg 2 p 1 kohaselt ei või võlausaldaja nõuda kohustuse täitmist, kui kohustuse täitmine on võimatu. Kuivõrd võimatus ei lõpeta kohustust¹⁹⁸ on pooltel võimalik esmajoones leping lõpetada VÕS § 186 p 4 alusel lepingu lõpetamisega poolte kokkuleppel. Olukorras, kus üks pooltest aga kokkuleppel lepingu lõpetamisega ei nõustu on teisel poolel võimalik lepingu lõpetamine ka teise poole lepingust taganemise¹⁹⁹ või lepingu ülesütlemise²⁰⁰ avalduse esitamisega.

Eeltoodust saab kokkuvõtvalt järeldada, et tüüptingimuste regulatsioon kohaldub kõigile hankelepingu tingimustele, mis ei ole poolte vahel eraldi läbi räägitud või mille sisu kujunemist ei ole pakkuja muul viisil mõjutanud. Tüüptingimuse tühisusele tuginemiseks peab aga esmalt analüüsima, kas hankelepingus sätestatud tingimus on ebamõistlikult kahjustav. Tüüptingimuse ebamõistliku kahjustamist eeldatakse tingimuste puhul, mis on sätestatud VÕS § 42 lõikes 3. Muudel juhtudel tuleb tingimuse ebamõistlikkuse analüüsimisel võtta arvesse VÕS § 42 lõikes 1 sätestatud nõudeid. Kuna õigusvastaseid tingimusi sisaldavad hankelepingu nõuetekohane täitmine on üldjuhul võimatu, ei saa kahelda tingimuste ebamõistlikus kahjustamisest, sest takistavad hankelepingu eesmärgi saavutamist. Sellisel juhul kehtib leping edasi ilma tühise tüüptingimusest. Küll aga võib õigusvastaste tingimuste

¹⁹⁵ M. A. Simovart (viide 20), lk 36.

¹⁹⁶ M. A. Simovart (viide 20), lk 36.

¹⁹⁷ P. Varul jt. (viide 162), lk 144.

¹⁹⁸ P. Varul jt. (viide 162), lk 349.

¹⁹⁹ VÕS § 186 p 5; § 188 jj.

²⁰⁰ VÕS § 186 p 6; § 195 jj.

osas rakendada eriregulatsioon, mille alusel tüüptingimust ei vaadelda ebamõistlikult kahjustavana, kui see puudutab lepingu põhilist eset või hinna ja üleantu väärtuse suhet. Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt puudutavad põhilist eset lepingukohased põhisooritused, mis lepingut sellisena iseloomustavad ning millel on oluline osa põhielemendina lepingulises tervikus. Sellises olukorras, kus õigusvastase tingimuse ebamõistlikkuse sisukontrolli välistab VÕS § 42 lõige 2, ei ole hankijal õigus nõuda lepingu täitmist VÕS § 108 lg 2 p 1 kohaselt ning pooltel on võimalik leping lõpetada kas kokkuleppeliselt või muudel VÕS § 184 sätestatud alustel.

2.2. Õigusvastaseid tingimusi sisaldava hankelepingu tühisus vastuolu tõttu seadusest tuleneva keeluga

Töö varasemates peatükkides selgitati, et õigusvastase hankelepingu tingimuse muutmine olenemata sellise tingimuse nõuetekohase täitmise objektiivsest või faktilisest võimatusest ei ole lubatud, kui tingimuse puhul on tegemist olulise lepingutingimusega. Kuigi hankelepingutele kohaldub tüüptingimuste regulatsioon, ei ole olukordades, kus hankelepingu tingimus on seotud hankelepingu eseme põhisooritusega, tüüptingimuse tühisusele tuginemine võimalik. Tehingu tegemisel on aga isikute tahe üldjuhul suunatud sellele, et tehing kehtiks ning selle kaudu oleks võimalik saavutada soovitud õiguslikke tagajärgi.²⁰¹ Olukorras, kus aga hankelepingu nõuetekohane täitmine on kohustusliku õigusvastase hanketingimuse tõttu selgelt takistatud on hankelepingu kehtivuse lõpetamise ühe võimalusena analüüsida, kas õigusvastaseid tingimusi sisaldavale hankelepingule kohaldub seadusest tuleneva keeluga vastuolus oleva tehingu tühisus. Tehingu kehtivuse üle otsustamisel tuleb analüüsida, kas esinev puudus on tehingu tühisust tingivaks asjaoluks ning kui jah, siis on tühine kogu tehing.²⁰²

TsÜS § 87 sätestab aluse seadusega vastuolus olevaks tehinguks, mille kohaselt seadusest tuleneva keeluga vastuolus olev tehing on tühine, kui keelu mõtteks on keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus, eelkõige juhul, kui seaduses on sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saabuda. Õiguskirjanduses on TsÜS §-i 87 peetud lepingu sisu vabaduse piiranguks, mis keelab teatud sorti tehingute tegemise. Keeld võib seaduses olla väljendatud kahel viisil, kas (a) sõnaselgelt, ehk keeld on otseselt väljendatud seaduse tekstis või (b) keeluna sätte olemusest tulenevalt. TsÜS § 87 on kohaldatav juhul, kui seaduses on keeld küll sätestatud, kuid samas ei ole sätestatud tagajärge, mida selle keelu rikkumine endaga kaasa toob. Keeld tuleneb sätte olemusest ning iseloomust (imperatiivsus või dispositiivsus), millega seadusandja on avaldanud tahet teatud tüüpi tehingu ära hoidmiseks, ilma et keeldu ennast otseselt väljendatud oleks.²⁰³ Seega tuleb selgitada välja, kas seadusandja sooviks oli, et keelu rikkumisele järgneks tehingu tühisus või mingi muu tagajärg.²⁰⁴ Sellise seadusest tulenev keeld sisaldub näiteks VÕS § 155 lõikes 1, mille kohaselt võib majandus- või kutsetegevuses isik (garantii andja) võtta lepinguga võlausaldaja suhtes kohustuse (garantii), et täita

²⁰¹ P. Varul. Tühine tehing. – Juridica 2011 nr 1, lk 44.

²⁰² P. Varul, lk 44.

²⁰³ P. Varul, lk 39-41.

²⁰⁴ P. Varul jt (viide 92), lk 282-283.

võlausaldaja nõudel garantiist tulenevat kohustust. Sättest tuleneb seega, et olukorras, kus garantiilepingu sõlmimine ei ole seostatav isiku majandus- või kutsetegevusega on VÕS § 155 lõike 1 alusel sõlmitud leping tühine TsÜS § 87 alusel, sest sättest tuleneb selge keeld mitte sõlmida garantiilepinguid väljaspool majandus- või kutsetegevust.²⁰⁵ Siiski ei pruugi tehing olla tühine näiteks juhul, kui keelava seaduse eesmärgiks ei ole õigussuhte enda reguleerimine, vaid sellega tahetakse üksnes takistada mingit käitumist ja selleks on olemas vajalik mehhanism.²⁰⁶

Riigikohus on tehingu tühisust TsÜS § 87 alusel tuvastanud korduvalt. Lahendis 3-2-1-100-08 leidis kohus, et avalik-õigusliku asutuse poolt antud haldusakt, mis sätestab kinnisasja avaliku enampakkumisel võõrandamise korra võib olla aluseks müügilepingu tühisusele TsÜS § 87 alusel. Sellises olukorras, kui müügilepingu sõlmimisega on rikutud avaliku enampakkumisel võõrandamise korda, kui õigustloova akti sätteid, mida ühtlasi loetakse haldusaktiks, siis on õigustloova akti sätete keelu mõtteks keelu rikkumise korral tuua kaasa tehingu tühisus, eelkõige juhul, kui seaduses on sätestatud, et teatud tagajärg ei tohi saabuda.²⁰⁷ Niisamuti on kohtud leidnud, et tühine on laenuleping laenuühistu ja selle juhatuse liikme alusel äriseadustiku § 159 lg 1 p 4 järgi²⁰⁸ ning ka korteriomanike üldkoosoleku otsus, mille vastuvõtmisel korteriomandiseaduse § 19 lg 2 alusel ei osalenud üle poole kinnistusraamatusse kantud kaasomandiosadest.²⁰⁹

Lisaks siseriiklikele seaduse alustele on Riigikohus leidnud, et TsÜS § 87 alusel on võimalik tühisus tuvastada ka olukorras, kus rikutud on Euroopa Liidu õigusaktide nõuded. Lahendis 3-2-1-41-15 analüüsis Riigikohus võrguteenuste tasude arvutamise meetoodika kehtestamist ilma eelneva Konkurentsiameti kooskõlastuseta elektrituruseaduses sätestatud alustel. Kohus selgitas, et Euroopa parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2009/72/EÜ preambuli punkt 51 kohaselt peaksid direktiivi keskmes olema tarbijate huvid ning elektriettevõtjate keskseks kohustuseks peaks olema teenuse kvaliteet. Tarbijakaitse peaks tagama, et kõik tarbijad laiemas ühenduse mastaabis saavad kasu konkurentsile rajatud turust. Tarbijakaitse tagamise peaks kindlustama liikmesriigid. Sama direktiivi preambuli punkt 45 kohaselt peaksid liikmesriigid tagama, et kodutarbijatele ja, kui liikmesriigid seda vajalikuks peavad, väikestele ettevõtetele oleks tagatud elektri tarnimine kindlaksmääratud kvaliteediga ja selgelt

²⁰⁵ RKTko 5.11.2008, 3-2-1-89-08, p 12.

²⁰⁶ RKTko 30.10.2013, 3-2-1-106-13 p 21.

²⁰⁷ RKEK 27.10.2009, 3-2-1-100-08, p 23.

²⁰⁸ TrtRnKo 25.06.2015, 2-11-17573, p 7.

²⁰⁹ TlnRnKo 15.10.2015, 2-15-2414 p 46.

võrreldavate, läbipaistvate ning mõistlike hindadega. Seega lähtudes Euroopa Liidu ühtse elektrienergia siseturu eesmärkidest tulenevalt leidis kohus, et võrgutasude kooskõlastamise eesmärk tagada tarbijatele mõistlikud ning läbipaistvad hinnad, mistõttu on regulatsiooni eesmärgiga vastuolus olukord, kus ettevõtjal on võimalik ühepoolselt kindlaks määrata võrguteenuse tarbijale osutatava teenuse hind ning sel põhjusel on seadusjärgsest hinnast kõrgema teenuse hinna kohaldamine TsÜS § 87 järgi tühine, kui seda ei ole Konkurentsiametiga kooskõlastatud.²¹⁰

Sarnaselt eeltoodud näidetele on Riigikohus analüüsinud TsÜS § 87 rakendamise võimalikkust ka riigihankemenetluse käigus. Lahendis 3-3-1-66-10 on Riigikohus selgitanud, et RHS § 17 lg 4 kohaselt tuleb teenuse kontsessiooni andmisel lähtuda RHS §-s 3 sätestatud põhimõtetest. Kolleegium leidis, et nimetatud sätete kohaselt ei tohi kontsessiooni anda, kui järgitud ei ole RHS § 3 põhimõtteid, mis tulenevad Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtetest (eeskätt artiklitest 43 ja 49, mis on vastavuses ELTL artiklitega 49 ja 56), eelkõige asutamisvabaduse, teenuse osutamise vabaduse, mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtted, mistõttu on keelatud sõlmida otselepinguid 49 aastaks. Kolleegium hinnangul on sellise keelu mõtteks tuua kaasa keelu rikkumisega sõlmitud vaidlustatud lepingu tühisus, seda eriti olukorras, kus kõnealuse lepingu sõlmimine omab mõju ka konkurentsile ning kolmandatele isikutele.²¹¹

Ka hilisemalt on Riigikohus jaatanud TsÜS § 87 võimalikku rakendamist riigihankemenetluses selgitades lahendis 3-3-1-39-12, 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 /.../ 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.“²¹²

²¹⁰ RKTko 29.04.2015, 3-2-1-41-15, p 12-13.

²¹¹ RKHko 27.10.2010, 3-3-1-66-10, p 18-19. Käesolevas kohtuvaidluses andis Torma vald eraõiguslikule juriidilisele isikule 49 aastaks kinnistu kasutusõiguse (prügila) ilma riigihanget läbi viimata, mis piirab kohtu hinnangul konkurentsi ja võrdset kohtlemist on vastuolus asutamislepingu artiklitega.

²¹² RKHko 5.11.2012, 3-3-1-39-12, p 24.

Eeltoodust nähtub selgelt, et TsÜS § 87 rakendamise osas levib praktikas kaks tõlgendusviisi. Kuid kas eelkirjeldatud tõlgendusviisidest tulenevalt on võimalik TsÜS § 87 tühisuse tuvastamine ka hankelepingu puhul, mis sisaldab õigusvastaseid tingimusi?

Üks võimalus tühisuse tuvastamiseks TsÜS § 87 alusel on analüüsida igakordselt, kas õigusvastase tingimuse, mis on sätestatud mõne siseriikliku seaduse alusel, eesmärgiks on tuua kaasa keelu rikkumisega sõlmitud vaidlustatud lepingu tühisus. Selliseid juhuseid esineb autori hinnangul aga pigem harvem. Eelmistes peatükkidest toodud näidete põhjal võib selliseks ehk olla olukord hankes, mis sisaldas endas seadusevastast ehitusprojekti. Hetkel kehtiva majandus- ja taristuministri 17.07.2015 määrusega nr 97 „Nõuded ehitusprojektile“²¹³, § 2 lõike 2 kohaselt eeldatakse, et ehitusprojektile, sealhulgas selle staadiumitele ning ehitusprojektiiga seonduvale dokumendile esitatavad nõuded on täidetud, kui ehitusprojekti koostamisel on järgitud ehitusseadustikus ja käesolevas määruses sätestatud põhimõtteid ning see sisaldab hoone korral vähemalt kehtivas Eesti standardis EVS 811 ja rajatise korral kehtivas Eesti standardis EVS 907 nõutavat teavet või sellega samaväärset teavet. Ehitusseadustiku²¹⁴ (EhS) § 13 lg 1 kohaselt peab ehitusprojekt olema selline, et selle kohaselt ehitatav ehitis vastaks nõuetele/./.. Sama sätte lõike 3 kohaselt kehtestab ehitusprojektile esitatavad nõuded valdkonna eest vastutav minister. EhS § 42 lõike 1 kohaselt antakse ehitisluba, kui ehitusprojekt vastab õigusaktides sätestatud nõuetele /.../. EhS § 38 lõike 1 kohaselt annab ehitisluba õiguse ehitada ehitist, mis vastab ehitusloa andmise aluseks olevale ehitusprojektile.

Eeltoodud sätetest võiks järeldada, et olukorras, kus ehitusprojekt ei vasta määruses sätestatud nõuetele, ei tohiks nõuetele mittevastavale ehitusprojektile olla väljastatud ehitisluba, mille alusel võib ehitustöid alustada. Autori hinnangul võiks eeltoodust tuletada, et seadusega on vastuolus tehing, mis võimaldab ehitamise nõuetele mittevastava ehitusprojekti ning ebaõigetel alustel väljastatud ehitusloa alusel.

Kui aga analüüsida seadusest tulenevat keeldu RHS-st tulenevalt, siis kui lähtuda tühisuse tuvastamisel TsÜS § 87 grammatilisest tõlgendamisest, mille kohaselt peab seadus sisaldama selget keeldu tehingu tegemiseks, tuleks TsÜS § 87 rakendamise võimalust pigem eitada. Kuigi RHS § 3 sätestab hankijale kohustuse järgida riigihanke korraldamisel riigihankeõiguse

²¹³ Majandus- ja taristuministri 17.07.2015 määrus nr 97 „nõuded ehitusprojektile“. – RT I, 18.07.2015, 7.

²¹⁴ Ehitusseadustik. – RT I, 30.12.2015, 11.

üldpõhimõtteid, ei tulene seadusest, et riigihankeõiguse üldpõhimõtete järgimata jätmisel toob see kaasa tehingu tühisuse. Seevastu sätestab RHS § 4 lg 2, et seaduses sätestatud nõuete järgimata jätmise ei mõjuta hankelepingu kehtivust, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti.

RHS-s sätestatule vaatamata on aga Riigikohus tõlgendanud TsÜS § 87 rakendamise võimalikkust oluliselt laiemalt leides, et seadusega vastuolus olevaks tehinguks on ka olukord, kus hankemenetluse läbiviimisel on oluliselt rikutud ELTL artikleid 49 ja 56 ning nendel põhinevat RHS § 3. Töö peatükis 1.2 selgitas autor, et hankijal on kohustus hankedokumentide koostamisel lähtuda ka riigihankeõiguse üldpõhimõtetest tulenevatest nõuetest. Antud peatükis selgitati ka M. A. Simovart'i seisukohta, mille kohaselt hankelepingu tingimuste ebamõistlikkus võib olla asjaoluks, mis tingib vastuolu riigihangete üldpõhimõtetega. See tähendab, et vaidlustuskomisjon võib hankelepingu ebamõistliku tingimuse lugeda riigihangete seadusega vastuolus olevaks, kui ebamõistlikkus takistab hanke avamist konkurentsile, tekitab isikute ebavõrdset kohtlemist või on vastuolus hanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse nõuetega.²¹⁵ Õigusvastane tingimus võib aga tuua kaasa ka kolmanda isiku õiguste rikkumise. ELTL põhimõtete rikkumise võimaliku tagajärjena õigusvastase hanketingimuse puhul on S. Arrowsmith toonud näite, et olukorras, kus hanketingimustega nõutakse teatud patenti ning hiljem selgub, et see viide oli ebaseaduslik, võib see tekitada olukorra, kus pakkujad (ka piiriülesed), kes tutvusid hanketeatega, kuid ei küsinud hankedokumente ega esitanud pakkumust, sest nad leidsid, et ei suuda pakkuda soovitud eset soovitud tingimustel, kuid oleksid kindlasti esitanud pakkumuse, kui õigusvastast tingimust ei oleks sisaldanud esialgsetes alusdokumentides.²¹⁶ Selline olukord on aga selgelt vastuolus ELTL artiklist 56 tuleneva teenuse osutamise vabaduse ja mittediskrimineerimise põhimõttega. Samuti võis tingimus mõjutada suure tõenäosusega hankemenetluse lõpptulemust ehk edukaks osutunud pakkuja lõplikku väljavalimist.²¹⁷ Seega toob hankelepingu tingimuste ebamõistlikkus selgelt vastuolu riigihanke üldpõhimõtetega, mille aluseks on ELTL põhimõtted ning selline õigusvastane tingimus tuleb lugeda riigihangete seadusega vastuolus olevaks.²¹⁸

Eeltoodust tulenevalt tuleb järeldada, et kuivõrd õigusvastast hanketingimust sisaldav hankeleping on igal juhul koostatud vastuolus hankeõiguse üldpõhimõtetega ja seetõttu

²¹⁵ M. A. Simovart (viide 58), lk 89.

²¹⁶ Arrowsmith (viide 43), lk 128.

²¹⁷ 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. – P.P.L.R. 2007, 6, lk 379.

²¹⁸ M. A. Simovart (viide 58), lk 89.

vastuolus ka ELTL põhimõtetele on hankelepingu pooltel võimalik tugineda hankelepingu kehtivuse lõpetamisel ka tehingu tühisusele TsÜS § 87, mille rakendamise võimalusi on oluliselt laiendanud Riigikohus praktikas.

2.3. Pakkuja hoolsuskohustuse ulatus pakkumuse esitamise eelselt

Eelnevates peatükkides tuvastati, et õigusvastane hanketingimus on ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus ja seetõttu tühine olukorras, kus see ei ole seotud hankelepingu põhieseme sooritusega. Lisaks tuvastati, et õigusvastast hanketingimust sisaldava hankelepingu puhul on tegemist tühise tehinguga TsÜS § 87 alusel, kuivõrd õigusvastastel tingimustel sõlmitud leping on vastuolus ELTL aluspõhimõtete ja sellest tulenevate riigihankeõiguse üldpõhimõtetega. Siiski kerkib õiguskaitsevahendite rakendamise puhul ülesse küsimus, kas pakkuja hoolsuskohustus võib mõjutada pakkuja õigust eraõigusest tulenevate õiguskaitsevahendite tuginemisele, kui on selge, et tingimuse õigusvastasuse oleks pidanud piisavalt hoolas pakkuja tuvastama juba hankedokumentidega tutvudes. Seetõttu vaadeldakse alljärgnevalt pakkuja hoolsuskohustuse ulatust pakkumuse esitamise eelselt ning seejärel analüüsitakse, kas võimaliku hoolsuskohustuse rikkumise korral on pakkujal õigus tugineda eraõigusest tulenevatele õiguskaitsevahenditele.

RHS § 31 lg 2 p 8 kohaselt peab pakkuja pakkumust esitades kinnitama, et võtab üle kõik hanketeates ja hankedokumentides esitatud tingimused. Uue RHS eelnõu sätestab eraldi pakkumuse põhimõtted, milles on koondatud kehtivas RHS-s sisalduvad pakkumusega seotud sätted, muuhulgas ka seda, et pakkumuse esitamisega kinnitab pakkuja kõigi riigihanke alusdokumentides esitatud tingimuste ülevõtmist.²¹⁹ Antud sätteid ei ole seadusandja poolt sisustatud seaduse seletuskirjas, mistõttu ei ole selge, kas pakkumuse esitamisega peab pakkuja kinnitama seda, et pakkumuses esitatut on võimalik realselt nõutud kujul ellu viia või kinnitab pakkuja pakkumusega esitamisega üksnes asjaolu, et esitatud pakkumus sisaldab endas kõiki hankija poolt nõutud dokumente.

Ka vaidlustuskomisjoni praktikast käesolevas küsimuses selget seisukohta ei tulene, küll on aga vaidlustuskomisjon korduvalt selgitanud, et hoolsuskohustus pakkumuse vastavuse eest hanke alusdokumentidele saab lasuda vaid pakkujal endal ning olukorras, kus pakkuja seda teinud pole, langeb pakkujale ka ebakorrektsel pakkumuse esitamise riisiko.²²⁰ Vaidlustuses 101-15/159161 selgitas aga vaidlustuskomisjon, et RHS § 31 lg 2 p 8 tulenev kohustus kinnitada hanke alusdokumentides nõutut ei tõenda pakkumuse vastavust ühelegi konkreetsele hankedokumentides avaldatud tingimustele.²²¹

²¹⁹ Uue RHS eelnõu § 110.

²²⁰ VaKo 18.05.2015, 80-15/160904, p 11.4; 20.04.2015, 64-15/158120 p 13.4.

²²¹ VaKo 12.06.201, 101-15/159161, p 11.4 .

Autori hinnangul tuleks RHS § 31 lg 2 p 8 sisustamisel lähtuda analoogia korras VÕS-s sätestatud pooltevaheliste lepingueelsete läbirääkimiste instituudist ja sellest tulenevate kohustuste kaudu. Ka RHS reguleerib pakkumust kui tahteavaldust hankelepingu sõlmimiseks, mistõttu saab sellest tuletada, et olenemata asjaolust, et hankemenetlust reguleerib avalik õigus, on sellises menetluses pakkuja jaoks, kes tegutseb enda majandus- ja kutsetegevuses, tegemist tsiviilõiguslikule lepingule eelneva protsessiga.

Lepingueelsete läbirääkimiste instituuti reguleerib VÕS § 14, mille lõikest 1 tulenevalt lepingueelseid läbirääkimisi pidavad või lepingu sõlmimist muul viisil ette valmistavad isikud peavad mõistlikult arvestama üksteise huvide ja õigustega. Kui isikud esitavad üksteisele lepingu sõlmimise ettevalmistamise käigus andmeid, peavad need olema tõesed. Sama sätte lõike 2 kohaselt lepingueelseid läbirääkimisi pidav või muul viisil lepingu sõlmimist ettevalmistav isik peab teisele poolele teatama kõigist asjaoludest, mille vastu teisel poolel on lepingu eesmärki arvestades äratuntav oluline huvi.

Võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaandes on kirjeldatud, et läbirääkivatel pooltel on kohustus käituda teineteise suhtes ausalt ja õiglaselt, mis tuleneb hea usu põhimõttest (VÕS § 6).²²² Hea usu põhimõtet aga rakendatakse üldjoontes koos mõistlikkuse põhimõttega, mille kohaselt loetakse võlasuhtes mõistlikuks seda, mida samas olukorras heas usus tegutsevad isikud loeksid mõistlikuks, arvestades sealjuures võlasuhte olemust ja tehingu eesmärki, vastava tegevus- või kutseala tavaid ja praktikaid, samuti muid asjaolusid (VÕS § 7 lg 1 ja 2).

Riigikohus on lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevalt kohustust tõlgendanud järgmiselt: „VÕS § 14 lg 2 kohaldamisel tuleb arvestada sellega, kas ostja võinuks saada andmeid (mh avastada puudusi) temalt eeldatava hoolsusega üldiselt väliselt müügieset ja müüja esitatud andmeid üle vaadates ehk kas puudused, mida ostja oleks saanud ise avastada, olid varjatud puudused või mitte“.²²³ Kui sama analoogiat kohaldada küsimuses, kas pakkuja pidi pakkumuse tegemisel saama aru, et hanketingimustes sisaldub selline õigusvastane tingimus, mida hilisemalt ei ole võimalik nõuetekohaselt täita, tuleks autori hinnangul sellises olukorras jaatada pakkuja kui vastava majandus- ja kutsetegevuse esindaja kohustust olla hoolas ka tehingute läbirääkimiste etapis. Hoolsuskohustuse järgimine on aga eriti oluline olukorras, kus hankemenetluses on kõik tulevase hankelepingu tingimused tutvumiseks avaldatud.

²²² P. Varul jt (viide 162), lk 58.

²²³ RKTko 25.05.2015, 3-3-1-50-15, p 18.

Eelnevast tulenevalt peab töö autor seega pakkuja poolse hoolsuskohustuse rikkumiseks kindlasti olukorda, kus pakkuja ei vaidlusta hanketingimuste aluseks olevat standarditega vastuolus olevat projekti, mille alusel tuleb viia läbi hankes hangitavad ehitustööd. Ei ole tõenäoline, et ehitusettevõtja, kes tegutseb oma majandus- ja kutsetegevuses, ei ole teadlik ehitusprojektile kehtestatavatest nõuetest. Hoolsuskohustuse rikkumist on võimalik kindlasti jaatada ka olukorras, kus pakkuja kinnitab pakkumuses vesiehitusele koguriskivastuse kindlustuse sõlmimise nõustumist. Pakkuja, kes tegutseb majandus- ja kutsetegevuses vesiehitiste ehitamisega, on tõenäoliselt sõlminud kindlustusi ka varasemalt ning on sel põhjusel teadlik, millistel tingimustel vesiehitistele kindlustuslepingu sõlmimine on võimalik.

Siinkohal võib aga kerkida ülesse ka täiendav küsimus, kas hankija peaks tähelepanu õigusvastastele tingimustele juhtima ka olukorras, kus need otseselt tema õigusi ei riku, mistõttu puudub pakkujal sellekohase tingimuse vaidlustamise võimalus? Autori hinnangul olukorras, kus hanketingimus on õigusvastane, kuid ei riku hankest huvitatud isiku õigusi, ei saa isikule ette heita hoolsuskohustuse järgimata jätmist olukorras, kus pakkuja on suuteline õigusvastastel tingimustel sõlmitud hankelepingu täitma. Siinkohal tuleb silmas pidada, et pakkujad tegutsevad oma majandus- ja kutsetegevuses, mille eesmärgiks on tulu teenimine ning pakkujate hankemenetluses osalemise eesmärgiks ei ole konkurentsi suurendamine.

Lisaks olukorrale, kus pakkuja ei tutvu piisava hoolsusega hankedokumentidega, võib aga vaidlustamata jätmise olla tingitud ka pakkuja pahatahtlikust käitumisest. Selline olukord võib ennekõike olla tingitud kriitilisest ajaraamist, mille vaidlustamisega pikendamisel tõenäoliselt lepingut ei sõlmita. Lisaks võib esineda ka võimalust, kus pakkuja ei vaidlusta hanke alusdokumente põhjusel, et tema võimalused hankes edukaks tunnistamiseks on suured.

M. A. Simovart on pakkujate hoolsust kirjeldanud läbi eelduse, et eraõiguslikes suhetes olevad pooled viivad ennast kurssi lepingule kehtivate seadustega. Seetõttu on M. A. Simovart pidanud õigustatud eelduseks, et hankelepingut sõlmiv isik teab hanke aluspõhimõtteid ja üldreegleid, leides ka, et näiteks ebaseaduslike otselepingute sõlmimisel peaks teine pool hoomama ning järelutama pakkuja rasket hooletust, kui pool sellise tegutsemisega nõustub.²²⁴ Samas on M. A. Simovart tõmmanud hoolsuskohustuse piiri pisirikkumiste ja juriidiliste nüansside adumise vahele, mis hoolsuskohustuse täitmiseks ei ole

²²⁴ M.A. Simovart (viide 161), lk 119.

nõutavad.²²⁵ Sama seisukohaga nõustub töö autor, leides, et pakkuja hoolsuskohustuse ulatus peaks hõlmama vähemalt tehnilise kirjelduse õiguspärasusest arusaamist, kui see seotav pakkuja majandus- ja kutsetegevuse alaga.

Siiski kerkib ka küsimus, kas hoolsuskohustuse ulatust tuleks määrata teisiti, kui pakkuja küll vaidlustab õigusvastase tingimuse, kuid ei suuda õigusvastasust piisava objektiivsusega kirjeldada, mistõttu õigusvastasusele vaidleb vastu hankija ning vaidlustuskomisjon jätab vaidlustuse rahuldamata ning vaidlustuskomisjoni otsus jõustub RHS § 127 lg 5 alusel?

Sellises olukorras tuleb autori hinnangul arvesse võtta kahte asjaolu. Esiteks hankija põhjenduste ulatust ning teisena pakkuja põhjendusi, millest tingituna otsustas pakkuja mitte kasutada edasikaebamise võimalust. Kui pakkuja otsustab siiski pakkumuse esitada põhjusel, et mitte nurjata hankemenetlust olenemata õigusvastasest tingimusest, tuleks sellist pakkuja poolset käitumist pidada hoolsuskohustuse tahtlikuks rikkumisest. Kui aga pakkuja otsustab pakkumuse esitamisel lähtuda hankija-poolsetest põhjendustest, siis töö autori hinnangul tuleks hoolsuskohustuse rikkumist ka sellisel juhul pigem jaatada. Kuivõrd eeltoodu kohaselt tuleb pakkujal lähtuda pakkumuse esitamisel enda majandus- ja kutsetegevuses tulenevast arusaamast, siis autori hinnangul ei saa hankija kinnitada ühegi hanketingimuse osas reaalselt õiguspäraselt käitumist. Selline siseveendumus peab tulenema siiski pakkujast endast ning lepingu täitmise võimekust kinnitab pakkuja seega pakkumuse esitamisega.²²⁶

Lisaks püstitas töö autor käesolevas peatükis küsimuse, kas hankija hoolsuskohustuse rikkumine pakkumuse esitamisel võib välistada pakkuja õiguse tugineda eraõigusest tulenevatele õiguskaitsevahenditele? Autori hinnangul tuleks sellele küsimusele vastata eitavalt. M. A. Simovart on selgitanud, et „hanketingimused ei tohi kaitsta hankija huve teise poole põhjendamatu kahjustamise arvel, samuti ei saa pidada mõistlikuks hankelepingu tingimusi, mis aktsepteerivad hankija hooletut käitumist.“²²⁷ Kuigi näiteks TsÜS § 87 rakendamise osas on maakohus lahendis 3-15-1817 leidnud, et olukorras, kus hankedokument on õigusvastane põhjusel, et sellega rikutakse RHS § 3 põhimõtteid ning ELTL artikleid 49 ja 56, tuleb pakkujal vastav hankedokument vaidlustada aga hankemenetluses ning hilisemas etapis hankemenetluse aluseks olevate dokumentide juurde tagasi pöördumine ei ole kooskõlas tõhusa hankemenetlusega, mistõttu ei ole võimalik tugineda TsÜS § 87 tulenevale

²²⁵ M. A. Simovart (viide 161), lk 120.

²²⁶ TlnRnKo 01.06.2015, 3-14-50324 p 15.

²²⁷ M. A. Simovart (viide 20), lk 36.

tühisuse alusele,²²⁸ on autor siiski arvamisel, et kuivõrd ei tüüptingimuste regulatsiooni ega ka TsÜS § 87 alused ei näe rakendamise eeldustena ette võlgniku hoolsuskohustuse järgimist, siis ei saa pakkuja hoolsuskohustuse rikkumine välistada pakkuja õigust tugineda eraõigusest tulenevatele õiguskaitsevahenditele. Hoolsuskohustuse rikkumine võib muutuda oluliseks näiteks kahju hüvitamise nõuete esitamisel. Kuivõrd kahju hüvitamine ei ole aga käesoleva magistritöö teema, siis sellel küsimusel pikemalt ei peatuta.

Eeltoodust tulenevalt saab seega järeldada, et õigusvastase tingimuse vaidlustamata jätmisel langeb ka pakkujale vastutus hoolsuskohustuse rikkumise eest, kui õigusvastane tingimus on seotud pakkuja majandus- ja kutsetegevuses tegutseva isiku mõistliku arusaama kohaselt õigusvastase tingimusega. Samuti ei vabasta pakkujat hoolsuskohustuse järgimata jätmisest ka asjaolu, et vaidlustuskomisjon ei rahuldanud vaidlustust, sest hankelepingu täitmise võimekust kinnitab pakkuja igal juhul hankelepingu sõlmimisel. Küll aga ei välista hoolsuskohustuse rikkumine pakkuja õigust tugineda lepingu kehtivuse lõpetamiseks eraõigusest tulenevate õiguskaitsevahenditele tuginedes.

²²⁸ TlnHK 19.10.2015, 3-15-1817, p 7.

Kokkuvõte

Käesoleva töö eesmärgiks oli selgitada välja kuidas mõjutavad õigusvastased hanketingimused hankelepingu täitmist ja kehtivust. Uurimisküsimuse püstitati eesmärgiga analüüsida poolte võimalusi õigusvastasest tingimusest või kogu hankelepingust vabanemiseks. Mahu piiritlemiseks keskenduti töös kohustuslikele hanketingimustele.

Töö esimeses peatükis analüüsiti kohustuslike hanketingimuste kujunemist ja sidusust. Autor leidis, et hanketingimuste kujunemine on tihedas seoses üldpõhimõtetest tulenevate nõuetega ning hankija hoolsuse järgimise kohustusega. Hankemenetluse alustamisel peab hankija tegema endale selgeks oma vajadused ning koostama nende alusel hankelepingu eseme kirjelduse, mis sätestatakse hankedokumentides. Hanketingimuste koostamisel ja ka hilisemalt lepingu täitmisel on aga vajalik lähtuda riigihankeõiguse üldpõhimõtetest tulenevatest nõuetest.

Lisaks üldpõhimõtetes sätestatud nõuetele on hankijal, kui avaliku võimu organil kohustus järgida hankedokumentide ettevalmistamisel üldist hoolsuskohustust, seaduslikkuse põhimõtet ja hea halduse tava. Seaduslikkuse põhimõte kohustab hankijat kogu tegevuses järgima seaduses sätestatud ning hea halduse tava kohustab hankijat kaalutlema kõiki hankija poolt hanke alusdokumentides esinevate hanketingimuste õiguspärasust ja proportsionaalsust hanke eesmärkide täitmisel. Olukorras, kus aga hanketingimused on koostatud selliselt, et need sisaldavad endas õigusvastaseid tingimusi, ei ole hanketingimuste sätestamine hanke alusdokumentides toimunud kooskõlas riigihankeõiguse üldpõhimõtetega ja seaduslikkuse põhimõttega. Kuigi õigusvastane hanketingimus ei too alati kaasa probleeme hankelepingu nõuetekohasel täitmisel, on see siiski peamine probleem, tuues kaasa kas täitmise võimatuse või vastuolu siseriiklike õigusaktidega. Olukorras, kus hankija järgib hankedokumentide koostamisel üldist hoolsuskohustust ning koostab vajadusel turu-uuringu, mis annab hankijale selge ülevaate turul valitsevast olukorrast, peab hankijale olema ette näha õigusvastase hanketingimuse täitmise võimatus hankelepingu täitmisel.

Samuti tuvastati töös kohustuslike hanketingimuste määratlus. Autor leidis, et kohustuslike hanketingimustena tuleb käsitleda selliseid tingimusi, mille järgimine on kohustuslik pakkumuse esitamisel. Pakkujatel on võimalik hanketingimusi vaidlustada kuni pakkumuse esitamiseni, kuid pärast pakkumuse tähtaja saabumist muutuvad kõik hankedokumentides

esitatud tingimused täitmiseks kohustuslikuks ning on siduvad nii pakkujale kui ka hankijale, olenemata sellest, kas tingimus on õigusvastane või mitte. Kohustuslike hanketingimusi järgides koostab pakkuja pakkumuse ning nende tingimuste alusel kujuneb ka pakkumuse lõplik maksumus. Kohustuslike hanketingimuse esitamist pakkumuses peab kontrollima ka hankija ning olukorras, kus esitatud pakkumus ei vasta hanke alusdokumentides nõutud tingimustele, tuleb hankijal selline pakkumus kõrvaldada.

Pakkumuses esitatud tingimustest lähtutakse ka hankelepingu sõlmimisel, sest pakkumuses sätestatud tingimustest kõrvalekaldumisel rikutakse pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet. Hankelepingus sätestatakse seega kohustused, mis tuleb edukal pakkujal üle võtta ja mis on otseses seoses lepingu täitmisega. Siiski sisaldavad ka hankelepingud olulisi ja mitteolulisi lepingutingimusi, mille eristamine on äärmiselt oluline. Olulise tingimuse eristamine toimub tingimuse iseloomu ja selle võimaliku muutmise võimalusi analüüsid. Tulenevalt Euroopa Kohtu praktikast ei ole olulise lepingutingimuse muutmine lubatud, sest võib avaldada mõju nii kolmandatele isikutele, kes esialgses hankes kindlaksmääratud tingimuste tõttu pakkumust ei esitanud aga ka mittevalituks osutunud pakkujatele ning moonutada sellega konkurentsiolukorda. Lepingutingimuse olulisust tuleb hinnata ka õigusvastase lepingutingimuse esinemisel, sest olukorras, kus õigusvastast hanketingimust õigeaegselt ei vaidlustatud, muutus selline tingimus kohustuslikuks hanketingimuseks, mida tuli arvestada pakkumuse esitamisel ning mille täitmine hankelepingu kestel on kohustuslik.

Viimasena vaadeldi õigusvastaste hanketingimuste muutmise võimalusi kehtiva regulatsiooni ja uutes hankedirektiivides sisse toodud muudatuste pinnalt. Autor leidis, et kehtiva regulatsiooni alusel õigusvastase hanketingimuse muutmine ei ole tõenäoliselt võimalik, sest RHS § 69 lõige 3 sätestab ühe kumulatiivse tingimusena hankija ettenägelikkuse hankelepingu sõlmimisel, kuid varasemas peatükis tuvastati, et õigusvastase hanketingimuse seadmisel hanke alusdokumentides ei ole hankija järginud käibes vajalikku hoolsust. Siiski leidis autor, et kuivõrd uue regulatsiooni kohaselt muutub hankelepingu muutmine ettenähtud olukordades paindlikumaks, on võimalik olukorras kus õigusvastase tingimuse puhul rakenduvad direktiivides sätestatud muudatuse lubatavuse alused, siis olenemata muudatuse olulisusest võib õiguspärane olla ka õigusvastase lepingutingimuse muutmine.

Töö teises peatükis analüüsiti eraõigusest tulenevate õiguskaitsevahendite kohaldamise võimalikkust õigusvastasest tingimusest vabanemiseks või lepingu lõpetamiseks.

Esmalt analüüsis autor läbirääkimiste pidamise ulatust hankemenetluses ning leidis, et kuigi praktikas leviva seisukoha kohaselt on avatud ja piiratud hankemenetluse puhul alati tegemist tüüptingimustel sõlmitud lepinguga, siis autori hinnangul võib ka eelnimetatud menetlusliikide puhul esineda läbiräägitud lepingutingimusi. Autori analüüsi kohaselt võivad läbiräägitud tingimused kujuneda hankemenetluses selgituste küsimise või vaidlustusmenetluse kaudu, kui eeltoodud tegevuste tulemusel toimub hankedokumentide muutmine.

Seejärel analüüsis autor ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste regulatsiooni kohaldumist õigusvastastele lepingutingimustele. Autor leidis, et õigusvastane tingimus on ebamõistlikult kahjustava tüüptingimuste regulatsioon alusel tühine v. a. tingimused, mis on seotud lepingu põhilise eseme ja üleantu väärtuse suhtega ning mis VÕS § 42 lõikes 2 sätestatud erandi kohaselt on välistatud ebamõistlikult kahjustava tüüptingimuste regulatsioonile tuginemisest.

Samuti vaadeldi töös, kas õigusvastaseid hanketingimusi sisaldava hankelepingu tühisust on võimalik tuvastada TsÜS § 87 alusel. Praktikas levib TsÜS § 87 rakendamise osas 2 tõlgendust, mille kohaselt grammatilisel tõlgendamisel õigusvastase hanketingimuse tühisust sätte alusel tuvastada ei ole võimalik. Kohtupraktikas on aga riigihangetega seotud vaidlustes laiendatud TsÜS § 87 rakendamise ulatust selliselt, et tühisus on võimalik tuvastada ka ELTL art 49 ja 59 ja sellest tulenevate RHS § 3 sätestatud üldpõhimõtete rikkumiste tõttu. Töös tuvastati, et õigusvastast hanketingimust sisaldav hankeleping on koostatud vastuolus riigihankeõiguse üldpõhimõtetega ning on seetõttu vastuolus ka ELTL põhimõtetega, mistõttu on kohtupraktikas kujundatud TsÜS § 87 tõlgenduse alusel võimalik hankelepingu tühisuse tuvastamine õigusvastaseid hanketingimusi sisaldava hankelepingu puhul.

Viimasena analüüsiti pakkuja hoolsuskohustuse ulatust pakumuse esitamise eelselt. Peatükis tuvastati, et pakkuja hoolsuskohustuse ulatuse määramisel tuleb lähtuda analoogia korras võlaõigusseaduses sätestatud pooltevahelise lepingueelsete läbirääkimiste instituudist ning hea usu ja mõistlikkuse põhimõttest, millest tulenevalt on pakkujal, kui vastava majandus- ja kutsetegevuse esindajal kohustus olla hoolas tehingute läbirääkimiste etapil ning seda eriti olukorras, kus hankemenetluses on kõik tulevase hankelepingu tingimused tutvumiseks avaldatud. Sel põhjusel jõudis töö autor seisukohale, et pakkuja on igal juhul hoolsuskohustust rikkunud, jättes tutvumata piisava hoolikusega hanke tehnilise kirjelduse ja muude hanketingimustega, mis on vastava majandus- ja kutsetegevuse erialaga seotud ega suuda tuvastada nendes sisalduvaid õigusvastaseid hanketingimusi. Samas ei saa

hoolsuskohustuse rikkumiseks lugeda pisirikkumisi ja juriidiliste nüansside adumist. Hoolsuskohustuse rikkumiseks tuleb lugeda ka olukordi, mil pakkuja esitab pakkumuse olukorras, kus vaidlustuskomisjon on pakkuja vaidlustuse jätnud rahuldamata, sest pakkumuse esitamisel peab pakkuja olema veendunud lepingu täitmise võimekuses, mida ta kinnitab pakkumuse esitamisega. Lisaks leidis autor, et pakkuja hoolsuskohustuse rikkumine ei saa välistada pakkuja õigust tugineda eraõigusest tulenevatele õiguskaitsevahenditele, kuivõrd näiteks tüüptingimuste regulatsioon ega ka TsÜS § 87 alused ei näe rakendamise eeldustena ette pakkuja hoolsuskohustuse järgimist.

Lõppjärelendusena tuleb välja tuua, et õigusvastastel hanketingimustel on oluline mõju hankelepingu täitmisele, kuivõrd toovad üldjoontes kaasa hankelepingu täitmise võimatuse. Vähestel juhtudel on hankelepingu täitmist võimalik jätkata hankelepingu muutmise järgselt ning olukorras, kus õigusvastane lepingutingimus ei ole seotud hankelepingu põhilise esemega on võimalik tugineda ebamõistlikul kahjustava tüüptingimuse tühisuse regulatsioonile ning jätkata hankelepingu täitmist ilma tühise tingimusest. Olukordades, kus eelkirjeldatud võimalused ei ole realiseeritavad tuleb pooltel lõpetada hankelepingu kehtivus.

The effect of unlawful conditions on the performance and validity of the procurement contract.

Abstract

The purpose of this master's thesis was to analyse the effect of unlawful conditions on the performance and validity of the procurement contract. For determining the scope, the study is focused on mandatory conditions of the public procurement.

The subject of this master's thesis was chosen because, although there is no litigations involving the situation where the performance of the contract is precluded because of the unlawful condition of procurement, in the practice there are described situations and these situations are generally settled in unlawful ways.

To reach the conclusion the author mainly used the empirical studies, where it has been mainly invoked the relevant case law analysis, which is supported by the literature and legal regulations.

The thesis is divided into two parts, where the first part is mostly related to the procurement rules and formation of applicable requirements. The second part analyzed the remedies from private law to use for discharge the unlawful condition.

Author reached the following conclusions.

Author found that the formation of procurement conditions are connected with the requirements coming from general principles of public procurement and the liability of diligence that contracting authority has to follow during the procurement process. Before launching a procurement procedure, contracting authority has to identify their needs and compose the description of the subject-matter of the contract.

In addition of the requirements set out in general principles, the contracting authority as the public authority has the obligation to adhere the general duty of care, the principle of legality and the principle of sound administration on the preparation of tender documents. The principle of legality obliges the contracting authority to adhere all activities under the Act. The principle of sound administration obliges contraction authority to consider if all

conditions set out in procurement documentation are legitimate and proportional for the aim of the contract. However, if the conditions of procurement documents are unlawful, the documentation of the procurement is not composed in accordance with the general principles of public procurement and the principle of legality. Although the unlawful condition may not always cause problems on the performance of the contract, it is still a major problem, which leads to the impossibility of compliance the contract or to conflict with national legislation. But when the contracting authority have prepared the tender documentation adhering the general duty of care and have also conducted marketing consultations, which gives the clear view of current market situation, the contracting authority must anticipate the impossibility of the unlawful condition.

The thesis also determined the formation of the mandatory procurement condition and essential condition of the contract. Author found that mandatory procurement conditions have to be submitted by tender and the inclusion of the conditions have to be controlled by the contracting authority. If the award does not comply with the requirement of the documentation, contracting authority have an obligation to exclude the economic operator from the procedure. The essential condition of the contract is defined by the nature of the condition and the possibility of changing the condition. According to the European case law, it is not allowed to change the essential condition of the contract, because it may affect the parties that were interested of the procurement and also unsuccessful bidders. The importance of the conditions have to be assessed also when the request of the changes embraces unlawful conditions, because the unlawful condition became mandatory condition of the procurement, which had to taken into account in the award of the tender submission and is also mandatory during the performance of the contract.

For last author found that contract changes due to the unlawful condition are probably impossible, because Public Procurement Act (PPA) § 69 prg 3 provides that contracting authority have to foresight the contract compliance, but the requirement is not filled because of the breach of the obligation of the contracting authority to adhere the general duty of care. However, the new regulation will change for a little more flexible, and the base of the change coming from new procurement regulation may also allow the change of unlawful condition when the condition applies to the basis of the directive.

In the second chapter author found that the regulation of unreasonably harmful standard terms applies also on the case of unlawful procurement conditions. It was found that the unlawful condition is unreasonably harmful and because of that the condition is ineffectiveness. Although the ineffectiveness cannot be applied when the condition is relation to the main subject-matter of the contract and is exempted from the unreasonably harmful standard terms reliance.

If the regulation of unreasonably harmful standard term is not usable, the ineffectiveness of the contract can be also established by the regulation of General Part of the Civil Code Act. The Supreme Court of Estonia have been found that if there is a violation of TFEU art 49 and 56 during the procurement, there is also violation of the general principles of the public procurement, which may lead to ineffectiveness of the procurement contract. In the thesis it was analyzed that if there are unlawful conditions in public procurement contract, the contract is composed in dissention of general principles of public procurement and the principles of TFEU.

Finally, the author found that the general duty of care that economic operator has to follow is interpreted by analogy from the Law of Obligations Act, which establishes the contractual negotiation of the parties. The negotiations have to be implemented in the good faith and the economic operator have the obligation of general duty of care, especially in the situation where all conditions of the procurement contract are published. For this reason author found that in the situation, where the unlawful condition in technical specification is related to the field the economic operator has professional activity, the economic operator has violated the obligation of general duty of the care.

To conclude it can be stated that the unlawful conditions of procurement have significant impact on the performance of the contract, because brings out the impossibility of the contract performance. In a few cases the execution of the contract can continue after changing the condition of the contract. Also it may be possible in the situation where the condition is not related to the subject-matter of the contract and it is possible to apply the regulation of unreasonably harmful standard terms which apply the ineffectiveness of the condition. In the situations where none of the exclusive opportunity for the contract is not applicable, the parties have to terminate the validity of the contract.

Kasutatud kirjandus

1. S. Allikmets. Tundud või tundmatu hea halduse põhimõte. – Juridica 2014, nr 3.
2. Arrowsmith S. EU Public Procurement Law: An Introduction. University of Nottingham 2010. –
<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>.
3. Arrowsmith S. Law of public and utilities procurement. 2nd edition. London: Sweet ja Maxwell, 2005.
4. Arrowsmith S., Kunzlik P. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. Cambridge University Press 2009.
5. Bovis C. H. EU public procurement law. 2nd edition. Northampton: Edward Elgar 2012.
6. Brown A. When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purpose of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06. P.P. L. R 2008 6, pp 253-267.
7. De Koninck C., Ronse T. European Public Procurement Law – The European Public Procurement Directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Community. Text and Analysis. Wolter Kluwer 2008.
8. Dischendorfer M. The Scope of application of the EC Procurement Directives Rationae Temporis. P.P.L.R. 2001, 1, pp 20-23.
9. Dr Kotsonis T. Commission v Netherlands (Case C-576/10): determining which Directive is applicable to a claim. P.P.L.R 2014, 2 pp 39-45.
10. Graells A. S. Public Procurement and the EU competition rules. 2nd edition. Oxford: Hart Publishing 2011.
11. Karindi-Kask E. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeeriumi analüüs. –
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=216053&folderId=134422&name=DLFE-19601.pdf
12. Karindi-Kask E. jt (koost.). Riigihangete juhised. Tallinn: Rahandusministeerium 2014.
–
https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?p_1_id=15617&folderId=431009&name=DLFE-32501.pdf.
13. K. Merusk, I. Koolmeister. Haldusõigus. Õpik Tartu Ülikooli õigusteaduskonna üliõpilastele. Õigusteabe AS: Juura 1995, lk 37.

14. K. Merusk jt. (koost.). PõhiSK § 3. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. 3 vlj. Tallinn: Juura 2012.
15. Minumets D., Kulm P. Riigihangete õigus. Juura 2014.
16. Poulsen S. T. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. P.P.L.R 2012, 5, pp 167-187.
17. Racca G. M., Perin R. C. Material Amendments of Public Contracts During Their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption. European Procurement ja Public Private Partnership Law Review 2013, 8, lk 279-305.
18. Ojasalu T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. – Juridica 2007, nr 8, lk 564-572.
19. M. A. Simovart. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. – Juridica 2016, nr 1, lk 52-60.
20. Simovart M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Tartu: Tartu Ülikooli kirjastus, 2010.
21. Simovart M. A. Lepingu muutmise nõue riigihankelepingu kohustuste vahekorra muutumise korral. – Juridica 2008, nr 4, lk 219-229.
22. Simovart M. A. Riigihankelepingute ebamõistlike tüüptingimuste kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. – Juridica 2008 nr 1, lk 29-38.
23. Simovart M. A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. – Juridica 2010, nr 4, lk 248-257.
24. Simovart M.A. Riigihanke üldpõhimõtetest tulenevad hankelepingu sisupiirangud. Näited vaidlustuskomisjoni praktikast. – Juridica 2012 nr 2, lk 83-89.
25. Taube K. Pakkumuse muutmise riigihankemenetluses pärast pakkumuse esitamise tähtaega. Magistritöö. Tallinn 2012.
26. Treumer S. Contract changes and the duty to retender Under the new EU public procurement Directive. – P.P.L.R. 2014, 3, pp 148-155.
27. 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. – P.P.L.R. 2007, 6, lk 371-386.
28. Trybus M., Caranta R., Edelstam G. EU Public Contract Law; public Procurement and Beyond. Emile Bryland 2014.

29. Varul P., Kull I., Kõve V., Käerdi M. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura 2010.
30. Varul P. Tühine tehing. *Juridica* 2011 nr 1, lk 35-46.
31. Varul P., Kull I., Kõve V., Käerdi M., Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Tallinn 2006.
32. Williams R. The commission Interpretative Communication on the application of Community law on Private Procurement and Concession to Institutional Public Private Partnerships (IPPPs). – *P.P.L.R* 2008, 4, pp 115-118.

Kasutatud normatiivmaterjal

Euroopa Liidu õigusaktid:

33. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/17/EÜ. – *ELT L* 134, 30.04.2004, lk 1-113.
34. Euroopa parlamendi ja nõukogu direktiiv 2004/18/EÜ. – *ELT L* 134, 30.04.2004, lk 114-240.
35. 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, lk 65—242.
36. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/25/EL, 26.veebruar 2014, milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektorist tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. - *ELT L* 94, 28.3.2014, lk 243—374.
37. Euroopa liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. – *ELTL C*, 83, 30.03.2010, lk 1-388.
38. Nõukogu direktiiv 93/13/EMÜ, 5. aprill 1993, ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes.- *EÜT L* 95, 21.04.1993, lk 29-34.

Eesti õigusaktid:

39. Eesti Vabariigi põhiseadus. – *RT I*, 15.05.2015, 2.
40. Ehitusseadustik. – *RT I*, 30.12.2015, 11.
41. Haldusmenetluse seadus. – *RT I*, 23.02.2011,8.
42. Majandus- ja kommunikatsiooniministri 17. 09.2010 määrus nr 67 „Nõuded ehitusprojektile“. – *RT I* 2010, 67, 507 – redaktsiooni kehtivuse lõpp 24.01.2014.

43. Majandus- ja taristuministri 17.09.2010 määrus nr 67 „Nõuded Ehitusprojektile“. – RT I, 18.07.2015, 7.
44. Majandus- ja taristuministri 14.07.2015 määrus nr 92 „Tee seisundinõuded“. – RT I, 15.07.2015, 13.
45. Riigihangete seadus. – RT I 23.03.2015, 24.
46. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I, 12.03.2015, 10.
47. Võlaõigusseadus. – RT I, 11.03.2016, 2.

Õigusaktide eelnõud

48. Riigihangete seadus. Eelnõu. – <http://eelvoud.valitsus.ee/main#2Mn1oBqJ> (seaduseelnõu versioon registreerimisajaga 14.03.2016).
49. Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seadus 860 SE seletuskiri. Arvutivõrgus kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=1215935&u=20141219112156> (01.04.2015).
50. Seletuskiri riigihangete seaduse eelnõu juurde. – <http://eelvoud.valitsus.ee/main#y5xdl57Z> (seaduseelnõu versioon registreerimisajaga 14.03.2016).

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtute praktika:

51. RKo 15.03.2006, 3-3-1-5-06.
52. RKTK 30.04.2007, 3-2-1-150-06.
53. RKTKo 5.11.2008, 3-2-1-89-08.
54. RKEK 27.10.2009, 3-2-1-100-08.
55. RKHko 14.04.2010, 3-3-1-99-09.
56. RKHko 27.10.2010, 3-3-1-66-10.
57. RKHko 12.10.2011, 3-3-1-31-11.
58. RKHko 12.12.2011, 3-3-1-52-11.
59. RKHko 5.11.2012, 3-3-1-39-12.
60. RKHko 13.06.2013, 3-3-1-24-13.
61. RKTKo 30.10.2013, 3-2-1-106-13.

62. RKTko 13.11.2013, 3-2-1-123-13.
63. RKTkm 12.11.2014, 3-2-1-108-14.
64. RKHko 15.01.2015, 3-3-1-68-14.
65. RKTko 19.03.2015, 3-2-1-152-14.
66. RKTko 29.04.2015, 3-2-1-41-15.
67. RKTko 25.05.2015, 3-3-1-50-15.
68. TlnRnko 21.06.2010, 3-09-1297.
69. TlnRnko 01.03.2011, 3-10-3225.
70. TrtRnko 09.10.2013, 3-13-1183.
71. TlnRnko, 05.11.2013, 2-12-39714.
72. TlnRnko 09.12.2013, 3-12-631/74.
73. TlnRnko 01.06.2015, 3-14-50324.
74. TrtRnko 25.06.2015, 2-11-17573.
75. TlnRnko 15.10.2015, 2-15-2414.
76. TlnHK 19.10.2015, 3-15-1817.

Euroopa Liidu kohtute praktika:

77. EKO 22.06.1993, C-243/98 *Euroopa Komisjon vs Taani Kuningriik*.
78. EKO 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH vs Telekom Austria AG*.
79. EKO 12.07.2001, C-399/98 *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi jt*.
80. EKO 18.06.2002, C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-GmbH vs Stadt Wien*.
81. EÜKO 28.11.2002, T-40/01 *Scan Office Design SA v Commission*.
82. EKO 29.04.2004, C-469/99 *Commission of the European Communities vs CAS Succhi di Frutta SpA*.
83. EKO 03.03.2005, liidetud kohtuasjad C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom*.
84. EKO 21.07.2005, C-231/03 *Consorzio Aziende Metano vs Comune di Cingia de' Botti*.
85. EKO 19.08.2008, C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH vs Republik Österreich, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse*.
86. EKO 10.12.2009, C-299/09 *Euroopa Komisjon vs Prantsusmaa*.
87. EKO 22.04.2010, C-423/07 *Euroopa Komisjon vs Hispaania Kuningriik*.
88. EKO 9.06.2011, C-401/09 *Evropaiki Dynamiki vs Euroopa Keskpank*.
89. EÜKO 20.03.2013, T-415/10 *Nexans France vs ITER-i ja tuumasünteesienergeetika arendamise Euroopa Ühisettevõtte*.
90. EKO 11.07.2013, C-576/10 *Euroopa Komisjon vs Madalmaade Kuningriik*.

91. EKo 04.12.2013, C-448/01, *EVN AG vs Wienstrom GmbH*.
92. EÜKo 11.06.2014, T-4/13 p 50 *Communicaid Group Ltd vs European Commission*.
93. EKo 16.04.2015, C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL vs Spitalul judetean de Urgenta Alba Iulia*.
94. EKo 23.04.2015, C-96/14 *Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurance SA*.
95. EKo 26.02.2015, C-143/13 *Bodan Matei, Ioana ofelia Matei vs SC volksbank Romania SA*

Kohtujuristide ettepanekud:

96. EKo C-27/15 p 51, *Pippo Pizzo jt vs CRGT srl*, kohtujurist Manuel Campos Sanchez-Bordona ettepanek.
97. EKo C-484/08 *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios*, kohtujurist V. Trstenjak ettepanek.
98. EKo C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi jt.*, kohtujurist Leger ettepanek.

Vaidlustuskomisjoni praktika:

99. VaKo 04.06.2009, 113-09/107859 (*AS Turgel Grupp ja Destia UY vs Põhja Regionaalne Maanteeamet*).
100. VaKo 20.07.2009, 157-09/113284 (*Põlva Linnavalitsus vs OÜ VarmaPartner*).
101. VaKo 17.11.2010, 211-10/120847 (*Keskkonnaministeerium vs OÜ KCIKIZ*).
102. VaKo 08.07.2011, 131-11/122948 (*Insenerihituse AS vs AS Elveso*).
103. VaKo 19.10.2011, 275-10/121397 (*Maanteeamet vs Balti Bussi Grupp AS*).
104. VaKo 13.12.2011, 234-11/128888 (*Ragn-Sells AS vs Tallinna Keskkonnaamet*).
105. VaKo 10.02.2012, 14-12/128888 (*Eesti Energia AS vs Tallinna Keskkonnaamet*).
106. VaKo 13.03.2013, 29-13/139044 p (*Statoil Fuel & Retail Eesti AS vs Tallinna linnatranspordi AS*).
107. VaKo 27.03.2013, 40-13/138574 (*AS Elering vs AS Merko Infra ja AS Merko Ehitus*).
108. Vako 23.08.2013, 193-13/139462 (*Narva Linnavalitsuse Arhitektuuri- ja Linnaplaneerimise Amet vs AS Eesti Keskkonnateenused*).
109. VaKo 11.10.2013, 224-13/145671 (*AS E.R.S vs AS Eesti Raudtee*).

110. VaKo 25.04.2014, 75-14/148839 (*AS Eesti Gaas vs AS Põhja Eesti Regionaalhaigla*).
111. VaKo 19.06.2014, 120-14/152134 (*Tallinna Kommunaalamet vs OÜ Warren Safety*).
112. VaKo 07.10.2014, 239-14/154867 (*Ragns-Sells AS vs Tallinna Keskkonnaamet*).
113. VaKo 08.06.2015, 106-15/159790 (*AS Eesti AGA vs SA Tartu Ülikooli Kliinikum*).
114. Vako 01.09.2015, 183-15/164679 (*OÜ Üle vs Viimsi Vallavalitsus*).
115. VaKo 09.10.2015, 204-15/166873 (*Elva Linnavalitsus vs Tänavapuhastuse AS*).
116. VaKo 19.12.2014, 294-14/156643 (*Tänavapuhastuse AS vs Narva Linnavalitsuse Arhitektuuri- ja Linnaplaneerimise Amet*).
117. VaKo 18.05.2015, 80-15/160904 (*OÜ HPP vs MTÜ Harjumaa Ühistranspordikeskus*).
118. VaKo 20.04.2015, 64-15/158120 (*Scanmed Group OÜ vs SA Tartu Ülikooli Kliinikum*).
119. Vako 12.06.2015, 101-15/159161 (*Iveco Czech Republic a.s ja Iveco France SA vs Tallinna Linnatranspordi AS*).
120. VaKo 05.04.2016, 57-16/172360 p 8 (*OÜ Audiomed vs SA Tartu Ülikooli Kliinikum*).

Lihlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, KEIDI KÕIV (sünnikuupäev 25.12.1992)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihlitsents) enda loodud teose

„ÕIGUSVASTASTE HANKETINGIMUSTE MÕJU HANKELEPINGU TÄITMISELE JA KEHTIVUSELE“

mille juhendajad on LL.M. KADRI HÄRGINEN ja Prof. KALLE MERUSK

- 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 DCspace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
 3. kinnitan, et lihlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus 02.05.2016