

Muuga konteinerterminali 17. kai rajamine

*Kas Tallinna Sadam oleks saanud kai rajamist paremini
korraldada?*

Muuga konteinerterminali 17. kai rajamine

Kas Tallinna Sadam oleks saanud kai rajamist paremini korraldada?

Mida me auditeerisime?

Riigikontroll auditeeris ASi Tallinna Sadam toiminguid Muuga konteinerterminali laiendamisel aastatel 2007–2010 (uute kailiinide rajamine merre ja nende taha terminali jaoks 27-hektarilise sobiliku maa-ala rajamine). Konteinerterminali laiendamisse investeeris sadam üle 64 miljoni euro (summa koos käibemaksuga). Osa sellest saadi Euroopa Liidu Ühtekuuluvusfondist.

Riigikontroll hindas ehituse ettevalmistamisel ja hankelepingu täitmisel Tallinna Sadama tegevjuhtkonna otsuste ratsionaalsust ja seadustele vastavust.

Miks on see maksumaksjatele oluline?

Tallinna Sadam on riigi äriühing, kes igal aastal teeb suuri investeeringuid sadamate arendamisse. Aastatel 2009–2011 investeeris sadam kokku 88,5 miljonit eurot.

Hangete korraldamisel peab sadam riigi äriühinguna järgima riigihangete seadust. Riigihangete seaduse järgimisel peaksid kõigil turuosalistel olema võrdsed võimalused sadamale kaupu, töid ja teenuseid pakkuda ning konkurentsitingimusi oskuslikult kasutades peaks sadam saama endale vajaliku osta parima võimaliku hinnaga.

Riigihangete nõuete järgimine on oluline ka Euroopa Liidu Ühtekuuluvusfondi raha kasutamise seisukohast, kuna hangete korraldamise reeglite rikkumisel võidakse Tallinna Sadamalt raha liidu ühiskassasse tagasi nõuda. Ka võib Euroopa Komisjon liikmesriigis hankereeglite rikkumise tuvastamisel asuda seisukohale, et riigi sisekontrollisüsteem ei taga liidu raha kasutamiseks kehtestatud reeglite järgimist, ning seetõttu ajutiselt (kuni sisekontrollimeetmete tõhususes veendumiseni) maksed liidu fondidest peatada. See tähendab, et reeglite järgimatajätmine ühe hanke puhul võib mõjutada paljude hangete rahastamist.

Mida me auditi tulemusel leidsime ja järeldasime?

Riigikontrolli hinnangul eiras Tallinna Sadam Muuga konteinerterminali ehitamisel korduvalt riigihangete seadust ning äriühingu juhatus ei täitnud oodataval määral hoolsuskohust, mistõttu oli Tallinna Sadam sunnitud tegema põhjendamatuid ja välditavaid kulutusi.

Riigikontrolli muud olulisemad järeldused:

- Tallinna Sadam ei hinnanud kriitiliselt tema tellimisel koostatud Muuga sadama 17. kai rajamise tehnilisi tingimusi. Hankelepingu täitmise käigus selgus, et teistsugune tehniline lahendus võimaldab oluliselt vähendada materjalikulu ja seeläbi ka ehitusmaksumust.

- Tallinna Sadam ei järginud hankeprotsessis mitmeid riigihangete seaduse sätteid. Hankekonkursi tingimused olid mitmetimõistetavad ja võimalikke pakkujaid liigselt piiravad. Ka muudeti hankelepingu täitmise käigus riigihangete seaduse vastaselt hankeobjekti üht olulisemat kvalitatiivset omadust – 17. kai kandevõimet.
- Tallinna Sadam hüvitas töövõtjale hanketingimuste vastaselt materjalide kallinemise. Kuigi hankekonkursi tingimuste ja hankelepingu järgi ei olnud tellijal kohustust kompenseerida töövõtjale materjalide hinna kallinemine, hüvitas Tallinna Sadam töövõtjale kai ehitamisel kasutatud metalli hinna tõusu.
- Tallinna Sadam nõustus põhjendamatult töövõtja taotlusega suurendada talle makstavat tasu 28,9 miljoni krooni võrra, et muuta projekti. Tegelikult projekti ei muudetud.
- Tallinna Sadam ei informeerinud hankekonkursil osalenuid, et maardlas, kust kai rajamiseks oli kohustus hankida liiva, võib olla lõhkekehi. Selle info esitamata jätmine andis töövõtjale õiguse nõuda hiljem sadamalt lisaraha, et lõhkekehade plahvatamise tõttu rikunud seadmeid parandada ja ennetusmeetmeid kasutada. Tallinna Sadam hüvitas töövõtjale üheksa miljonit krooni ulatuses kahjusid ja pikendas tööde lõpetamise tähtaega poole aasta võrra.

Tallinna Sadama juhatuse, nõukogu esimehe, rahandusministri ning majandus- ja kommunikatsiooniministri vastused:

Tallinna Sadama juhatuse esimees ei nõustunud ühegi auditoriandes esitatud Riigikontrolli seisukohaga. Riigikontroll ei pidanud vajalikuks muuta juhatuse vastusest tulenevalt oma seisukohti.

Tallinna Sadama nõukogu esimees teatas, et on asunud analüüsima Riigikontrolli auditoriandes toodud etteheiteid ning kujundab oma seisukoha nõukogule antud soovitusel.

Rahandusminister teatas, et ministeeriumi finantskontrolli osakond on alustanud Ühtekuuluvusfondi projekti „Muuga sadama idaosa laiendamine“ toetuse lõpetamise deklaratsiooni koostamist, mille käigus antakse muu hulgas hinnang, kas projekt on ellu viidud rahastamiskokkuleppes ette nähtud eesmärkide ja rahastamistingimuste kohaselt.

Põllumajandusminister majandus- ja kommunikatsiooniministri ülesannetes teatas, et ministeerium kujundab oma seisukoha auditoriande eelnõus esitatud järelduste ja edasiste vajalike sammude kohta pärast seda, kui on saanud lõpliku auditoriande ja tutvunud Tallinna Sadama ja riigihangete seaduse nõuete järgimise asjus Rahandusministeeriumi seisukohtadega.

Sisukord

Ülevaade 17. kai rajamisest	4
Lepingupartneri valimine	4
Lepingumuudatused	5
Tööde valmimine, lõppmaksumus ja rahastamine	8
Uute kaide kasutamine	9
Puudused hankekonkursi tingimuste seadmisel	10
17. kai rajamise tehniliste tingimuste seadmisel ei püütud leida kõige ratsionaalsemat lahendust	10
Hankekonkursi tingimused olid osaliselt mitmetimõistetavad ja võimalikke pakkujaid liigselt piiravad	11
Hankekonkursil osalenutele olulise info edastamatajätmine põhjustas Tallinna Sadamale üheksa miljonit krooni lisakulu	14
Hankekonkursi tingimuste ja hankelepingu kohaselt ei olnud töövõtjal õigust nõuda sadamalt materjalide ja tööjõu kallinemise kompenseerimist	15
Puudused hankelepingu sõlmimisel	17
Hankelepingu sõlmimisega viivitamine halvendas Tallinna Sadama positsiooni suhetes võimalike lepingupartneritega	17
Lepingu sõlmimisel ei järgitud riigihangete seadust	18
Lepingu sõlmimisel teadsid mõlemad lepinguosalisel, et töövõtja kavatseb rajada 17. kai lepingus fikseeritavast erineva konstruktsiooniga	19
Puudused hankelepingu täitmisel	19
Lepingu täitmise käigus muudeti nõudeid hanke objektile, kuigi seadus seda ei luba	19
Tallinna Sadam ei kontrollinud piisava hoolikusega töövõtja väiteid, et kai kandevõime suurendamiseks tuleb kavandatud muuta	22
Juhatuse hoolsuskohustuse nõude järgimine	25
Riigikontrolli soovitusel ja auditeeritute vastused	28
Auditi iseloomustus	31
Auditi eesmärk	31
Hinnangu andmise kriteeriumid	31
Lisa 1: advokaadibüroo Sorainen arvamus	32
Lisa 2: Tallinna Sadama juhatuse vastus ja Riigikontrolli kommentaarid	43
Lisa 3: advokaadibüroode Tamme Otsmann Ruus Vabamets ning Kaevando ja Partnerid 15.8.2012. a õiguslik arvamus	68
Lisa 4: Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi täiendav selgitus oma eksperdi hinnangu kohta	89
Lisa 5: ASi Tallinna Sadam 9.5.2008. a kiri KMG Inseneriehituse ASile	90

Ülevaade 17. kai rajamisest

Lepingupartneri valimine

1. AS Tallinna Sadam (edaspidi ka *Tallinna Sadam* või *sadam*) kavandas eelmise kümnendi keskel Muuga sadamasse mitme uue kai rajamist. Rajamiskulude katmiseks loodeti kasutada ka Euroopa Liidu raha. 2006. aasta detsembris eraldaski Euroopa Komisjon Muuga sadama laiendamise kaasfinantseerimiseks 23 miljonit eurot.

2. 2006. aasta oktoobris algatas Tallinna Sadam riigihankemenetluse Muuga sadama idaosa laiendamiseks. Otsiti töövõtjat, kes ehitaks merre ligikaudu 1200 meetrit uut kaid ja rajaks kaidetaguse ala täitmisega sadamale ligikaudu 66 hektarit uut maa-ala. Tööde eeldatavaks maksumuseks (käibemaksuta) hinnati ligi k miljartrit krooni. 30.7.2007 lükati kõik pakkumused tagasi, kuna need ületasid sadama seatud piirmäära.

3. 2007. aasta kevadel halvenesid järsult Eesti suhted Venemaaga, samuti ilmnasid esimesed märgid majanduslangusest. Seetõttu pidas Tallinna Sadam otstarbekaks muuta varasemat arengukava. 2007. aasta juulis otsustas sadama nõukogu jätkata Muuga sadama laiendamist kavandatust väiksemas mahus ja teha seda etapiviisiliselt. Esimeses järjekorras sooviti laiendada üldkasutatavat territooriumi ja ehitada uus puistainete terminal.

4. Majanduslangusest hoolimata jätkas sadama juhtkond aktiivselt uute operaatorite – sadama laienemise kaasfinantseerijate otsimist. Kõige intensiivsemalt suheldi sadamas juba tegutseva aktsiaseltsiga Muuga CT ja Hiina firmaga Ninbo Port Group. Ka veel 2008. aasta kevadel arvestas sadam võimalusega, et hiinlased Muuga sadama laiendusse investeerivad. Hiina firma siiski sadama arendamisest osa ei võtnud.

5. 18.10.2007 teatas Tallinna Sadam **avatud riigihankemenetluse** korraldamisest, et leida Muuga konteinerterminali laiendaja (16. kai pikenduse ja uue, 17. kai projekteeri ja ehitaja). Hankemenetlus korraldati rahvusvahelisena. Pakkumused tuli esitada 11.12.2007.

6. Hanketeate kohaselt sooviti 16. kaid pikendada 102 meetri võrra ja ehitada uus, 17. kai pikkusega 377,5 meetrit. Uute kailiinide taha tuli mere ja kaldaala täitmise teel rajada konteinerterminali ehitamiseks ligikaudu 27 hektarit sobilikku territooriumi. Selleks kavandati tuua merest enam kui 1,3 miljonit kuupmeetrit liiva. Rajatava graniidist nõlvakindlustuse mahuks arvestati 27 000 kuupmeetrit, süvendustööde mahuks 0,6 miljonit kuupmeetrit. Kõige suurema osa tööde maksumusest moodustasid 16. kai pikendamise ja 17. kai rajamise tööd. Tööd tuli teha 18 kuu jooksul pärast hankelepingu sõlmimist.

7. Pakkumuste hindamise ainsaks kriteeriumiks oli pakkumuse hind. Tallinna Sadam eeldas, et soovitud tööde eest ei küsita üle 983 miljoni krooni. Hankeobjekti tehniline kirjeldus esitati hankekonkursil osalenutele pakkumise kutse dokumentides eelprojektiks nimetatud dokumentide kogumina. Kogumisse kulusid rajatavate joonised, projekti seletuskiri ning töömahtude loetelu. Hanke tehnilise kirjelduse oli sadam tellinud Eesti projekteerimisfirmadelt.

17. kai rajamine oli osa Muuga sadama arendamise kavast

Tallinna Sadam lootis kaasata investeerijana Hiina sadama

2007. aasta lõpus korraldati hankekonkurss kai rajaja valimiseks

Avatud riigihankemenetlus on menetlus, milles võib pakkumuse esitada iga huvitatud isik, kes vastab riigihangete seaduses sätestatud tunnustele ja piirangutele.

Pakkumuse esitasid kuus firmat

Hankekursile registreerus 21 firmat, nende hulgas ka mitu välisfirmat. 11.12.2007 esitasid pakkumuse kuus Eestis registreeritud äriühingut. Pakkumuste maksumused (käibemaksuta) olid vahemikus 824 miljonist kroonist 1030 miljoni kroonini (neist kolm ületasid sadama seatud piirmäära), kõige väiksemat tasu soovis KMG Inseneriehituse AS, kes esitas pakkumuse koostöös Taani firmadega Per Aarsleff AS ja Rohde Nielsen AS.

Hankeleping sõlmiti 2008. aasta juulis

8. Viis kuud hiljem, 6.5.2008 andis Tallinna Sadama nõukogu juhatusele loa otsustada terminali laiendamise hankekursi võitja ja sõlmida temaga leping. Samal päeval kvalifitseeris sadam kõik pakkujad ja järgmisel päeval hindas kuuest pakkumusest viis nõuetele vastavaks (kõige suurema maksumusega pakkumuse teinud firma oli selleks ajaks loobunud konkursil osalemisest). 9.5.2008 otsustas sadam valida lepingupartneriks KMG Inseneriehituse ASi (ja kahe Taani firma konsortsiumi, edaspidi ka *KMG Inseneriehitus* või *töövõtja*). Hankeleping KMG-ga sõlmiti kaks kuud hiljem, 7.7.2008 summas (käibemaksuta) 860 630 056 krooni. Tööd tuli lõpetada 2010. aasta jaanuaris.

Ettenägematud tööd – tööd, mida tehakse ja mille eest tasutakse vaid tellija nõusolekul.

9. Lepingusummast ligi 39 miljonit krooni moodustas varu **ettenägematuteks töödeks**.

Otsekulu – tööde maksumus, kuhu pole arvestatud varu ettenägematute kulude katteks, projekteerimise maksumus, kaudsed kulud ja töövõtja kasum.

Lepingumuudatused

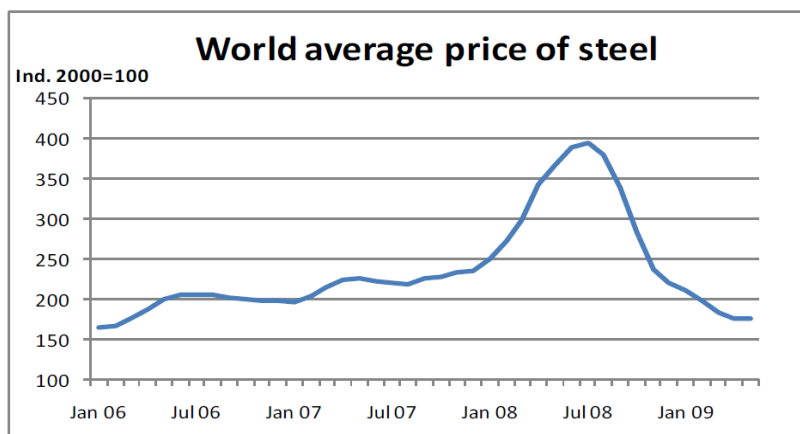
10. KMG Inseneriehitusega 7.7.2008 sõlmitud lepingu kohaselt moodustas ligikaudu veerandi tööde **otsekuludest** terasdetailide (toruvaiaid, kai esiseina sulundseinad) maksumus.

11. 2008. aasta alguses, st kohe pärast pakkumuste esitamist, oli terase maailmaturu hind ootamatult kiirelt tõusma hakanud – jaanuarist juulini kasvas see ligikaudu 2/3 võrra. Pea kohe pärast lepingu sõlmimist hakkas terase hind kiiresti langema, jõudes aasta lõpuks aasta alguse tasemeni. Nii suurt hinnamuutust ei olnud teras viimastel aastatel kordagi teinud, ühes OECD ülevaates nimetatakse seda enneolematuks. Joonisel 1 on esitatud slaidi OECD terasekomitee töökoosolekul 9.7.2009 tehtud esitlusest.

Joonis 1. Teras keskmine hind maailmaturul aastatel 2006–2009

Domestic steel prices by selected regions

- After reaching a historical high in July 2008, the average global price of steel has declined each month since then, and in May 2009 reached a level that is 55% lower than last July's peak



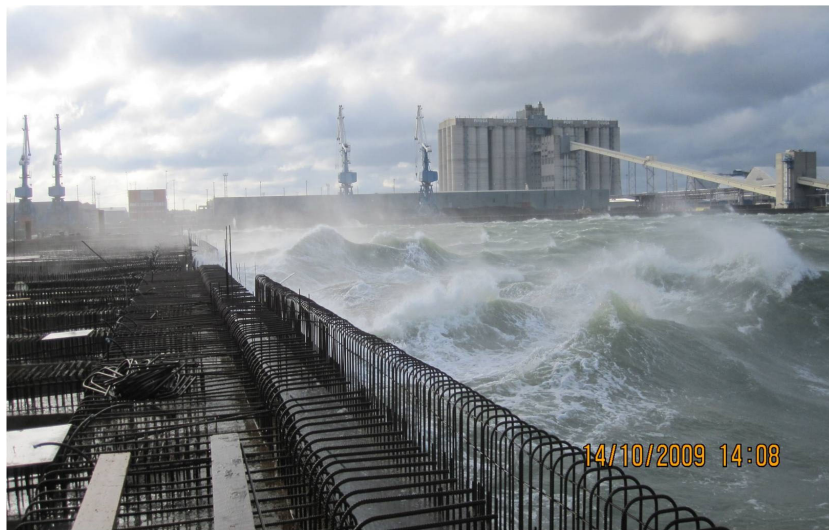
Allikas: esitus OECD terasekomitee töökoosolekul 9.7.2009, <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/4331234.pdf>

Hanke maksumus fikseeriti terase hinna tõusu arvestamata

Kai konstruktsiooni muutmine võimaldas terasevajadust vähendada

12. Hankelepingus fikseeriti terasdetailide maksumus ja tööde kogumaksumus samas suuruses kui pakkumuses. Tellijal ei olnud lepingu järgi kohustust kompenseerida töövõtja kulutuste suurenemist, mille põhjustavad töömahu suurenemine, ebasobivad ilmastikuolud, materjalide, tööjõu või teenuste kallinemine.

13. Veel enne sadamaga lepingu sõlmimist informeeris KMG Inseneriehitus Tallinna Sadamat, et kavatseb ehitada 17. kai konstruktsiooniga, mis erineb hankekonkursil osalenutele esitatud tehnilisest kirjeldusest. Uus konstruktsioonilahendus võimaldas soovitud tulemuse saavutada ligi poole võrra väiksema metallikogusega (vt ka p 27). Tallinna Sadam võttis KMG Inseneriehituse info teadmiseks.



Raudbetoonkonstruktsiooni armatuur Muuga sadama 17. kai merepoolisel küljel

Foto Tallinna Sadama andmekogust

Tallinna Sadam soovis ehitamise käigus kai kandevõime suurendamist, mistõttu suurendati töövõtja tasu 29 miljonit krooni

14. Seitse nädalat pärast hankelepingu sõlmimist soovis Tallinna Sadam rajada 17. kai selliselt, et seal saaksid töötada hankekonkursil arvestatust oluliselt suurema tõstevõimega (ja töörežiimis olles kaile suuremat survet avaldavad) kraanad. KMG Inseneriehitus väitis, et selleks tuleb juba valminud projekti muuta – asendades kai esiseina toruvaiad jämedamatega – ning seetõttu tema kulutused kasvavad, eelkõige terase vajaduse suurenemise tõttu. 9.2.2009 vormistati 7.7.2008. aasta lepingule lisa, millega Tallinna Sadam nõustus suurendama KMG Inseneriehituse tasu ligi 29 miljonit krooni.

15. Kai kandekonstruktsiooni rajamise järel mahult ja maksumuselt järgmiseks tööks oli sadamale mere arvelt ja kaldaala täitmise teel uue 27-hektarilise maa-ala rajamine (toruvaiade ja sulundite maksumus koos paigaldamisega moodustas 37 protsenti otsekuludest, uue maa-ala rajamine 28 protsenti otsekuludest). Selleks toodi Naissaare juurest merest ligi 1,3 miljonit kuupmeetrit liiva.



Muuga sadama kai taguse uue kaldaala tekitamine merest toodud liivaga

Foto Tallinna Sadama andmekogust

**Terminali maa-ala
rajamiseks toodud liivas olid
lõhkekehad, mille tekitatud
kahjustuste korvamine
suurendas tööde maksumust
üheksa miljonit krooni**

16. Liiva kaevandamisel lõhkesid mõned merepõhjas aastakümneid seisnud mürsud, kahjustades kaevandamiseseadmeid ja neid kandvaid laevu. Laevade ja seadmete remontimine ning lõhkekehade vältimiseks lisameetmete rakendamine aeglustasid kaevetööde kulgu. 31.12.2009 vormistati lepingule teine lisa, millega lepiti kokku, et Tallinna Sadam kompenseerib mürskude lõhkemisest töövõtjale tekkinud kahju summas üheksa miljonit krooni. Ka lepiti kokku, et tööde lõpetamise tähtaega pikendatakse kuue kuu võrra. Selle otsuse tingis otsus, et töövõtja kasutab terminali territooriumi pinnase tihendamiseks vajaliku raskuse tekitamiseks liiva ehitusplatsil ümberpaigutamist, st ülekoormus rajatavale territooriumile tekitatakse territooriumi osade kaupa. Muudatuse tõttu tööde korralduses vähenes merest toodava liiva kogus, kuid aeglustus tööde tempo.

17. Lepingu teise lisaga muudeti ka tööde lõppmaksumust, selleks sai 849 204 744 krooni (käibemaksuta). Tabelis 1 on esitatud ülevaade kõigist olulisematest muudatustest tööde maksumuses.

Tabel.1 Ülevaade olulisematest muudatustest tööde maksumuses

	Maksumus lepingus 7.7.2008, mln kr	Maksumus lepingu esimese muudatuse (9.2.2009) kohaselt, mln kr	Muudatus 9.2.2009/ 7.7.2008, mln kr	Maksumus lepingu teise muudatuse (31.12.2009) kohaselt, mln kr	Muudatus 31.12.2009/ 7.7.2008, mln kr
Üldehitustööd,	465,2	492,8	+ 27,6	492,2	+ 27
sh kai pealisehitis	68,3	99	+ 30,7	99	+ 30,7
kai kate	10	2,9	- 7,1	2,9	- 7,1

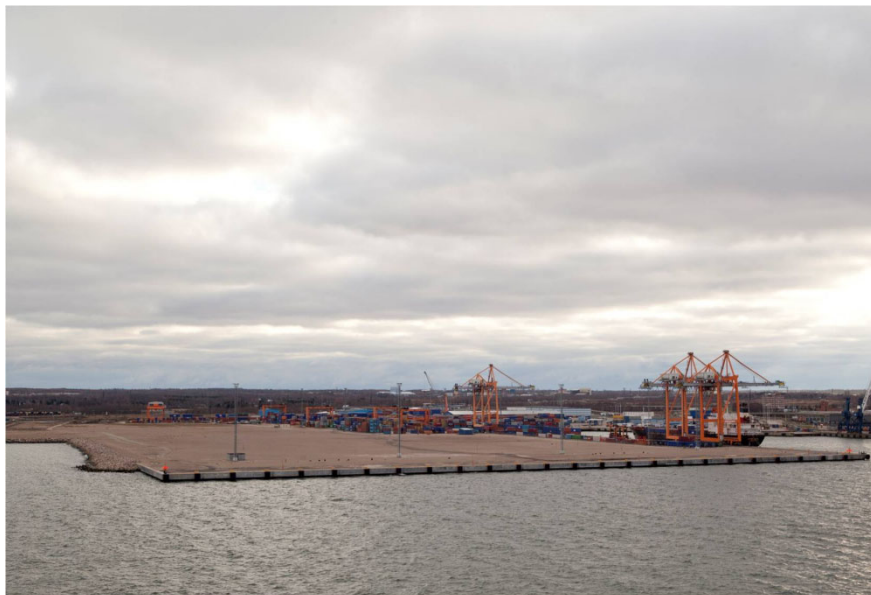
terastoruviad*	267,6	275,4	+ 7,8	275,4	+ 7,8
sulundid*	24,5	24,2	– 0,3	24,2	– 0,3
kokku muud üldehitustööd	94,8	91,3	– 3,5	90,7	-4,1
Täitetööd	219,9	219,9	–	222,1	+2,2
Kokku kõik muud tööd	89,6	89,6	–	87,1	-2,5
Otsekulud	774,7	802,3	+ 27,6	801,3	+ 26,6
Varu	38,7	9,9	– 28,8	0	-38,7
Kokku otsekulud ja varu	813,4	812,2	– 1,2	801,3	– 12,1
Projekteerimine	4	5,3	+ 1,3	5,3	–
Muud kulud	0,3	0,3	–	0,3	–
Kaudsed kulud	14,9	14,9	–	14,7	– 0,2
Kasum	28	28	–	27,6	– 0,4
Maksumus käibemaksuta	860,6	860,6	–	849,2	– 11,4

* Detailide maksumus koos paigaldamise maksumusega

Allikas: Riigikontrolli arvestused Tallinna Sadama sõlmitud lepingute andmete järgi

Tööde valmimine, lõppmaksumus ja rahastamine

18. Tööde vastuvõtmise akt vormistati 7.7.2010.



Muuga sadama 17. kai mere poolt vaadates

Foto Tallinna Sadama andmekogust

19. Kuna Tallinna Sadama ettepanekul oli töövõtja jätnud kraana rööpad paigaldamata, maksti tööde vastuvõtu akti alusel töövõtjale kaks miljonit krooni vähem, kui 31.12.2009. aasta lepingumuudatuse järgi oleks

pidanud – kokku 847 207 920 krooni. Koos käibemaksuga läksid tööd maksma ligi 1004,8 miljonit krooni.

20. Euroopa Liit kompenseeris Ühtekuuluvusfondist Tallinna Sadamale konteinerterminali maa-ala suurendamise kulutusi 182 miljonit krooni. Fondist raha saamise üheks tingimuseks oli nõue, et kõik tööd peavad olema lõpetatud hiljemalt 2010. aasta lõpuks. Kahtlemata võis see tähtaeg mõjutada sadama toiminguid hankelepingu täitmisel.



Muuga sadama 2010. aastal valminud 17. kai

Foto Tallinna Sadama andmekogust

Uute kaide kasutamine

21. Lepingut Hiina firmaga Ninbo Port Group 16. kai pikenduse ja 17. kai kasutamiseks moodustatud maa-alale uue terminali rajamiseks ja opereerimiseks sadamal sõlmida ei õnnestunud.

22. Tallinna Sadam valis konkursi korras lepingupartneriks Eestis registreeritud firma Rail Garant, kelle omanikeks on Venemaa ärikonsortsiumi esindajad. Leping sõlmiti 11.4.2011. Ajakirjanduses avaldatud info kohaselt on terminali rajaja / tulevane operaator lubanud investeerida Muuga terminali vähemalt 60 miljonit eurot. Terminal on kavandatud rajada ja käivitada etapiti alates 2013. aasta algusest, töödega alustati 2012. aastal.

23. Tallinna Sadama poolt Rail Garandiga hoonestusõiguse seadmise lepingu ja koostöölepingu sõlmimise on vaidlustanud ühiselt kaks Eesti firmat, kelle arvates pidanuks sadam tulenevalt eelnevaist kokkuleppeist valima lepingupartneri neid, mitte Rail Garanti. Riigikontroll ei ole hinnanud sadama toiminguid 17. kai baasil loodavale uuele terminalile operaatori leidmisel.

Sadam on valinud uut kaid kasutama hakkava isiku, kes on kavandanud selleks vajaliku infrastruktuuri rajada 2012. aasta lõpuks

Puudused hankekonkursi tingimuste seadmisel

17. kai rajamise tehniliste tingimuste seadmisel ei püütud leida kõige ratsionaalsemat lahendust

24. 17. kai tehnilise kirjelduse koostaja valis sadam kolme Eestis registreeritud projekteerimisbüroo hulgast konkursi korras.

25. Sadama valitud projekteerimisbüroo esitas hankeobjekti kirjelduse joonistena ning seletuskirja nende juurde. AS Tallinna Sadam käsitles seda eelprojektina. Eelprojekti koostamise käigus tuleb analüüsida tehniliste ja arhitektuursete lahenduste ökonoomsust ning tehniliste lahenduste sobivust, eelprojekt peab sisaldama valitud lahenduse põhjendust. 17. kai tehnilise kirjeldusena koostatud projektis ei ole kai tehnilist lahendust põhjendatud.

Tallinna Sadam ei hinnanud hanke tehniliste tingimuste ratsionaalsust

26. Tallinna Sadam ei küsinud üheltki eksperdilt arvamust tööde tehnilise kirjelduse kohta, sh selle kohta, kas sadama soovitud omadustega objekti saaks rajada ka teistsugust, väiksema materjalikuluga lahendust kasutades (ja seeläbi odavamalt).

KMG Inseneriehituse AS leidis võimaluse ehitada 17. kai hankekonkursil arvestatust ligikaudu 1,9 korda väiksem terasekuluga

27. Hankelepingu täitmise käigus otsustas KMG Inseneriehitus rajada 17. kai lepingus fikseeritud tehnilisest kirjeldusest erineva konstruktsiooniga. Seetõttu oli tema ehitatud 16. kai pikenduse ja 17. kai toruvaiade ja sulundseinte kogukaal 1,9 korda (enam kui viis tuhat tonni) väiksem kui hankekonkursil osalenutele antud projekti kohaselt. Kui terase maksumus poleks 2008. aastal ajutiselt hüppeliselt kasvanud, vähenenuks terasvaiade ja -sulundite maksumus nende kogukaalu vähenemise tõttu ligikaudu 90 miljoni krooni võrra (kui eeldada, et kaide ehitamisel kasutatud terasdetailid kallinesid samas ulatuses kui teras, millest neid valmistati).

28. KMG Inseneriehitus muutis oluliselt ka kai pealisehitise konstruktsiooni (pingestamata raudbetooni asemel kasutati järelpingestatud raudbetooni) ja kai katet. Seetõttu vähenes oluliselt ka betooni ja asfaldi vajadus. Samas kulus Tallinna Sadama selgituse kohaselt järelpingestatud konstruktsiooni kasutamise tõttu rohkem raha tööjõu ja mehhanismide peale, samuti kulus rohkem metalli betooni mahuühiku kohta – töövõtja väite kohaselt kallines kai pealisehitus seetõttu ligi poole võrra (vt tabel 1).

29. 17. kai konstruktsiooni muutmise teel saavutatud rahalise võidu täpseid arvestusi Riigikontroll ei teinud, sest vajalikud lähteandmed olid puudulikud. Tallinna Sadama töötaja selgituste kohaselt ei ole ka neil täpsete arvestuste tegemiseks kõiki vajalikke andmeid. Riigikontrolli ligikaudsed arvestused võimaldavad väita, et 17. kai konstruktsiooni muutmine vähendas töövõtja kulutusi kümnete miljonite kroonide võrra. See tähendab, et hankekonkursil osalenutelt teistsugusest projektist lähtumist nõudes oleks Tallinna Sadam võinud saada oluliselt väiksema maksumusega pakkumusi.

30. Tallinna Sadama töötajate selgituse kohaselt ei küsinud nad hanke tehniliste tingimuste ratsionaalsuse kohta ekspertidelt arvamust, sest ei pidanud seda vajalikuks. Tegemist oli projekteerimis-ehitustöövõtuga, milles töövõtja õiguseks ja kohuseks oli koostada sadama nõuetele ja

töövõtja võimetele vastav tööprojekt ning leida kõige ratsionaalsem tehniline lahendus. Kui projekti on võimalik ellu viia eeldatust väiksemate kulutustega ja eksperdid peavad seda nõuetekohaseks, ei vähendata töövõtjale makstavat lepingujärgset tasu.

31. Lisaks juhtisid Tallinna Sadama töötajad Riigikontrolli tähelepanu sellele, et KMG Inseneriehituse kasutatud tehnilist lahendust kai ehituseks pakkus hanke käigus ka üks teine ettevõtja, kelle pakkumus oli kallim kui KMG Inseneriehitusel. Sadama töötajad ütlesid, et kui peaks paika Riigikontrolli arvamus, et üks konkreetne tehniline lahendus on selle kai ehitamiseks vaieldamatult ratsionaalsem kui mõni teine, siis oleks pidanud hankekonkursi võitma nimelt see ettevõtja, kes hankekonkursil sellisest lahendusest lähtudes oma pakkumuse tegi, ja mitte KMG Inseneriehitus. Aga tema pakkumus oli kallim kui KMG oma. Parim lahendus kujuneb pakkuja kasutuses olevate masinate, materjalide, tehnilise lahenduse ja paljude muude asjaolude koosmõjul ning tehnilise lahenduse optimaalsust ei saa hinnata ainuüksi materjali hinna muutumise põhjal.

32. Riigikontroll aktsepteerib Tallinna Sadama seisukohta, et ehitise tehnilise lahenduse ratsionaalsust ei saa hinnata vaid materjalikulu järgi. Samas ei nõustu Riigikontroll sadamaga selles, et hankija, eriti veel Tallinna Sadam kui Eestis suurim vesiehitiste tellija, ei pea hankekonkursside tingimusi seades hindama talle soovitatud tehniliste lahenduste sobivust ning ökonoomsust. Tallinna Sadam peaks selleks suuteline olema ning mitte lähtuma seisukohast, et ehitaja leiab alati parima lahenduse.

33. Riigikontrolli arvates ei ilmutanud sadama juhtkond piisavat hoolsust, kui esitas hankekonkursil osalenutele hanke tehnilised tingimused, mille põhjendatuse ja ökonoomsuse kohta tal arvamus puudus.

Hankekonkursi tingimused olid osaliselt mitmetimõistetavad ja võimalikke pakkujaid liigselt piiravad

34. Riigihangete seadus kohustab hankijat tagama hankekorralduse läbipaistvuse.

35. Hankekonkursis osalenutele antud hankedokumentidest võis aru saada, et pakkujad pidid pakkumuste tegemisel lähtuma sadama seatud nõuetest, mis sadam oli fikseerinud hanke tehnilistes tingimustes ja hankekonkursil osalenutele kirjalikult antud juhistes. Juhistes on nimetatud hanget küll [projekteerimis-ehitustöövõtuks](#), kuid hanke lühikirjelduses on juttu vaid tööprojektist, st projektis kavandatu teostamiseks ehitajate jaoks vajalike jooniste ja juhendite koostamise kohustusest. Mõistet „projekteerimis-ehitustöövõtt“ pakkumise kutse dokumentides ei ole defineeritud, ka ei ole antud viidet dokumendile, milles selle mõiste oleks olnud avatud. Pakkumise kutse dokumentidele lisatud hankelepingu projektis on öeldud, et tulevane töövõtja peab oma töös lähtuma hankekonkursil osalejatele antud projektdokumentatsioonist.

Projekteerimis-ehitustöövõtt on töövõtt, mille puhul üks ettevõtja, lähtudes tellija eskiisist või eelprojektist, võtab endale täieliku vastutuse nii projektlahendi kui ka tööde tegemise eest.

Eelprojekt peab sisaldama valitud lahenduse tehnilist ja majanduslikku põhjendust ning võimaldama määrata ligikaudset ehitusmaksumust.

Põhiprojekt peab sisaldama tehnilist infot ja ehitise kvaliteedi kirjeldust mahus, mis võimaldab määrata eelarvelist ehitusmaksumust, korraldada ehitushanget ja koostada ehitamiseks hinnapaksumist.

Allikas: majandus- ja kommunikatsiooniministri 17.9.2010. a määrus „Nõuded ehitusprojektile“

Pakkumise kutse dokumentidest ei olnud võimalik aru saada, et pakkujad võivad hanke tehnilistest tingimustest kõrvale kalduda. See selgus alles vastustest konkursil osalenute küsimustele

Enamiku pakkumuste järgi oli kavas muuta 17. kai konstruktsiooni

36. Hankekonkursi ajal tuli juhinduda Eesti standardist EVS 811 : 2006. Selle standardi järgi on põhiprojekt ehitusprojekti staadium, kus tehnilised lahendused peavad olema kindlaks määratud ehituspakkumiste korraldamiseks vajaliku detailsusega. Põhiprojektis tuleb kindlaks määrata kandekonstruktsioonide tehniline lahendus, materjalid ja mõõtmed. Projekti detailsus peab võimaldama ehitusmaksumuse määramist. Hankekonkursil osalenutele pakkumuste koostamiseks esitatud dokumentatsioon vastas neile nõuetele – pakkumise kutse dokumentides nõuti materjalide ja töö maksumuse näitamist enam kui 200 real; kaide toruvaiade osas oli ette antud nende arv, läbimõõt ja seina paksus, pikkus, terase mark; pakkujailt nõuti pakkumust iga konkreetse vaia materjali maksumuse ning paigaldamise maksumuse kohta. Seetõttu käsitleb Riigikontroll hankekonkursil osalenutele esitatud projektdokumentatsiooni mitte **eelprojektina**, vaid **põhiprojektina**.

37. Pakkumise kutse dokumentidest ei ole võimalik aru saada, et pakkujatel on õigus hanke tehnilist kirjeldust mitte järgida. Hanke tehnilise kirjeldus järgimise kohustuslikkuse kohta on antud pakkujatele vastakaid selgitusi. On öeldud, et hankedokumentides pakkujale teatavaks tehtud tööde mahtu ei tohi muuta, kuid samas selgitatud, et kui pakkumuses nähakse ette muudatusi, mida ei käsitleta kavandatu alternatiivina, siis tuleb pakkumuses esitada tööde mahtude loetelu muudetud kujul. Alternatiivina kinnise esiseinaga kavandatud 17. kai konstruktsioonile käsitleti estakaadkaid, st sama tüüpi kaid, nagu oli 16. kai).

38. Pakkujate küsimustest ja neile 2007. aasta novembrikuu viimastel päevadel antud vastustest võib aru saada ka nii, et Tallinna Sadam lubas muuta kaide konstruktsiooni ka pärast hankelepingu sõlmimist, projekteerimise käigus. Riigikontrolli hinnangu kohaselt võib pakkujatele antud selgitusi kaide konstruktsioonide muutmise lubatavuse kohta käsitleda hankedokumentide muutmisenä, mida riigihangete seaduse kohaselt tohtinuks selle hankekonkursi puhul teha mitte hiljem kui 26 päeva enne pakkumuste esitamise tähtaega. Sadam andis need selgitused 2007. aasta novembri lõupäeval, ligikaudu kaks nädalat enne pakkumuste esitamise tähtaega. Ükski hankekonkursil osalenutest ei tõstatanud küsimust riigihangete korraldamise reeglite rikkumisest.

39. Kuuest pakkumusest vaid kahes (sh ka tulevase lepingupartneri KMG Inseneriehituse pakkumuses) olid 17. kai tööde loetelu ja mahud samad mis pakkumuse kutse dokumentides. Neljas pakkumuses nähti ette kai kandekonstruktsiooni vähemal või suuremal määral muutmine, seejuures neist ühe (selleks ei olnud KMG Inseneriehitus) pakkumusest võis aru saada, et pakkuja kavatseb 17. kai konstruktsiooni põhimõtteliselt muuta (hiljem kasutas KMG Inseneriehitus nimelt seda lahendust).

40. Riigikontrolli arvates pidanuks pakkumise kutse dokumentides olema selgelt kirjas, et kai konstruktsiooni tohib muuta. Nii oli Tallinna Sadam talitanud 2006. aasta lõpul Muuga sadama idaosa laienduse I etapi ehitushanke konkursil – kirjutanud pakkumise kutse dokumenti, et pakkuja võib oma pakkumuses muuta kai esiseina vaiasüsteemi. Pakkumise kutse dokumentides asjakohaste selgituste andmatajätmine võis vähendada võimalike pakkujate huvi pakkumuste esitamise vastu ja seeläbi ka sadama valikuvõimalusi. Seega ei pruukinud sadam saada kirjeldatud olukorras võimalikest parimat pakkumust.

41. Tallinna Sadama töötajad ei nõustunud Riigikontrolliga. Kõik pakkumuse teinud firmad olevat aru saanud, et eelprojekti järgimine ei ole kohustuslik, st võib esitada pakkumusi kinnise esiseinaga 17. kai ehitamiseks eelprojekti kavandatust erineva konstruktsiooniga. Seda olevat hankekonkursi käigus piisavalt selgitatud, ja et kõik sellest aru said, nähtub asjaolust, et kuuest pakkumusest neljas ei olnud täpselt järgitud hankedokumentides olnud projekti.
42. Tallinna Sadam hindas kõik esitatud pakkumused nõuetele vastavaks. Seega – kuigi pakkujaile algselt antud hankedokumentidest järeldab Riigikontroll, et pakkumused tuli esitada hanke tehnilises kirjelduses etteantu konkretiseerimiseks tööjoonistena ja elluviimiseks, ei pidanud sadam hankedokumentides olnud projekti järgimist kohustuslikuks. Sadam selgitab seda asjaoluga, et käsitles hanget projekteerimis-ehitustöövõtu hankena, st hankena, milles töövõtja ülesandeks ja õiguseks on valida, millise projekti kohaselt ta tellija soovitud objekti rajab.
43. Pakkujatele antud selgituste kohaselt olevat hankedokumentides fikseeritust erineva töödema huga pakkumuste aktsepteerimine tulenenud ka asjaolust, et Tallinna Sadam hindas pakkumusi lõpphinna järgi, st tööde mahtudel ja ühikuhindadel ei olnud pakkumuste võrdlemisel mingit tähtsust. Riigikontroll märgib seoses sadama selgitusega, et sadam ja tema lepingupartner pidasid vajalikuks fikseerida tööde mahud kogu nende küllaltki suures loetelus (enam kui 200 rida) hankelepingus (selle osana) ja käsitleda muudetud tööde mahte koos nende maksumustega sama põhjalikus loetelus lepingu 9.2.2009. aasta ning 31.12.2009. aasta lisades.
44. Riigikontrolli arvates ei oleks sadam juhul, kui käsitles hanget projekteerimis-ehitustöövõtuna, mille raames hanke tehniline kirjeldus ei olnud tulevasele lepingupartnerile siduv, pidanud nõudma pakkumusi etteantud konstruktsiooniga kai rajamiseks, vaid küsima hankekonkursil osalenutelt pakkumusi hanke tehnilises kirjelduses kavandatud omadustega kai projekteerimiseks ja ehitamiseks.
45. **Riigikontrolli soovitus rahandusministrile:** otsustada, kas hankedokumentide muutmine oli kooskõlas Euroopa Liidu Ühtekuuluvusfondi raha kasutamise reeglitega, ning reeglite rikkumise korral alata nõuetekohane menetlus Tallinna Sadama suhtes.

Rahandusministri vastus: Rahandusministeeriumi finantskontrolli osakond kui auditeeriv asutus on alustanud Ühtekuuluvusfondi projekti nr CCI/2006/EE/16/C/PT/001 „Muuga sadama idaosa laiendamine” toetuse lõpetamise deklaratsiooni koostamise toiminguid, mille eesmärgiks on anda muu hulgas hinnang, kas projekt on läbi viidud kooskõlas rahastamiskokkuleppe sätetatud eesmärkide ja rahastamistingimustega.

Auditeeriv asutus võtab teadmiseks Riigikontrolli auditis välja toodud argumendid ning tuvastab aruandes viidatud riigihangete reeglite rikkumiste faktiliste asjaolude olemasolu toetuse lõpetamise deklaratsiooni koostamise toimingute käigus.

Juhul, kui auditeeriv asutus tuvastab toimingute käigus mitteabikõlblikke kulusid, teeb auditeeriv asutus rakendusüksusele soovitusel toetuse tagasinõudmiseks.

Hankekongkursil osalenutele olulise info edastamatajätmine põhjustas Tallinna Sadamale üheksa miljonit krooni lisakulu

Tallinna Sadam nõudis täiteliiva toomist Naissaare juurest merest

Osa liivas olnud lõhkekehade plahvatasid, kahjustades töövõtja seadmeid ja laevu

Sadam teadis lõhkekehade olemasolu võimalusest, kuid ei informeerinud sellest hankest huvitatuid

46. Hanke tehnilise kirjelduse kohaselt oli ehitusplatsile vaja tuua enam kui miljon kuupmeetrit liiva, et täita rajatavate kaide tagune merepõhi kaide kõrguseni ja luua sellega uue terminali tööks sobilik territoorium.

47. Tallinna Sadam nõudis, et liiv toodaks 21 miili kauguselt merest Naissaare juurest. Mujalt liiva toomise keeldu selgitas sadam kõigile pakkujatele võrdsete tingimuste tagamise vajadusega (sadam oli eelnevalt hankinud loa Naissaare juures asuvast maardlast liiva ammutamiseks). Maismaalt keelas sadam liiva tuua, sest see võib tekitada sadama tööle takistusi ja suured veomahud kahjustada keskkonda.

48. Liiva ammutamisel merest toimusid kaeveseadmetes kahel korral neid ja laevu vigastanud plahvatused. Töövõtjale tekkisid sellest lisakulutused (laevade remont Taanis, seadmete eeldatust väiksem jõudlus kaitserestide paigaldamise tõttu jmt), töövõtja arvestuste kohaselt kokku ligi 16,7 miljonit krooni. KMG Inseneriehitus nõudis sadamalt lisakulutuste hüvitamist.

49. Algul Tallinna Sadam tõrjus KMG Inseneriehituse nõude, kuid hiljem saavutati kompromiss – sadam oli nõus tasu suurendama ligi 9 miljoni (8 990 179) krooni võrra ja pikendama kõigi tööde lõpetamise tähtaega poole aasta võrra. Asjakohane kokkulepe vormistati 7.7.2008. aasta lepingule 31.12.2009 allkirjastatud teises lisas.

50. Enne seda oli Tallinna Sadam küsinud lepingumuudatuseks – tööde lõpetamise tähtaja pikendamiseks kuue kuu võrra loa Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumilt (kuna töid rahastati osaliselt ELi Ühtekuuluvusfondist). Sadam põhjendas lepingu muutmise vajadust võimalusega vähendada seeläbi terminalile mere arvelt uue territooriumi rajamise tööde maksumust. Seda oli võimalik saavutada merre rajatava uue territooriumi pinnase tihendamise etapiviisiliselt – vedada juba tihenendunud territooriumi osalt nn ülekoormusliiv veel tihendamata territooriumile, vähendades seeläbi merest Naissaare juurest veetava liiva kogust. Ministeerium nõustus tööde tähtaja pikendamisega.

51. Hankekongkursi alustades teadis Tallinna Sadam, et Naissaare maardlates võib olla vanu mürske (oli teada, et tsariarmee kasutas tulevast liivavõtukohta laskeharjutusteks ning sadam oli lõhkekehasid tuvastanud varem sealt söeterminali jaoks liiva hankides). Eelmisel Muuga sadama laiendamise hankekongkursil (kongress, millel kõik pakkumised kui hanke maksumuse eeldatavat piirmäära ületavad tagasi lükati – vt p-d 2 ja 3) oli sadam lõhkekehade olemasolu võimalusest kongressil osalenuid informeerinud ja nõudnud, et kõik pakkujad kindlustaksid end lõhkekehade plahvatuselt tekkida võivate nõuete vastu vähemalt 15 miljoni krooni ulatuses. Tõenäoliselt olid lõhkekehade esinemise võimalusest teadlikud ka pakkujad – 21st hankekongkursil osalenust 10, sh ka KMG Inseneriehituse konsortsiumikaaslased olid eelmisel kongressil osalenud.

52. Siiski ei viidanud Tallinna Sadam 16. kai pikendamise ja 17. kai rajamise hanke dokumentides võimalusele, et liiv sisaldab üsna suure tõenäosusega lõhkekehasid. Ka ei nõudnud sadam, et pakkujad peaksid

end kindlustama lõhkekehade tekkida võivate kahjude vastu. Sellist nõuet ei olnud ka KMG Inseneriehitusega sõlmitud lepingus.

53. Tallinna Sadama selgituste kohaselt jätsid nad teadlikult pakkumise kutse dokumentides lõhkekehade esinemise võimaluse märkimata, et mitte suurendada pakkumuste maksumust töövõtjate poolt kindlustusandjatele antavate tasude võrra (kui suure summaga pidanuks arvestama, seda sadam ei tea). Sadam ei teadnud, kas ja kui palju liivas lõhkekehasid on ja kui suur on tõenäosus, et nad kaevandamisel lõhkevad. Pakkumise kutse dokumentide koostamisel arvestati võimalusega, et töövõtjale tuleb hüvitada lõhkekehade tekkida võiv kahju.

54. Sadama selgituse kohaselt pidanuks pakkujad lõhkekehade esinemise võimalusega ise arvestama, kuna info lõhkekehade kohta ei olnud kellelegi saladus. Ka viitas sadam Tallinna Tehnikaülikooli meresüsteemide instituudi 2006. aastal tehtud Naissaare maardla magnetomeetrilise uuringule, milles ei tuvastatud maardlates metallesemeid, mida võinuks käsitleda lõhkekehadena (uuringus kasutatud seadmed fikseerisid vaid viis kilogrammi ja enam kaaluvaid esemeid, kuid enamik tööde käigus leitud lõhkekehasid olid kergemad).

55. Riigikontroll ei nõustu Tallinna Sadamaga, et kõik hankekonkursil osalenud oleks pidanud arvestama liivas lõhkekehade olemasoluga. Sadamal ei olnud alust eeldada, et konkursil osalevad vaid need firmad, kes osalesid ka eelmisel konkursil, ning et vähem kui viis kilogrammi kaaluvad lõhkekehad ei ole liiva kaevandamisel seadmetele ja inimestele ohtlikud. Lõhkekehade olemasolu võimalusest teavitamatajätmise tõttu pidi sadam maksma lisaks pea üheksa miljonit krooni ja nõustuma tööde lõpetamise tähtaja pikendamisega poole aasta võrra. Ka võttis sadam endale osavastutuse lõhkekehade inimestele tekkida võivate vigastuste eest.

Hankekonkursi tingimuste ja hanklepingu kohaselt ei olnud töövõtjal õigust nõuda sadamalt materjalide ja tööjõu kallinemise kompenseerimist

56. Hankekonkursi tingimustes on kirjas, et sadam ei kompenseeri töövõtjale materjalide või muude asjade, tööjõu või teenuste kallinemisest tingitud kulutuste suurenemist, v.a juhtudel, kui sadam annab töövõtjale korraldusi, mis muudavad tööle esitatavaid nõudeid nii, et sellega kaasneb töömahu ja kulutuste oluline suurenemine. Selliste korralduste andmisel pidi pooltevahelised suhted reguleeritama täiendavate kokkulepetega. Samamoodi on kirjas ka hanklepingus.

57. 7.7.2008 sõlmitud hanklepingu osaks olnud töömahtude ja maksumuste arvestuses on fikseeritud terase maksumus sellisena, nagu KMG Inseneriehitus oli seda 2007. aasta detsembris oma pakkumuses näidanud.

58. 2008. aasta juuli algul, kui hankleping sõlmiti, oli terase hind saavutanud oma maksimumi (langedes seejärel kiiresti – vt ka p 11). Terasest toruvaiade ja sulundseinte maksumuseks arvestati 7.7.2008. aasta lepingus 194 miljonit krooni, tegelikult olid need selleks ajaks kallinenud 128 miljoni krooni võrra (kui eeldada, et need kallinesid samas ulatuses kui teras keskmiselt, st ligikaudu kahe kolmandiku võrra). KMG Inseneriehitusele ja tema partneritele oleks sellise hinnatõusu

Lõhkekehade olemasolu võimalusest

teavitamatajätmise tõttu pidi Tallinna Sadam maksma ligi üheksa miljonit krooni lisa ja nõustuma tööde lõpetamise tähtaja pikendamisega poole aasta võrra

Töövõtjal ei olnud õigust nõuda Tallinna Sadamalt materjalide ja tööjõu kallinemise kompenseerimist

Pakkumuste tegemise ajast lepingu sõlmimiseni kallines hanklepingu täitmiseks vajalik teras enam kui 100 miljonit krooni

katmine hankelepingus fikseeritud töömahtude puhul käinud ilmselt üle jõu.

**Töövõtja kulutuste kasvu
kompenseerimisest
keeldumisega võttis Tallinna
Sadam riski, et töövõtja võib
kulutuste ettenägemata
suures ulatuses tõusu tõttu
töö pooleli jätta**

59. Sätestades ühemõtteliselt, et hankija ei hüvita töövõtja kulutuste suurenemist, kui seda pole põhjustanud hankija korraldusest tingitud töömahtude ja kulutuste oluline suurenemine, võttis sadam riski, et töövõtja kulude suurenemise korral töövõtjast ja hankijast sõltumatutel asjaoludel võivad töövõtja kulud ületada sadamalt saadava tasu niivõrd suures ulatuses, et töövõtja neid kanda ei suuda ja tööd seetõttu seiskuvad lepinguosalistele sobiva lahenduse leidmiseni.

60. Sama probleem – tööde maksumusest olulist osa moodustavate materjalide hind tõuseb hankelepingu täitmise käigus ettenägematult suures ulatuses – on Eestis ilmnenu ka teedehituses, kui naftasaaduste hind tõusis (Riigikontrollil oleva info kohaselt pole Maanteeamet ses asjas konkreetsete lahendusteni seni veel jõudnud).

61. Riigihangete seadus ei keela hankekonkursside tingimustes ette näha, kuidas tulevased lepinguosalistes talitavad juhul, kui tööde maksumust oluliselt mõjutavate materjalide hinnad lepingu täitmise ajal ettenägemata ulatuses muutuvad. Rahandusministeeriumi juhistes riigihangete korraldamiseks on hankijate tähelepanu juhitud vajadusele arvestada selliste situatsioonide tekke võimalusega.

62. **Riigikontrolli soovitus rahandusministrile:** anda ministeeriumi kodulehel olevates riigihangete korraldamise juhistes konkreetseid soovitusi hankijatele, kuidas sõnastada hanketingimused selliste hangete korraldamisel, mille maksumus võib hankelepingu täitmise ajal töövõtjast olenematul asjaoludel ettenägematult suures ulatuses muutuda (suureneda või väheneda).

Rahandusministri vastus: Riigihangete raames ostetavad asjad ning tellitavad teenused, k.a tellitavad ehitustööd on oma olemuselt väga erinevad, mistõttu sõltuvad riigihangete tulemusel sõlmitavate lepingute tingimused konkreetse hankelepingu esemest. Oleme seisukohal, et Rahandusministeerium ei saa asuda hankija rolli ega anda konkreetset hanketingimuste sõnastust olukorraks, kus hankelepingu maksumus võib hankelepingu täitmise ajal ettenägematutel asjaoludel muutuda.

Ettenägematud asjaolud võivad ilmneda iga riigihanke puhul. Samas peavad nii hankija kui ka pakkuja arvestama, et hankedokumentides kehtestatud tingimustega peavad mõlemad olema seotud hankelepingu täitmiseni, mitte ainult hankemenetluse lõppemiseni. Majandus- või kutsetegevuses osalev pakkuja peab riigihankes osaledes hindama ka võimalikku riski, et hankelepingu täitmine võib ettenägematutel asjaoludel lepingu täitmise ajal kallineda. Pakkujal on võimalik selline risk ja sellest tulenevad kulud arvestada esitatava pakkumuse sisse.

Hankija saab hanketingimuste kehtestamisel lähtuda talle hankemenetluse läbiviimise ajahetkel teadaolevatest andmetest. Riigihangete seaduse § 20 lg 1 p 1 kohaselt on riigihanke eeldatav maksumus hankija poolt hankelepingu täitmise eeldatavalt makstav kogusumma, arvestades muu hulgas tõenäolisi hankelepingu alusel tulevikus tekkivaid kohustusi ja hankelepingu uuendamist. Seega juhul, kui hankijal on riigihanke läbiviimisel alust eeldada, et hankelepingu maht või maksumus võivad hankelepingu täitmise ajal hankijast või teenuse osutajast sõltumatutel

asjaoludel muutuda, on hankijal võimalus hankedokumentides kehtestada detailsed alused hankelepingu hilisemaks muutmiseks hankelepingu täitmise kestel.

Arvestada tuleb ka asjaoluga, et lepingu oluline muutmine võib tähendada hoopiski uue hankemenetluse korraldamist. Seda seisukohta kinnitavad ka riigihangete direktiivide kohaselt kehtestatud erandliku hankemenetluse (väljakuulutamisetähtaegide läbimõõramisega hankemenetluse) kohaldamise võimalikud alused (nt § 28 lg 2 p 3; § 28 lg 5 p 2).

Hankelepingu muutmise seonduvat on Rahandusministeerium käsitlenud e-riigihangete keskkonna lehel korduma kippuvate küsimuste (KKK) rubriigis aadressil www.riigihanked.riik.ee.

Puudused hankelepingu sõlmimisel

Hankelepingu sõlmimisega viivitamine halvendas Tallinna Sadama positsiooni suhtes võimalike lepingupartneritega

Leping sõlmiti seitse kuud pärast pakkumuste esitamist

63. Pakkumusi konteinerterminali laiendamiseks soovis Tallinna Sadam saada kahe kuuga (riigihangete seadus nõuab vähemalt 52-päevast tähtaega), need esitati 2007. aasta detsembris. Otsuse hankeleping sõlmida tegi sadam viis kuud hiljem, 2008. aasta mais, leping sõlmiti juuli algul.

64. Sadama töötajate selgituse kohaselt viibis hankelepingu sõlmimine Eesti ja Venemaa (sadama kaudu liikuvate kaupade peamine lähte- ja sihtriik) vaheliste suhete järsu halvenemise tõttu 2007. aastal, samuti eelseisva majanduslangusega kaasneva võivate probleemide tunnetamise tõttu. Sadama juhtkond pidas vajalikuks veel kord põhjalikult kaaluda varem otsustatu põhjendatust. Sadama nõukogu arutas konteinerredude teenindamisele orienteerumisega seonduvat 2008. aasta veebruaris ja aprillis, tegemata otsust, kas sõlmida 2007. aasta lõpus korraldatud hankekonkursi võitnuga hankeleping.

65. Kahtlematult seadis otsusega viivitamine pakkumuse teinud firmad teatud raskustesse tegevuse kavandamisel. See halvendas oluliselt ka sadama positsiooni suhtes hankekonkursil osalenutega – konkursist möödunud viie kuu jooksul oli terase hind hüppeliselt tõusnud, millega keegi konkursil osalenutest ilmselt ei osanud arvestada, ning seetõttu võis arvata, et lepingu sõlmimisel soovivad pakkujad pakkumuse hinda suurendada (mis hankekonkursi tingimustest tulenevalt pidanuks olema välistatud).

Pakkumuste jõusoleku pikendamist taotledes loobus Tallinna Sadam pakkumuste rahalistest tagatistest

66. Pakkumuse tagatisena pidid pakkujad esitama krediidi- või finantseerimisasutuse või kindlustusandja garantii 10 miljonile kroonile või deponeerima samasuure summa Tallinna Sadama pangakontole. Kui sadam palus pakkujail pakkumuste jõusoleku tähtaega pikendada (seda tegi ta kaks korda), siis ta pakkumuste rahalist tagamist enam ei nõudnud, pidades tagatise pikendamist pakkujatele rahaliselt liialt koormavaks (seaduse järgi võib, kuid ei pea tagatist nõudma). Tagatise nõudmisest loobumisega võttis sadam riski, et pakkumuse teinud firmad võivad pakkumusest taganeda sanktsioonide rakendamist kartmata.

Lepingu sõlmimisel ei järgitud riigihangete seadust

67. Hankekonkursi tingimuste kohaselt pidid pakkumused olema jõus 90 päeva nende esitamise päevast arvestades. Tallinna Sadama ettepanekul pikendasid kuuest pakkujast viis oma pakkumuste jõusolekut kaks korda (veebruaris aprilli keskpaigani, aprillis 30. maini). 9.5.2008 tunnistas sadam edukaks KMG Inseneriehituse pakkumuse ja teatas samal päeval kirjaga, et soovib sõlmida temaga lepingu.

68. Tallinna Sadam edastas lepingu KMG Inseneriehitusele allkirjastamiseks 28.5.2008. KMG teatas 30.5.2008, et soovib enne lepingu allkirjastamist lepingu mõningate punktide sõnastust täpsustada. Leping allkirjastati 7.7.2008. Ajavahemikus 30.5.2008 kuni 7.7.2008 poolte vahel toimunud arutelusid kajastavaid dokumente Tallinna Sadam Riigikontrollile ei esitanud.

69. Riigihangete seaduse § 28 lg 3 p 1 kohaselt lõpeb riigihankemenetlus hankelepingu sõlmimisega, sama seaduse § 28 lg 3 p 7 kohaselt – kõigi pakkumuste jõusoleku tähtaja lõppemisega. KMG Inseneriehituse pakkumuse jõusoleku tähtaeg lõppes 30.5.2008. Seega sõlmiti kirjalik leping ajal, kui riigihankemenetlus oli lõppenud, st riigihankemenetluse väliselt.

70. Kui Riigikontroll juhtis auditi käigus nimetatud asjaolule Tallinna Sadama tähelepanu, edastas sadam Riigikontrollile KMG Inseneriehituse 30.5.2008. aasta kirja, milles KMG palus lükata temale edastatud lepingu allkirjastamist edasi kuni kaks kuud, kuna materjali hinnatõusu tõttu vajasis nad aega uue tegevuskava koostamiseks. Samas kirjas deklareeris KMG Inseneriehitus, et kohustub lepingu allkirjastama hiljemalt 31.7.2008 vastavalt esitatud pakkumusele.

71. KMG Inseneriehituse 30.5.2008. aasta kirja pakkumuse jõusoleku pikendamise kohta ei olnud sadam dokumendiregistris registreerinud. Tallinna Sadama selgituse kohaselt ei pidanud sadam kirja registreerimist vajalikuks, kuna pidas võlaõigusseaduse ja tsiviilseadustiku üldosa seaduse järgi lepingu sõlmituks juba 9.5.2008 ehk kuupäevast, kui sadam teatas KMG Inseneriehitusele, et on tunnistanud nende pakkumuse edukaks ja soovib lepingut sõlmida.

72. Tallinna Sadama tõlgendus, et hankeleping sõlmiti 9.5.2008 ehk siis, kui edukale pakkujale anti teada, et nende pakkumus oli parim ja sadam soovib sõlmida lepingu, ei ole Riigikontrolli hinnangul kooskõlas riigihangete seadusega. Seaduse § 69 kohaselt ei oleks Tallinna Sadam tohtinud nõustuda sõlmima hankelepingut enne, kui pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse edastamisest on möödunud 14 päeva. Seaduse järgi on enne seda sõlmitud hankeleping tühine.

73. 7.7.2008 lepingu lisast ja lepinguosaliste hilisematest toimingutest nähtub, et lepinguosalisel käsitlesid lepingut kehtivana siiski alles alates 2008. aasta juulist, mitte maist. Näiteks: lepingu kohaselt pidi töödega alustatama hiljemalt seitsme päeva jooksul lepingu jõustumisest. 7.7.2008 allkirjastatud lepingus hakati tööde kestust arvestama alates juulist, mitte maist. Kui lepinguosalisel oleksid pidanud lepingut sõlmituks ajast, mil Tallinna Sadam teatas KMG Inseneriehitusele lepingu sõlmimise soovist, oluks tööde lepingukohaseks kestuseks mitte 18 kuud (nagu oli sätestatud hankedokumentides), vaid 20 kuud, st lepingu üks olulisi

tingimusi – tööde kestus – oleks kirjalikus lepingus fikseeritud erinevana hankedokumentides nõutust.

74. Riigikontrolli soovitus rahandusministrile: otsustada, kas hankelepingu sõlmimisel riigihangete seaduse § 69 seatud piirangu eiramise tõttu tuleks alгатada Euroopa Liidu nõuete kohane menetlus Tallinna Sadama suhtes.

Rahandusministri vastust vaata punktist 45.

Lepingu sõlmimisel teadsid mõlemad lepinguosalisel, et töövõtja kavatseb rajada 17. kai lepingus fikseeritavast erineva konstruktsiooniga

75. Hankelepingu sõlmimine pakkumuses olnud maksumuses ajal, kui terase maailmaturu hind oli võrreldes hankekonkursi aja hinnaga enam kui poole võrra suurem, seadis töövõtja olukorda, kus ta pidi leidma võimaluse oluliselt vähendada kaide ehitamiseks vajaliku terase kogust.

Hankelepingu sõlmimisel teadsid mõlemad lepinguosalisel, et 17. kai rajatakse hanke tehnilistes tingimustes olnust ja lepingus fikseeritavast erineva, vähem terast nõudva konstruktsiooniga

Kui Riigikontrolli auditi ajal küsis, mis andis Tallinna Sadamale terase hinna sellise kasvu korral aluse uskuda, et töövõtjale lepingus lubatud tasu tema kulutuste katteks piisav on, vastasid sadama töötajad järgmist: „Kuna kõigi hankel osalejate näol oli tegu kompetentsete (kõikidele kvalifitseerimistingimustele vastavate) ettevõtetega, tulenes meie kindlus sõlmitud lepingust ja võimalikest õiguskaitsevahenditest kohustuste mittetäitmise korral“.

76. Ka olevat KMG Inseneriehitus enne lepingu allkirjastamist informeerinud sadamat, et metalli hinna kallinemise tõttu rajavad nad 17. kai hanke tehnilises kirjelduses olnust erineva konstruktsiooniga. KMG Inseneriehitus kinnitas seda sadama selgitust. Kuid mõlema lepinguosalise selgituse kohaselt ei olevat neil olnud siduvat kokkulepet, et kai konstruktsiooni muudetakse.

77. Seega sõlmiti hankeleping teadmise, et tõenäoliselt rajab KMG Inseneriehitus 17. kai hankekonkursi tingimustes olnust erineva konstruktsiooniga, mis võimaldab materjalikulu oluliselt vähendada ja seeläbi hankelepingu sõlmimisel eeldatud kulutuste piiresse jääda.

78. Ehituse töövõtulepingute üldtingimuste (ETÜ – 2005) kohaselt (millele hankelepingus on osutatud) peab tellija neil juhtudel, kui töövõtja initsiatiivil või soovitusel tehtav muudatus toob kaasa kulutuste vähenemise, loovutama töövõtjale poole saadavast kulutuste kokkuhoiust. Kõnealusel juhul ei pruukinud terase hinna tõusu tõttu projekti muudatusega kulutuste kokkuhoidu kaasneda. Et aga seda võimalust ei saanud välistada, oleks pidanud lepinguosalisel lepingu sõlmimisel ETÜ – 2005 asjakohasele osale viitama.

Puudused hankelepingu täitmisel

Lepingu täitmise käigus muudeti nõudeid hanke objektile, kuigi seadus seda ei luba

79. Riigihangete seaduse § 69 lg 3 kohaselt tohib hankija sõlmitud hankelepingu muutmises kokku leppida üksnes juhul, kui muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida hankelepingu sõlmimise ajal ei

olnud võimalik ette näha, ja hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine.

80. Riigihangete seaduse § 1 kohaselt on seaduse eesmärgiks hankija rahaliste vahendite läbipaistva, otstarbeka ja säästliku kasutamise tagamise kõrval ka isikute võrdne kohtlemine ja olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine riigihankel.

81. 2007. aastal toimunud hankekonkursil pidid pakkujad lähtuma hanke tehnilistest tingimustest, milles oli arvestatud, et kail töötavad kraanad avaldavad töö käigus kraanarööpale survet kuni 500 kN/m.

82. Seitse nädalat pärast KMG Inseneriehitusega hankelepingu sõlmimist, 28.8.2008 teatas Tallinna Sadama ehitusjuht KMG-le, et 17. kai tuleb projekteerida selliselt, et sellel saaks töötada võimsamad kraanad, mis võivad töö käigus avaldada kraanarööpale survet kuni 780 kN/m. Sisuliselt tähendas see hanke objektile esitatavate nõuete olulist muutmist.

83. Vastuseks sadama nõudele teatas KMG Inseneriehitus, et suurema kandevõimega kai rajamiseks on vaja muuta kai konstruktsiooni. Kasutada tuleb suurema läbimõõduga toruvaiasid, mistõttu suureneb ka paigaldatavate toruvaiade kogukaal ja sellest tulenevalt ka maksumus, ning et suuremate torude paigaldamiseks tuleb kasutada võimsamat ja kallimat tehnikat. Seetõttu soovis KMG oma lepingukohase tasu suurendamist 28,9 miljoni krooni võrra. Sadam nõustus, ja muudatused 17. kai konstruktsioonis vormistati 7.7.2008. aasta lepingule 9.2.2009 koostatud lisas 1.

84. Tallinna Sadama selgituse kohaselt otsustasid nad suurendada 17. kai kandevõimet, et saaks vastu võtta edaspidi suuri ookeanilaevu ja olla selle võrra konkurentsivõimelisem Läänemere ääres tegutsevate sadamate hulgas. Eelkõige olevat loodetud Hiina ettevõtjate huvitatusele uute võimaluste kasutamisest. Asjakohase otsuse tegemise hädavajalikkus olevat selgunud alles pärast hankelepingu sõlmimist. Järgnevalt väljavõte sadama juriidilise osakonna juhataja selgitusest:

/---/ pärast 07.07.2008 hankelepingu sõlmimist ehk hankelepingu täitmise faasis teatati Ninbo Port Group Ltd spetsialistide ning teiste Hiina ettevõtjate poolt Sadamale, et Sadama poolt kaile nr 17 planeeritud kraana kandevaiade lubatud koormused on liiga väikesed, lastimaks ja lossimaks väga suuri konteinerlaevu, mida Hiina ettevõtjad plaanisid riikidevahelise koostöö raames hakata tulevikus Eestisse lähetama. /---/ Kuna Sadam ei näinud ega pidanudki hankemenetluse planeerimise faasis ega ka mitte enne 07.07.2008 hankelepingu sõlmimist ette nägema asjaolu, et Muuga sadama konteinerterminali soovivad külastada senisest oluliselt suuremad konteinerlaevad, milliseid pole Eestis ega Läänemere regioonis sisuliselt käinudki, oli Sadama jaoks kraana võimsuse suurenemine ja sellest tingitud 17. kai esiseina kandevaiade võimsamaks projekteerimise ja ehitamise vajadus RHS § 69 lg 3 alusel objektiivne asjaolu, mida ei olnud Sadamal hankemenetluse planeerimisel ja hankelepingu sõlmimisel võimalik ette näha.“

Varsti pärast hankelepingu sõlmimist nõudis Tallinna Sadam 17. kai kandevõime suurendamist

85. Riigikontrolli arvates ei ole see selgitus asjakohane, sest auditi käigus esitatud dokumentidest nähtub, et Tallinna Sadam teadis Hiina sadama Ninbo Port Group soovist luua uues terminalis võimalus teenindada suuri ookeanilaevu juba 2008. aasta aprillis-mais, st enne KMG Inseneriehitusega lepingu sõlmimist. Ka märgib Riigikontroll, et Riigikontrollile ei esitatud ühtegi dokumenti, millest nähtub, et Ninbo Port Group seadis oma võimaliku tulevase investeeringu tingimuseks sadama kavandatust suurema kandevõimega kai olemasolu. Firmaga Ninbo Port Group 2008. aasta algul sõlmitud koostööleppes sadama kasutatavate kraanadega seotud küsimusi ei käsitletud.

86. 17. kai kandevõime suurendamise otsuse tegemist olevat mõjutanud ka info selle kohta, et Poolas Gdańskis oli 2007. aasta juunis valminud uus, suurte ookeanilaevade lossimist võimaldav konteinerterminal. Kuid asjakohane info pidi sadamal olema juba enne 2007. aasta sügisel toimunud hankekonkursi algatamist, kuna Gdański sadam teatas terminali rajamiseks lepingute sõlmimisest juba 2005. aastal.

Asjaolud, millega sadam põhjendab 17. kai kandevõime suurendamist hankelepingu täitmise ajal, olid teada enne lepingu sõlmimist

87. Eeltoodust tulenevalt ei ole põhjendatud Tallinna Sadama selgitus, et 17. kai kandevõime suurendamine hankelepingu täitmise ajal oli tingitud objektiivsetest asjaoludest, mida ei olnud võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha. Ka ei ole võimalik väita, et Muugal suurte ookeanilaevade lossimiseks võimaluste loomata jäämine oleks täielikult või suures osas seadnud ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise. Hankelepingu objekti olulise omaduse muutmine lepingu täitmise ajal ei olnud kooskõlas riigihangete seadusega.

Sadam pidanuks hankeobjekti kvalitatiivsete omaduste olulise muutmise tõttu korraldama uue riigihanke, kuid ei teinud seda. Turuosalisi ei koheldud seega võrdselt.

88. Algses lepingus fikseeritud kvalitatiivselt erineva kai ehitaja valikuks oleks pidanuks sadam korraldama uue riigihanke – vaid seeläbi oleks ta järginud riigihangete seaduse nõuet tagada turuosaliste võrdne kohtlemine ja olemasolevate konkurentsitingimuste efektiivne ärakasutamine. Sadam seda ei teinud.

89. Kuna teistele ehitusfirmadele ei pakutud võimalust esitada pakkumus hankekonkursi objektiks olnust suurema kandevõimega kai rajamiseks, ei ole võimalik võtta seisukohta, kas oleks leidunud firmasid, kes oleks olnud huvitatud pakkumuste tegemisest ja kas keegi nende hulgast oleks nõustunud töid tegema odavamalt, kui Tallinna Sadam ja KMG Inseneriehitus kokku leppisid (ja kas nende soovitud tasu oleks olnud niivõrd palju väiksem KMG-le makstust, et oleks katnud trahvi, mis sadamal oleks tulnud lepingu katkestamise eest KMG-le tasuda).

90. Suurema kandevõimega kai rajamiseks uue riigihanke algatamine tähendanuks KMG Inseneriehitusega sõlmitud hankelepingu katkestamist, millega kahtlematult oleks kaasnenud märkimisväärne rahaline sanktsioon sadamale. Ka oleks uue riigihankemenetluse korraldamine kai rajamise algust kindlasti mitme kuu võrra edasi lükanud ja võinuks edasi lükata ka tööde lõpetamise aega (tegelikult hiljem tööde lõpetamise tähtaega pikendatigi – vt p 49). Samas oleks võinud uue hankekonkursi korraldamisel tööde maksumus oluliselt väheneda 2008. aasta teisel poolel metalli hinna kiire languse tõttu.

91. Auditi käigus ei selgunud, kes konkreetselt otsustas, et 17. kai tuleb rajada hankekonkursil soovitud suurema kandevõimega. Ei selgunud seegi, kas otsusest, mille elluviimine tähendas vastuollu minekut riigihangete seadusega ja millega seoses töövõtja nõudis oma tasu

suurendamist, informeeriti sadama nõukogu liikmeid (ning kui informeeriti, siis milline oli nende seisukoht). Otsus olevat tehtud sadama juhatuse teadmisel, juhatuse otsust selles küsimuses ei vormistatud.

92. Riigikontrolli hinnangul on hanketingimuste muutmine hankelepingu täitmise ajal Tallinna Sadama juhtkonna oluline viga.

93. **Riigikontrolli soovitus rahandusministrile:** otsustada, kas hanketingimuste muutmine oli kooskõlas Euroopa Liidu Ühtekuuluvusfondi raha kasutamise nõuetega. Nende rikkumise korral algatada nõuetekohane menetlus Tallinna Sadama suhtes.

Rahandusministri vastust vaata punktist 45.

Tallinna Sadam ei kontrollinud piisava hoolikusega töövõtja väiteid, et kai kandevõime suurendamiseks tuleb kavandatut muuta

Töövõtja väitis, et 17. kai kandevõime suurendamiseks tuleb kai konstruktsiooni tugevdada, ja nõudis oma tasu suurendamist 28,9 miljoni krooni võrra

94. Kui Tallinna Sadam teatas KMG Inseneriehitus, et peab vajalikuks rajada 17. kai algsest kavandatud suurema kandevõimega, teatas KMG, et suurema võimsusega kraanade kasutamiseks tuleb osa toruvaiaid asendada jämedamatega (suurema kandevõimega) ja seeläbi suureneb kasutatava terase kogus (KMG väitel 574 tonni), mis omakorda tingib vajaduse suurendada lepinguliste tööde maksumust ligi 28,9 miljoni krooni võrra.

95. Oma väidete kinnitamiseks esitas KMG Inseneriehitus sadamale 2009. aasta jaanuaris arvestused, milles oli võrreldud projektikohaste tööde mahtu KMG poolt väidetavalt hankelepingu sõlmimise ajaks väljatöötatud tehnilise lahenduse teostamiseks vaja olnud tööde mahuga, ning esitatud kulutuste suurenemise arvestused. Andmeid, millest selgunuks, kuidas muutuvad suurema kandevõimega kai rajamise korral materjalide ja tööde maht ning maksumused võrreldes 7.7.2008 hankelepingus fikseeritute, sadamale ei esitatud. Enamik vaiasid olid selleks ajaks juba tarnitud ja vaiamistööd alanud. Metallide hind oli tagasi langenud pakkumuste tegemise ajal olnud tasemele.

Töövõtja nõue rahuldati, tema tasu suurendati 28,9 miljonit krooni

96. Tallinna Sadama juhatuse liikmed allkirjastasid 9.2.2009 hankelepingu lisa 1, millega suurendati KMG Inseneriehituse tasu 28,9 miljoni krooni võrra. Sadama töötajate selgituse kohaselt suurendati makstavat tasu selleks, et kompenseerida kulutused, mida KMG tegi, et asendada sadama soovitud suurema kandevõimega kai rajamiseks osa toruvaiaid jämedamate vastu.

97. Sadama töötajate selgituste kohaselt teadsid nad KMG Inseneriehituselt täiendava tasu taotluse saamisel, et kavandatud konstruktsiooniga kaide rajamiseks kasutatavad toruvaiaid ja sulundid kaaluvad kokku 1,9 korda vähem kui 7.7.2008. aasta lepingu kohaselt paigaldada kavandatud. Teati, et tööjõukulud küll suurenevad, kuid samas vähenevad kulutused terasdetailide paigaldamiseks kasutatud mehhanismidele.

98. Algselt põhimõtteliselt teistsuguse konstruktsiooniga kavandati ka kai pealisehitus – tavalise raudbetooni asemel otsustati kasutada pingestatud armatuuriga raudbetooni. Sellest tulenevalt muutus terase, betooni, killustiku ja asfaldi vajadus. KMG Inseneriehituse väitel suurenes kai pealisehituse rajamise maksumus selle tõttu 68 miljonilt kroonilt 99

miljoni kroonini (ja vähenes pealisehitise katte rajamise maksumus 10 miljonilt kroonilt 2,9 miljoni kroonini).

Tegelikult ei pidanud võimsamate kraanade rakendamiseks 17. kai projekti muutma ning Tallinna Sadama nõue ei suurendanud seega töövõtja kulusid. Sadama töötajad väidavad, et nad seda ei teadnud.

99. Tallinna Sadama töötajate selgituste kohaselt esitas KMG Inseneriehitus neile andmed, millest nähtub, kui palju tema Taani partner kai metalltoodete eest tarnijatele maksis. Sadama töötajad olevat KMG arvestusi tööde kallinemise kohta kontrollinud ning leidnud, et töövõtja arvestused kajastavad tema tegelikke kulutusi usutavalt.

100. Oleks Tallinna Sadama töötajad tutvunud KMG Inseneriehituse tellimusel koostatud, selleks ajaks juba sisuliselt valminud 17. kai uue projektiga, oleksid nad pidanud aru saama, et töövõtja oli juba enne sadama muudatustepanekut näinud ette kasutada kai esiseinas toruvaiaid, mis võimaldasid kasutada kail võimsamaid kraanasid. (KMG saatis selliste (suuremate) vaiade kasutamist ette nägeva projekti ekspertiisi kaks päeva enne sadamalt kai kandevõime suurendamist nõudva kirja saamist.) Seega oli töövõtja projekteerinud 17. kai võimalisena kandma algselt arvestatust võimsamaid kraanasid, kai konstruktsiooni ei pidanud muutma ega muudetudki. Sadama töötajate selgituste kohaselt nemad sellest 2008. aasta augustis ja septembris, kui arutati töövõtja väidetavate lisakulutuste hüvitamist ja selles põhimõtteliselt kokku lepiti, ei teadnud.

101. Kuna töövõtjal ei olnud vaja vaiu suuremate vastu vahetada ja ta seda ka ei teinud, võib KMG Inseneriehituse tasu suurendamist käsitleda terase hinna tõusust tekkinud lisakulutuste osalise või täieliku hüvitamisena. Kuna Tallinna Sadam ei pidanud töövõtjale kompenseerima materjalide ja tööde kallinemist, kui see leiab aset sadamast olenemata põhjustel, ei olnud tal põhjust aktsepteerida KMG 28,9 miljoni kroonist lisatasu nõuet.

102. Et Riigikontrollil ei ole juurdepääsu erafirmade kuluarvestustele ega raamatupidamisandmetele, ei saanud teha täpseid arvestusi, kui suur oli KMG Inseneriehituse ja tema partnerite rahaline võit 17. kai konstruktsiooni muutmisest: kui palju hoiti kokku materjalide vajaduse vähenemisest ja kui palju sellest kulus töökulude kasvu ning materjalide kallinemisest tulenenud kulude kasvu katmiseks. Seetõttu ei saanud Riigikontroll kujundada seisukohta küsimuses, kas ja kui palju 28,9 miljoni kroonisest lisamaksest suurendas KMG kasumit.

103. Kui Tallinna Sadam oleks hankekonkursi tingimustes öelnud, et teatud tingimustel ta kompenseerib osa materjalide ettenägematult suurest hinnatõusust töövõtjale tekkivatest lisakuludest ja fikseerinud samas ka asjakohase otsuse tegemise korra, olnuks KMG Inseneriehituse tasu suurendamine sisuliselt aktsepteeritav. Sest kui töövõtja kulutused suurenevad temast sõltumatutel asjaoludel niivõrd palju, et lubatud töötasust ei piisa nende katmiseks, võib töövõtja rahaliste raskuste tõttu tööd katkestada, ja see ei oleks kindlasti kooskõlas hankija huvidega. Siiski ei peaks hankija enda kanda võtma kogu töövõtja kulutuste suurenemist, vaid lisanduvad kulud tuleb jaotada hankija ja töövõtja vahel.

104. Tallinna Sadama töötajad eitavad kategooriliselt, et KMG Inseneriehituse tasu suurendamise põhjuseks oli töövõtja suurenenud kulutuste katmine. KMG tasu olevat suurendatud ainult tulenevalt sadama kohustusest kompenseerida kai kandevõime suurendamisest tekkinud lisakulud. Sadama korralduse täitmiseks pidi töövõtja 17. kai ümber

projekteerima, sh ette nägema pakkumuses olnust erinevate toruvaiade ja sulundite kasutamise ning tellima terasdetailid muudatuse tegemise ajal olnud terase hinnaga (mis oli oluliselt kallim pakkumuse ajal olnud hinnast). Lepingu 9.2.2009. aasta muudatuses algses lepingus olnust oluliselt kallima metalli hinnaga arvestamine oli lepingus kokkulepitut silmas pidades vältimatu, kuna lepingut soovis muuta sadam. Sadam ei olevat teinud ühtegi makset töövõtja selliste kulutuste kasvu kompenseerimiseks, mille kasv ei olnud tingitud sadama täiendavatest nõudmistest.

**Põhjendamatu nõude
aktsepteerimine põhjustas
Tallinna Sadamale 28,9
miljonit krooni**

105. Kui sadama juhtkond ei olnud teadlik KMG Inseneriehituse nõude põhjendamatuses, võib Riigikontrolli nõustanud advokaadibüroo hinnangu kohaselt käsitleda seda nõuet töövõtja kelmusena, st kuriteona karistusseadustiku § 209 lõike 3 järgi. Kuna KMG tasu suurendamine ei tulenenud lepinguosaliste kokkuleppes kompenseerida töövõtjale osaliselt või täielikult terase hinna tõusust põhjustatud kulutuste suurenemine, tekitas sadama juhtkond KMG taotlust rahuldades sadamale rahalist kahju summas 28 857 499 krooni. Riigikontroll esitas selles osas materjalid Põhja Ringkonnaprokuratuurile. Prokurör otsustas, et kriminaalmenetluse alustamiseks puudub alus. Riigikontroll tegi Riigiprokuratuurile ettepaneku algatada järelevalvemenetlus, et hinnata, kas kriminaalmenetluse alustamata jätmine oli seaduslik.

106. Tallinna Sadama töötajad ei nõustunud Riigikontrolli hinnanguga. Nad selgitasid, et töövõtja oli juba enne sadamalt 17. kai kandevõime suurendamise nõude saamist projekteerinud kai arvestusega, et sellel ei hakka töötama mitte need kraanad, millega arvestati lepingu sõlmimisel, vaid oluliselt võimsamad – sellised, nagu sadam hiljem soovis. Sadamat sellisest otsusest ei teavitatud. Miks töövõtja kai sellisena projekteeris, seda sadam ei teadvat, nad ei ole seda töövõtjalt küsinud.

107. Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi hinnangu kohaselt ei oleks 17. kai olnud töövõtja algselt kavandatud kandevõimega suuteline kandma sadama algselt soovitud kraanasid. See tähendab, et toruvaiade asendamise vajadus ei tulenenud sadama nõudest kavandada kai võimelisena kandma suuremaid kraanasid, vaid arusaamisest, et töövõtja valitud projektlahenduse elluviimiseks on suuremate (jämedamate) toruvaiade kasutamine mõõdapääsmatu.

108. Auditi käigus ei ilmnunud dokumente, millest nähtuks, et Tallinna Sadama juhatus oli KMG Inseneriehituse tasu suurendamisega nõustudes teadlik asjaolust, et sadama nõue ehitada 17. kai algselt kavandatud suurema kandevõimega ei tinginud töövõtja koostatud projekti muutmist.

Juhatuse hoolsuskohustuse nõude järgimine

Hoolsuskohustus on äriseadustikus kasutatav mõiste. See kohustus tähendab, et „---/juhatuse liige peaks olema hoolas, otsuste vastuvõtmiseks piisavalt informeeritud ega tohiks võtta aktsiaseltsile põhjendamatuid riske. Kui juhatuse liige ei tegutse hoolsusega, mida tavaline mõistlik inimene taolises ametis sarnastel tingimustel ilmutaks, siis võib teda pidada hoolsuskohustust rikkunuks“ (selgitus Riigikogu tsiviilkolleegiumi otsusest 30.4.2003)

109. Äriseadustiku § 306 lg 2 kohustab aktsiaseltsi juhatust tegutsema majanduslikult kõige otstarbekamal viisil. Äriseadustiku § 315 kohustab juhatuse liikmeid täitma oma kohustusi korraliku ettevõtja hoolsusega. Juhatuse liikmed, kes on oma kohustuste rikkumisega tekitanud kahju aktsiaseltsile, vastutavad tekitatud kahju hüvitamise eest solidaarselt, ja juhatuse liige vabaneb vastutusest vaid siis, kui ta tõendab, et on oma kohustusi täitnud korraliku ettevõtja hoolsusega.

110. Riigikontrolli hinnangu kohaselt ei valmistanud Tallinna Sadama juhatus KMG Inseneriehitusega sõlmitud lepingut ette ega käsitlenud lepingu täitmisel kerkinud küsimusi korraliku ettevõtja hoolsusega. Seetõttu oli KMG-l võimalus saada oma töö eest osaliselt põhjendamatut tasu ja sadam kandis kulusid, mida oleks saanud vältida:

- õigel ajal, st enne hankekonkursi tehniliste tingimuste seadmist ei seatud eesmärki luua Muugale suurte ookeanilaevade teenindamiseks vajalikud tingimused. Hankelepingu täitmise ajal hanke tehnilistes tingimustes muudatuse tegemine 17. kai kandevõime suurendamiseks oli vastuolus riigihangete seadusega (vt p-d 82–88);
- hankekonkursi tehniliste tingimuste seadmisel ei hinnatud 17. kai konstruktsiooni ratsionaalsust. Soovitud omadustega kai oleks saanud ehitada (ja ehitatigi) oluliselt väiksema materjalikuluga, st sadama jaoks kümneid miljoneid kroone odavamalt (vt p-d 27–33);
- hanke tehnilistest tingimustest ei olnud võimalik üheselt aru saada, et 17. kai võib rajada tehnilistes tingimustes fikseeritud erineva konstruktsiooniga. See võis vähendada hankekonkursil osalenute huvi pakkumuste esitamiseks ning kahandada sellega sadama valikuvõimalusi (vt p-d 37–40);
- hankekonkursil osalenutele ei antud teada, et liivas, mille kasutamist sadam nõudis, võib leiduda lõhkekehi. Seetõttu pidi sadam hüvitama töövõtjale lisakulutusi üheksa miljonit krooni ja võttis endale osavastutuse lõhkekehade inimestele tekkida võivate vigastuste eest (vt p-d 46–55);
- ei kontrollitud, kas töövõtja väide, et 17. kai kandevõime suurendamiseks tuleb kavandatud kai konstruktsiooni muuta ja see toob kaasa 28,9 miljoni krooni võrra rohkem kulusid, on põhjendatud (vt p-d 94–100).

111. Riigikontrolli soovitus ASi Tallinna Sadam nõukogule: otsustada, kas ja kui suures ulatuses nõuda Tallinna Sadama juhatuselt sadamale tekitatud rahalise kahju 37,9 miljonit krooni (2,42 miljonit eurot) hüvitamist (9 miljoni krooni suurune kahju, mis tekkis sellest, et hankekonkursil osalenuid ei teavitatud, et ehitamiseks kasutatavas liivas võib leiduda lõhkekehasid, ja 28,9 miljoni kroonine kahju KMG Inseneriehituse lepingulise tasu põhjendamatust suurendamisest).

ASi Tallinna Sadam nõukogu vastus: Täname Riigikontrolli tehtud töö eest võimalike puudujääkide väljaselgitamisel AS Tallinna Sadam

juhatuse tegevuses ning kavatseme võtta tehtud soovitusel osas selge seisukoha. Enne seisukohavõttu, pidades silmas juhatuse aadressil esitatud süüdistuste äärmist raskust, peame leidma vastused mitmetele küsimustele, mis pole olemasolevates dokumentides piisavalt käsitlemist leidnud või mille osas esineb vastuolusid.

Esiteks, seoses meie edastatud Riigikontrolli aruande eelnõus toodud küsimustega on koostatud tuntud ja lugupeetud advokaadibüroode poolt kaks õigusarvamust. Ühelt poolt Riigikontrolli aruande eelnõu juurde lisatud dokument ning teiselt poolt AS Tallinna Sadam juhatuse poolt tellitud seisukoht. Nimetatud õigusarvamustes toodud hinnangud on paljudes küsimustes diametraalselt vastupidised. Kuna kahjunõude esitamine AS Tallinna Sadam juhatuse vastu tähendaks pretsedendilist otsust, mille põhised peavad olema vettapidavad ka hilisemat võimalikku kohtumenetlust silmas pidades, peame vajalikuks tellida erapooletu õigusarvamuse nimetatud vastuolude kõrvaldamiseks.

Teiseks, ehkki aeg Riigikontrolli 13.08.2012 aruande eelnõuga ning selle aluseks oleva dokumentatsiooniga tutvumiseks on olnud liiga lühike selleks, et teostada põhjalikku analüüsi, on meie poolt AS Tallinna Sadam juhatuse võimaliku süülise vastutuse väljaselgitamiseks kaasatud eksperdid oma esialgsetes seisukohtades juhtinud tähelepanu mitmetele asjas tähtsust omavatele küsimustele, mida pole Riigikontrolli aruandes käsitletud. See puudutab nii faktilisi asjaolusid kui ka õiguslikke hinnanguid. Näiteks on hankelepingu sõlmimise õiguspärasuse käsitlemisel jäetud tähelepanuta võlaõigusseaduse pakkumust ja jõustumust puudutav regulatsioon, ehkki seadusandja on antud seaduse eelnõu seletuskirjas korduvalt rõhutanud oma soovi lähtuda riigihangete seaduse tõlgendamisel nimetatud normidest. Kuna ASi Tallinna Sadam juhatuse vastu esitatava võimaliku nõude ajendiks oleks Riigikontrolli aruandes esitatud seisukohad ja põhjendused, on meie ühiseks huviks, et nimetatud aruanne käsitleks kõiki asjas tähtsust omavaid küsimusi. Seetõttu ei pea me võimalikuks võtta Riigikontrolli soovitusel osas seisukohta enne, kui meie poolt kaasatud eksperdid on esitanud omapoolse põhjaliku analüüsi esiletoodud probleemide kohta.

Kolmandaks, kui ASi Tallinna Sadam juhatuse aadressil tehtud sisulised etteheited peaksid kinnitust leidma, eeldab kahjuhüvitamisnõude esitamine detailset arvestust võimaliku tekkinud kahju kohta. Sellist kalkulatsiooni Riigikontrolli aruande eelnõu juurde täna lisatud pole. Peame silmas, et ka Riigikontrolli poolt õigeekspeetavate alternatiivsete käitumisvariantide puhul oleks kaasnenum täiendavad kulud ning tekitatud kahjust saab rääkida üksnes ulatuses, milles neid kulusid poleks esinenud väidetavate õigusrikkumiste puudumisel. Näitena võib siin tuua etteheite, et hankemenetluses osalejaid ei teavitatud maardlas asuvatest võimalikest lõhkekehast, kuna vastava viite tegemine hankedokumentatsioonis oleks tõenäoliselt tõstnud esitatavate pakumuste maksumust.

Kokkuvõttes, AS Tallinna Sadam nõukogu on juba asunud analüüsima Riigikontrolli 13.08.2012 aruande eelnõus toodud etteheiteid ning kujundab oma seisukoha meie antud soovitusel osas esimesel võimalusel. Kinnitame, et esialgsete juhatusest saadud põhjalike selgituste pinnalt aruande eelnõus kirjeldatud ulatuses reaalselt kahju AS-ile Tallinna Sadam kindlasti tekkinud ei ole.

Arvestades juba kaasatud ekspertide esmaseid tähelepanekuid, on tõenäoliselt vajalik mõningates üksikküsimustes eraldi ekspertiiside tellimine (nt küsimus hanke aluseks olnud projekti staadiumist, muudatustööde vastavus turuhinnale, miinidega seotud alternatiivsete lahenduste rahaline mõju), mille teostamise ajast sõltub üheselt ka võimalus juhatuse vastutuse osas lõplik seisukoht kujundada. Nõukogu lõpliku seisukoha esitame Teile esimesel võimalusel pärast ekspertidelt arvamuse saamist, eeldatavalt mitte hiljem kui 30.09.2012.



Vaade Muuga sadamale. 16. kai pikendus ja 17. kai ning konteinerterminali jaoks loodud territoorium on hoonestatud ala taga, nelinurkne merreulatav tasane liivaala.

Foto Tallinna Sadama andmekogudest

/allkirjastatud digitaalselt/

Tarmo Olgo
Tulemusauditi osakonna peakontrolör

Riigikontrolli soovitused ja auditeeritute vastused

Riigikontroll andis auditi põhjal soovitusi ASile Tallinna Sadam ja Rahandusministeeriumile. Tallinna Sadama nõukogu esimees saatis oma vastuse Riigikontrolli soovitustele 24. augustil ja rahandusminister 30. augustil 2012. Põllumajandusminister majandus- ja kommunikatsiooniministri ülesannetes saatis oma vastuse 30. augustil 2012. Tallinna Sadama juhatus vastas 24. augustil 2012.

Üldised kommentaarid auditiaruande kohta

Põllumajandusminister majandus- ja kommunikatsiooniministri ülesannetes: Täname võimaluse eest avaldada arvamust kontrolli aruande „Muuga konteinerterminali 17. Kai rajamine“ eelnõu kohta. Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium (MKM) kavatseb kujundada endapoolse seisukoha aruande järelduste ja sellest tulenevalt vajalike edasiste sammude kohta pärast aruande lõppversiooni valmimist, tutvudes ka AS-i Tallinna Sadam ja riigihangete seaduse nõuete järgimise osas Rahandusministeeriumi poolt Riigikontrollile esitatavate seisukohtadega.

MKM on Ühtekuuluvusfondi projekti nr CCI 2006 EE 16 C PT 001 „Muuga sadama idaosa laiendamine Eesti“ rakendusasutus ning teostas projekti üle järelevalvet välisvahendite kasutamise seaduse seoses esitame järgnevalt kommentaarid kolme Riigikontrolli aruandes käsitletud teema kohta:

1. hankelepingu sõlmimise õiguspärasus;
2. hankelepingu esimese muudatuse (09.02.2009) õiguspärasus;
3. hankelepingu teise muudatuse (31.12.2009) õiguspärasus.

1. AS Tallinna Sadam esitas riigihanke nr 101968 dokumendid ja selle alusel sõlmitud lepingu nr 2480908 MKMile järelekontrolli teostamiseks 14. juulil 2008. Hankemenetluse läbiviimise kohta teostati analüüs ning järeldati, et hange on läbi viidud riigihangete seaduse kohaselt, millest teavitati AS-i Tallinna Sadam 29.07.2008 kirjaga nr 24.3-7/8-03591/003 ning esitati ASile Tallinna Sadam analüüsi tähelepanekud kommenteerimiseks, millele AS Tallinna Sadam vastas 22.08.2008. MKM-i hinnangul oli hankelepingu sõlmimine 07.07.2008 õiguspärane, kuna edukaks tunnistatud pakkuja esitas oma pakumise jõusoleku pikendamise soovi 30.05.2008. Seega on leping nr 2480908 on sõlmitud pakumise jõusoleku ajal. Ka juhul, kui pakkuja poleks oma pakumise jõusoleku aega pikendanud, oleks nimetatud lepingu sõlmimine olnud õiguspärane. Nimelt võlaõigusseaduse (VÕS) § 9 lg 1 järgi sõlmitakse leping pakumise esitamise ja sellele nõustumuse andmisega. Kui riigihankemenetluses on pakkuja teinud pakumuse, on ta sellega seotud pakumise jõusoleku tähtaja lõpuni (RHS § 43 lg 1) ja selle aja jooksul võib hankija anda pakumusele nõustumuse ning sellega loetakse ka leping sõlmituks. AS Tallinna Sadam tunnistas 09.05.2008 KMG pakumuse edukaks. Kuigi RHS § 69 lg 1 kohaselt ei või hankija anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne 14 päeva möödumist pakumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate edastamisest arvates, on AS Tallinna Sadam 09.05.2008 nõustus tingimuslik tahteavaldus. Ka riigihangete juhise järgi ei tohi hankija tingimusteta nõustumust hankelepingu sõlmimiseks anda enne 14 päeva möödumist pakumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate edastamisest, kuid hankija võib kohe anda tingimusliku nõustumuse – s.t nõustus jõustub vastava tähtaja möödudes, kui hankija otsuseid selleks ajaks vaidlustatud pole. Seega võib hankelepingu pidada sõlmituks 14 päeva möödudes ehk siis 24.05.2008, mil nõustumuse tingimused olid täidetud. 24.05.2008 sõlmiti hankeleping hankija varem antud tingimusliku nõustumuse jõustumisel HD lisas olnud hankelepingus näidatud tingimustel. Lepingu kirjalik dokument allkirjastati täpselt samadel tingimustel 07.07.2008. Selline hankelepingu sõlmimine ja kirjaliku dokumendi eraldi hilisem vormistamine ei ole kuidagi vastuolus RHS § 69 lg-tega 1 ja 2 ega riigihangete juhisega.

2. Esimene lepingumuudatus (lepingu lisa 1, sõlmitud 09.02.2009) sisaldas kai nr 16 ja nr 17 konstruktsioone. Vastavalt Ühtekuuluvusfondi projekti nr CCI 2006 EE 16 C PT 001 Euroopa Komisjoni rahastamisotsusele K(2011)7757 on kai nr 16 ja 17 ehitamine füüsiliste indikaatoritena seiratavad, ent töödena mitteabikõlblikud. Seetõttu ei pidanud AS Tallinna Sadam nimetatud muudatust MKM-iga kooskõlastama. Selle lepingumuudatuse põhjendatuse ja õiguspärasuse kohta peab seega selgitusi andma AS Tallinna Sadam. Kaide ehitust rahastas AS Tallinna Sadam omavahenditest.

3. Teise lepingumuudatuse (lepingu lisa 2, sõlmitud 31.12.2009) sisu ja ulatus (lõhkekehade leidumise ja kalade kudemise ajal liiva tarne katkestamise ning ülekoormusliiva mahtude muutmine, millega vähendati lepingu maksumust 8,039 mln kr võrra ning pikendati lepingu tähtaega 6 kuu võrra) kooskõlastati enne lepingumuudatuse allkirjastamist MKM-iga (07.08.2009 (kiri nr 24.3-7/08-03591/006) tingimusel, et lepinguga ettenähtud muud tööd teostatakse tähtaegselt ja lepingu maksumus väheneb. Lepingumuudatus kooskõlastati MKM-iga (26.01.2010 kiri nr 24.3-7/8-03591/008). Lepingumuudatus oli põhjendatud ega olnud vastuolus projekti rahastamisotsusega ega ka hankelepingu põhieesmärgiga. Koos lepingumuudatusega muudeti ka lepingu juurde kuuluvat tööde mahtude ja maksumuste loendit ning lepingu lõplikuks maksumuseks kujunes 849 204 743,69 kr. Ei saa üheselt väita, et lõhkekehade leidumise kulu tekkimine oli tingitud informatsiooni avaldamata jätmisest hankekonkursil. Lõhkekehade kogus ja täpne asukoht oli teadmata ning seetõttu ei olnud võimalik lõhkekehade lähtuvat ohtu vältida ega nende tõttu tekkida võiva kahju suurust ka ligikaudselt hinnata. Varasemal hankekonkursil oli pakumustes esitatud vastavate tööde maksumuseks 11-15 mln kr.

Riigikontrolli soovitus	Tallinna Sadama nõukogu esimehe ja rahandusministri vastused
Hankedokumentide muumise korra järgimine 45. Soovitus rahandusministrile: otsustada, kas hankedokumentide muutmine oli kooskõlas Euroopa Liidu Ühtekuuluvusfondi raha kasutamise reeglitega, ning reeglite rikkumise korral algatada nõuetekohane menetlus Tallinna Sadama suhtes. (p-d 34–44)	Rahandusministri vastus: Rahandusministeeriumi finantskontrolli osakond kui auditeeriv asutus on alustanud Ühtekuuluvusfondi projekti nr CCI/2006/EE/16/C/PT/001 „Muuga sadama idaosa laiendamine” toetuse lõpetamise deklaratsiooni koostamise toiminguid, mille eesmärgiks on anda muu hulgas hinnang, kas projekt on läbi viidud kooskõlas rahastamiskokkuleppes sätestatud eesmärkide ja rahastamistingimustega. Auditeeriv asutus võtab teadmiseks Riigikontrolli auditis välja toodud argumendid ning tuvastab aruandes viidatud riigihangete reeglite rikkumiste faktiliste asjaolude olemasolu toetuse lõpetamise deklaratsiooni koostamise toimingute käigus. Juhul, kui auditeeriv asutus tuvastab toimingute käigus mitteabikõlblikke kulusid, teeb auditeeriv asutus rakendusüksusele soovitus toetuse tagasinõudmiseks.
Riigihangete korraldamise juhendi täiendamine 62. Soovitus rahandusministrile: anda ministeeriumi kodulehel olevates riigihangete korraldamise juhistes konkreetsed soovitusel hankijatele, kuidas sõnastada hanketingimused selliste hangete korraldamisel, mille maksumus võib hankelepingu täitmise ajal töövõtjast olenematul asjaoludel ettenägematult suures ulatuses muutuda (suureneda või väheneda). (p-d 56–61)	Rahandusministri vastus: Riigihangete raames ostetavad asjad ning tellitavad teenused, k.a tellitavad ehitustööd on oma olemuselt väga erinevad, mistõttu sõltuvad riigihangete tulemusel sõlmitavate lepingute tingimused konkreetse hankelepingu esemest. Oleme seisukohal, et Rahandusministeerium ei saa asuda hankija rolli ega anda konkreetset hanketingimuste sõnastust olukorraks, kus hankelepingu maksumus võib hankelepingu täitmise ajal ettenägematult asjaoludel muutuda. Ettenägematud asjaolud võivad ilmuda iga riigihanke puhul. Samas peavad nii hankija kui ka pakkuja arvestama, et hankedokumentides kehtestatud tingimustega peavad mõlemad olema seotud hankelepingu täitmiseni, mitte ainult hankemenetluse lõppemiseni. Majandus- või kutsetegevuses osalev pakkuja peab riigihankes osaledes hindama ka võimalikku riski, et hankelepingu täitmine võib ettenägematult asjaoludel lepingu täitmise ajal kallineda. Pakkujal on võimalik selline risk ja sellest tulenevad kulud arvestada esitatava pakkumuse sisse. Hankija saab hanketingimuste kehtestamisel lähtuda talle hankemenetluse läbiviimise ajahetkel teadaolevatest andmetest. Riigihangete seaduse § 20 lg 1 p 1 kohaselt on riigihanke eeldatav maksumus hankija poolt hankelepingu täitmisel eeldatavalt makstav kogusumma, arvestades muu hulgas tõenäolisi hankelepingu alusel tulevikus tekkivaid kohustusi ja hankelepingu uuendamist. Seega juhul, kui hankijal on riigihanke läbiviimisel alust eeldada, et hankelepingu maht või maksumus võivad hankelepingu täitmise ajal hankijast või teenuse osutajast sõltumatult asjaoludel muutuda, on hankijal võimalus hankedokumentides kehtestada detailsed alused hankelepingu hilisemaks muutmiseks hankelepingu täitmise kestel. Arvestada tuleb ka asjaoluga, et lepingu oluline muutmine võib tähendada hoopiski uue hankemenetluse korraldamist. Seda seisukohta kinnitavad ka riigihangete direktiivide kohaselt kehtestatud erandliku hankemenetluse (väljakuulutamisetähtaegade läbivõtmisega hankemenetluse) kohaldamise võimalikud alused (nt § 28 lg 2 p 3; § 28 lg 5 p 2). Hankelepingu muutmise seaduse kohaselt on Rahandusministeerium käsitletud e-riigihangete keskkonna lehel korduma kippuvate küsimuste (KKK) rubriigis aadressil www.riigihanked.riik.ee.
Hankelepingu sõlmimine 74. Soovitus rahandusministrile: otsustada, kas hankelepingu sõlmimisel riigihangete seaduse § 69 seatud piirangu eiramise tõttu tuleks algatada Euroopa Liidu nõuete kohane menetlus Tallinna Sadama suhtes. (p-d 67–73)	Rahandusministri vastust vaata punktist 45.
Hanketingimuste muutmine 93. Soovitus rahandusministrile: otsustada, kas hanketingimuste muutmine oli kooskõlas Euroopa Liidu Ühtekuuluvusfondi raha kasutamise nõuetega. Nende rikkumise korral algatada nõuetekohane menetlus Tallinna	Rahandusministri vastust vaata punktist 45.

Riigikontrolli soovitus	Tallinna Sadama nõukogu esimehe ja rahandusministri vastused
Sadama suhtes. (p-d 79–92)	
Juhatuse hoolsuskohustuse nõude järgimine 111. Soovitus ASi Tallinna Sadam nõukogule: otsustada, kas ja kui suures ulatuses nõuda Tallinna Sadama juhatuselt sadamale tekitatud rahalise kahju 37,9 miljonit krooni (2,42 miljonit eurot) hüvitamist (9 miljoni krooni suurune kahju, mis tekkis sellest, et hankekonkursil osalenud ei teavitatud, et ehitamiseks kasutatavas liivas võib leiduda lõhkekehasid, ja 28,9 miljoni kroonine kahju KMG Inseneriehituse lepingulise tasu põhjendamatust suurendamisest). (p-d 94–110)	ASi Tallinna Sadam nõukogu vastus: Täname Riigikontrolli tehtud tööst eest võimalike puudujääkide väljaselgitamisel AS Tallinna Sadam juhatuse tegevuses ning kavatseme võtta tehtud soovitus osas selge seisukoha. Enne seisukohavõttu, pidades silmas juhatuse aadressil esitatud süüdistuste äärmist raskust, peame leidma vastused mitmetele küsimustele, mis pole olemasolevates dokumentides piisavalt käsitlemist leidnud või mille osas esineb vastuolusid. Esiteks, seoses meie edastatud Riigikontrolli aruande eelnõus toodud küsimustega on koostatud tuntud ja lugupeetud advokaadibüroode poolt kaks õigusarvamust. Ühelt poolt Riigikontrolli aruande eelnõu juurde lisatud dokument ning teiselt poolt AS Tallinna Sadam juhatuse poolt tellitud seisukoht. Nimetatud õigusarvamus esitab hinnanguid on paljudes küsimustes diametraalselt vastupidised. Kuna kahjunõude esitamine AS Tallinna Sadam juhatuse vastu tähendaks pretsedendilist otsust, mille põhjused peavad olema vettpidavad ka hilisemat võimalikku kohtumenetlust silmas pidades, peame vajalikuks tellida erapooletu õigusarvamuse nimetatud vastuolude kõrvaldamiseks. Teiseks, ehkki aeg Riigikontrolli 13.08.2012 aruande eelnõuga ning selle aluseks oleva dokumentatsiooniga tutvumiseks on olnud liiga lühike selleks, et teostada põhjalikku analüüsi, on meie poolt AS Tallinna Sadam juhatuse võimaliku süülise vastutuse väljaselgitamiseks kaasatud eksperdid oma esialgsetes seisukohtades juhtinud tähelepanu mitmetele asjas tähtsust omavatele küsimustele, mida pole Riigikontrolli aruandes käsitletud. See puudutab nii faktilisi asjaolusid kui ka õiguslikke hinnanguid. Näiteks on hankelepingu sõlmimise õiguspärasuse käsitlemisel jäetud tähelepanuta võlaõigussaaduse pakkumust ja jõustumust puudutav regulatsioon, ehkki seadusandja on antud seaduse eelnõu seletuskirjas korduvalt rõhutanud oma soovi lähtuda riigihangete seaduse tõlgendamisel nimetatud normidest. Kuna ASi Tallinna Sadam juhatuse vastu esitatava võimaliku nõude ajendiks oleks Riigikontrolli aruandes esitatud seisukohad ja põhjendused, on meie ühiseks huviks, et nimetatud aruanne käsitleks kõiki asjas tähtsust omavaid küsimusi. Seetõttu ei pea me võimalikuks võtta Riigikontrolli soovitus osas seisukohta enne, kui meie poolt kaasatud eksperdid on esitanud omapoolse põhjaliku analüüsi esiletoodud probleemide kohta. Kolmandaks, kui ASi Tallinna Sadam juhatuse aadressil tehtud sisulised etteheited peaksid kinnitust leidma, eeldab kahjuhüvitamismõnede esitamine detailset arvestust võimaliku tekkinud kahju kohta. Sellist kalkulasiooni Riigikontrolli aruande eelnõu juurde täna lisatud pole. Peame silmas, et ka Riigikontrolli poolt õigeekspeetavate alternatiivsete käitumisvariantide puhul oleks kaasnud täiendavad kulud ning tekitatud kahjust saab rääkida üksnes ulatuses, milles neid kulusid poleks esinenud väidetavate õigusrikkumiste puudumisel. Näitena võib siin tuua etteheite, et hankemenetluses osalejaid ei teavitatud maardlas asuvatest võimalikest lõhkekehade, kuna vastava viite tegemine hankedokumentatsioonis oleks tõenäoliselt tõstnud esitatavate pakkumuste maksumust. Kokkuvõttes, AS Tallinna Sadam nõukogu on juba asunud analüüsima Riigikontrolli 13.08.2012 aruande eelnõus toodud etteheiteid ning kujundab oma seisukoha meie antud soovitus osas esimesel võimalusel. Kinnitame, et esialgsete juhatuselt saadud põhjalike selgituste pinnalt aruande eelnõus kirjeldatud ulatuses reaalselt kahju AS-ile Tallinna Sadam kindlasti tekkinud ei ole. Arvestades juba kaasatud ekspertide esmaseid tähelepanekuid, on tõenäoliselt vajalik mõningates üksiküsimustes eraldi ekspertiseid tellimine (nt küsimus hanke aluseks olnud projekti staadiumist, muudatustööde vastavus turuhinnale, miinidega seotud alternatiivsete lahenduste rahaline mõju), mille teostamise ajast sõltub üheselt ka võimalus juhatuse vastutuse osas lõplik seisukoht kujundada. Nõukogu lõpliku seisukoha esitame Teile esimesel võimalusel pärast ekspertide arvamuse saamist, eeldatavalt mitte hiljem kui 30.09.2012.

Auditi iseloomustus

Auditi eesmärk

Auditi eesmärgiks oli hinnata Tallinna Sadama juhatuse tegevust Muuga sadama konteinerterminali rajamisel olukorras, kus terasdetailide maksumus, mis moodustas ligikaudu kolmandiku pakkumuse kogumaksumusest, võis olla hanke täitmise ajaks kasvanud enam kui poole võrra – kas tehtud otsused olid kooskõlas seadusega ja äriühingu huvidega?

Hinnangu andmise kriteeriumid

Tallinna Sadama otsuseid ja toiminguid Muuga konteinerterminali laiendamisel hinnati riigihangete seaduses kehtestatud reeglite ja äriühingu juhatusele äriseadustikus pandud hoolsuskohustuse nõude järgimise seisukohast.

Auditi ulatus ja käsitusviis

Audit tugines Tallinna Sadamalt saadud dokumentidele ja kirjalikele ning suulistele selgitustele. Paaris küsimuses paluti lisainfot ka teistelt eraõiguslikelt juriidilistelt isikutelt, kes Muuga konteinerterminali laiendamise toimingutes osalesid. Riigikontroll küsis ja sai auditeeritud toimingute kohta õigusliku arvamuse advokaadibüroolt Sorainen AS.

Riigikontroll ei hinnanud konteinerterminali laiendamise otstarbekust. Ei kontrollitud sadamalt saadud arvandmete õigsust. Ei kontrollitud sadama poolt töövõtjatele tehtud maksete põhjendatust. Ei püütud hinnata projektide ja ehitustööde kvaliteeti ega lõpptulemuse vastavust kavandatule.

Auditi lõpetamise aeg:

Audittoimingud lõpetati juunis 2012.

Auditi meeskond:

Auditi valmistas ette Riigikontrolli tulemusauditi osakonna peakontrolör Tarmo Olgo. Auditi viis läbi Riigikontrolli nõunik Olav Lüüs peakontrolör Tarmo Olgo kontrolli all.

Kontaktandmed

Auditi kohta saab lisainfot Riigikontrolli kommunikatsiooniteenistusest
tel +372 640 0704 või +372 640 0777, e-post riigikontroll@riigikontroll.ee

Auditaruande elektrooniline koopia (pdf) on saadaval koduleheküljel www.riigikontroll.ee.

Auditaruande kokkuvõte on saadaval ka inglise keeles.

Auditaruande number Riigikontrolli asjaajamissüsteemis on 2-1.7/12/70052/13.

Riigikontrolli postiaadress on:

Narva mnt 11a
15013 TALLINN
Tel +372 640 0700
Faks +372 661 6012
riigikontroll@riigikontroll.ee

Lisa 1: advokaadibüroo Sorainen arvamus

ÕIGUSLIK ARVAMUS MUUGA SADAMA KONTEINERTERMINALI LAIENDAMISE HANKE NR 101968 KOHTA

1. KOKKUVÕTE

Hankija aktsiaselts TALLINNA SADAM (edaspidi AS Tallinna Sadam) on Muuga sadama konteinerterminali laiendamise riigihankes rikkunud RHS § 45 lõikest 2 tulenevat kohustust pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamisele. Kuigi hankemenetlus lõppes RHS § 29 lg 3 p 7 alusel meile teadaolevalt enne lepingu sõlmimist, sõlmis hankija ebaseaduslikult hankelepingu pärast hankemenetluse lõppemist (ehk hankemenetluse väliselt). Selle tulemusena on sõlmitud hankeleping ja selle muudatused suure tõenäosusega õigustühised.

7.07.2008 Leping ja 9.02.2009 lepingumuudatuse hankemenetluse välisel sõlmimisel võeti märkimisväärsed riske, sh seati ohtu nende õiguslik kehtivus ja võidi tekitada kahju konkurentidele, sh potentsiaalsetele pakkujatele. Tühise tehingu alusel saadu tuleb tagastada vastavalt alusetu rikastumise sätetele. Lisaks on võetud risk, et hankijal võib puududa siduv leping, mille alusel KMG vastu oma tulevikus tekkivaid lepingulisi nõudeid realiseerida.

9.02.2009 lepingumuudatus on sõlmitud vastuolus RHS § 69 lg 3 nõuetega, mille kohaselt võib hankija sõlmitud 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 hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine. Mõistliku hoolsuskohustuse täitmisel oleks suurema kraana vajadusega saanud arvestada juba hankemenetluse varasemates staadiumites, kuivõrd see suurendas potentsiaalsete uue terminali opereerimisest huvitatute ringi. Kui vastab tõele selgitus, et ookeanilaevadele ülemineku võimaluse kaalumise oli oluline strateegiline muudatus, oleks tulnud nimetatut arutada ka hankija nõukogus.

Kui hankelepingu sõlmimise järgselt muudetakse oluliselt parima pakkumuse valimisel hinna arvutamise aluseks olnud materjalide kogust ja hinda, rikutakse sellega nõudeid tagada hankija rahaliste vahendite läbipaistev, otstarbekas ja säästlik kasutamine, isikute võrdne kohtlemine ning olemasolevate konkurentsitingimuste tõhus ärakasutamine riigihankel. Hankija ei taganud hankedokumentide (HD) põhjal läbipaistvust ja võrdset kohtlemist, kui lubas töövõtjal lepingut täita pakkumuses ja lepingus kokkulepitust erinevat tehnilist lahendust kasutades ning vähendada materjalide mahtusid.

Lubades tõsta metalli hinda 9.02.2009 kokkuleppes rikuti HD lisa 2 põhjal 7.07.2008 sõlmitud lepingu punkti 2.1., mis asetas materjali kallinemise hinnariski ühemõtteliselt pakkujale. Kui peab paika hankija väide, mille kohaselt oli tegemist lõpphinna pakkumusega, mille kujunemisel ühikuhinnad ei omanud tähtsust, lubas hankija ebaseaduslikult RHS § 50 lg 5 kohaselt KMG-l lõpphinda korrigeerida. RHS § 50 lg 5 kohaldub üksnes juhul, kui pakkumustes esitatavad ühikuhinnad on hankelepingu alusel makstava tasu aluseks. Sellisel juhul on pakkumises olnud arvutusvea arvestamine ja pakkumuse maksumuse suurendamine 36 634 056 kooni võrra¹ ebaseaduslik ja sellega tekitati äriühingule kahju.

Riigihankereeglite oluliste rikkumistega rahvusvahelisi piirmäärasid ületavas hankes tekitati oht võimalikuks rikkumismenetluse alustamiseks Euroopa Komisjoni poolt.

Aktsepteerides 9.02.2009 kõrgemat hinda rikkus hankija mõistlikku hoolsust. Hankija oleks saanud lihtsate vahenditega, sh ekspertidega konsulteerimine või 25.08.2008 projektdokumentatsiooniga tutvumine, veenduda, et KMG planeeris niikuinii kasutada teistsuguseid vaiasid, mistõttu ei muutnud hankija lisasoov tegelikult pakkuja projekti ega saanud ka seetõttu tuua kaasa muudatusi hinnas või mahtudes. Olukorras, kus KMG kinnitas hankijale, et metalli maht suureneb 574,3 tonni ja 28,9

¹ 823 996 000 kroonine kogumaksumus korrigeeriti 860 630 056 kroonile (Lisa I vorm II lk 014)

miljoni krooni võrra, oleks hankija pidanud seda kontrollima. Mõistliku kontrolli puhul pidi hankija märkama, et nn „uues“ lahenduses metalli kogus tegelikkuses ligi poole võrra vähenes ja, et metallkonstruktsioonide kogumaksumus vähenes võrreldes põhilepinguga olulisel määral.

Kuivõrd tegelikkuses 25.08.2008 valminud projekt arvestas samade vaiadega, kui KMG 3.09.2008 kiri ja 9.01.2009 kiri ning 9.02.2009 lepingu lisa 1, kuid KMG esitas ebaõigeid andmeid, justkui tinginuks hankija 27.08.2008 ja 28.08.2008 avaldused vajaduse vaiad asendada, on KMG tegevus tõenäoliselt käsitletav kuriteona. KMG puhul võib kõne alla tulla KarS § 209 lg 3 koosseis, ehk juriidilise isiku poolt toimepandud kelmus. Kuriteo toimepannud füüsiliste isikute vastutus võib tuleneda mh KarS § 209 lg 2 lg 2 jt sätetest sõltuvalt uurimisel tuvastatud asjaoludest ja isikute ringist.

2. ASJAOLUD

18.10.2007 avaldati hanketeade 101968 (HD) riigihangete registris. Pakkumuste esitamise tähtaeg oli 11.12.2007.

11.12.2007 esitas KMG Inseneriehituse AS (edaspidi KMG) pakkumuse jõusoleku tähtajaga 90 päeva, st kuni 11.03.2008.

26.02.2008 tegi hankija kirjaga 9-6/614 pakkujatele ettepaneku pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamiseks. 04.03.2008 andis KMG nõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 15.04.2008.

04.04.2008 tegi hankija kirjaga 9-6/614 pakkujatele ettepaneku pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamiseks. 10.04.2008 andis KMG nõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 30.05.2008.

11.04.2008 teavitas Ningbo Port Group Ltd AS-i Tallinna Sadam soovist kasutada kraanat teistsuguse rattakoormusega. Kirjale olid lisatud ka asjakohased joonised. Kui lähtuda Ningbo sadamas kasutusel olevatest kraanadest, siis peaks kai poolt talutavad maksimaalsed rattakoormused olema vastavalt 83 tonni (operational) ja 93 tonni (non-operational).

8.05.2008 tunnistati edukaks KMG pakkumine.

16.05.2008 vähendas Ninbo Port Group Ltd AS-lt Tallinna Sadam soovitud kraana kandevõimet 79 tonnini (operational) ja 78 tonnini (non-operational).

30.05.2008 lõppes teadaolevalt pakkumuste jõusoleku pikendatud tähtaeg ja hankemenetlus.

07.07.2008 sõlmiti hankija ja KMG vahel hankileping nr 2480908. Samal ajal alustati projekteerimist.

17.07.2008 KMG sisekoosolekul kinnitati vaiade lahendus. 17.07.2008 Indrek Pappeli e-kirja kohaselt otsustati esitada 17. kai esiseina vaikonstruktsioon tuginedes lahendusele 1676*16X70+2AU16.

25.08.2008 valmis ehitusprojekt.

26.08.2008 saadeti projekt ekspertiisi.

27.08.2008 projektikohtumisel teatas hankija soovist kasutada suurema koormusega kraanat. Samal koosolekul sai hankija teada, et põhiprojekt oli saadetud ekspertidele.

28.08.2008 avaldas hankija soovi suurendada kraana koormust kirjalikult.

3.09.2008 selgitas KMG, et nende poolt lepingu sõlmimise ajaks väljatöötatud kai tehniline lahendus on arvutatud vastavalt pakkumisdokumentatsioonis nõutud koormustingimustele ja, et soovitud koormuste tõstmisega tuleb 17. kai esiseina toruvaiad D1620/15-X70 asendada toruvaiade D1676/17-x70 vastu ning sellega kaasneb suure tõenäosusega materjalimahukus.

06.11.2008 valmis ekspertiis ehitusprojekti kohta.

9.01.2009 kinnitas KMG, et konstruktsiooniline muudatus seisneb esiseina toruvaiade D1620/15-X70 asendamises D1676/17-x70 vastu, mis toob kaasa metalli mahukuse suurenemise 574,3 tonni ja lepingu hinna suurenemise 28 857 499 krooni, millele lisandub käibemaks.

09.02.2009 sõlmiti hankija ja KMG vahel hankelepingu lisa nr 1, millega muudeti projekti vastavalt vajadusele luua tulevikus võimalus kasutada 780 kN/m koormust andvat kraanat. Samas lisas muudeti kai tehnilist lahendust ja otsustati lähtuda muudetud projektist (OÜ Eskonsult töö nr A830 „Muuga sadama konteinerterminali laiendus“). Samas lisas vähendati Riigikontrolli andmetel oluliselt (5475,4 tonni) kai ehitamiseks kasutatava metalli kogust võrreldes pakkumusega.

28.06.2011 AS-i Tallinna Sadam ehitusdirektor Peeter Nõgu poolt Riigikontrollile antud selgituse kohaselt suurenes Lepingu hind lepingu Lisas 1 (sõlmitud 09.02.2009) toodud summas, kuna kraana koormuse suurendamise tõttu kasutatava terase 1667x17x70-x70 hind oli aasta jooksul märkimisväärselt kallinenud. Samuti kaasnes kallima toruvaiade paigaldustehnika kasutamise kulu.

3. DOKUMENDID, MILLEL ARVAMUS PÕHINEB

18.10.2007 Hankedokumendid riigihankes nr 101968;
 18.10.2007 Hanketeade nr 101968 riigihangete portaalis;
 11.12.2007 KMG Inseneriehituse AS pakkumusteade hankes nr 101968;
 21.11.2007 KMG Inseneriehituse AS küsimused riigihanke kohta;
 23.11.2007 Hankija kiri 9-6/2472 pakkujatele vastustega Merko Ehitus AS küsimustele;
 28.11.2007 Hankija kiri nr 9-6/2472 pakkujatele vastustega KMG Inseneriehituse AS küsimustele;
 29.11.2007 Hankija kiri nr 9-6/2472 pakkujatele vastusega KMG küsimustele;
 29.11.2007 Hankija kiri nr 9-6/2472 KMG-le;
 26.02.2008 Hankija kiri 9-6/614 pakkujatele riigihanke jõusoleku tähtaja pikendamise osas.
 04.03.2008 KMG Inseneriehituse AS nõusolek tähtaja pikendamisega kuni 15.04.2008
 04.04.2008 Hankija kiri 9-6/614 pakkujatele riigihanke jõusoleku tähtaja pikendamise osas;
 07.04.2008 Skanska EMV AS nõusolek PO-1/1540 tähtaja pikendamisega;
 08.04.2008 AS BMGS Eesti filiaal nõusolek 14.2-E-12/18 tähtaja pikendamisega;
 09.04.2008 AS Merko Ehitus nõusolek 6/251 tähtaja pikendamisega;
 09.04.2008 AS Eesti Ehitus nõusolek 01-14/08/034(3) tähtaja pikendamisega;
 10.04.2008 KMG Inseneriehituse AS nõusolek 4-4/018 tähtaja pikendamisega;
 11.04.2008 Ninbo Port Group Ltd AS-i Tallinna Sadam teavituse seoses kraana tüübiga;
 16.05.2008 Ninbo Port Group Ltd AS-i Tallinna Sadam teavituse seoses kraana tüübiga;
 07.07.2008 töövõtuleping nr 2480908 Hankija ja KMG Inseneriehituse AS vahel;
 17.07.2008 Indrek Pappeli e-kiri muuga konteinerterminali nõupidamise memo 17.07.08;
 28.08.2008 Hankija kiri 9-7-31/614 KMG Inseneriehituse AS-le;
 03.09.2008 KMG Inseneriehituse AS-i kiri 35 Hankijale;
 09.01.2009 KMG Inseneriehituse AS-i kiri 002 hankijale;
 09.02.2009 lisa nr 1 töövõtulepingule 07.07.2008 nr 2480908;
 31.12.2009 lisa nr 2 töövõtulepingule 07.07.2008 nr 2480908;
 20.11.2011 Eduard Kikkas intervjuu protokoll;

4. AS TALLINNA SADAM ON HANKIJA

AS Tallinna Sadam näol on tegemist võrgustikega seotud hankijaga (RHS § 10 lg 3 punkt 2), kelle tegevust riigihangete korraldamisel reguleerib RHS 5. peatükk. RHS § 82 kohaselt kohaldatakse võrgustikega seotud valdkondades hankemenetluste korraldamisel 2. peatükis sätestatud, kui RHS 5. peatükis ei ole sätestatud teisiti.

5. LEPING SÕLMITI RIIGIHANKEMENETLUSE VÄLISELT

HD p 10 kohaselt peab pakkumus olema jõus 90 päeva alates juhiste punktis 12.5 määratletud pakkumuste esitamise tähtajast. HD p 12.5 kohaselt tuli pakkumus esitada 11.12.2007 hiljemalt kl 14.00. Sama on kajastatud HT punktides IV.3.6. ja IV.3.4. Kuigi pakkumuste jõusoleku tähtaega vahepeal pikendati, nähtub meile esitatud materjalidest, et pikendatud tähtaeg lõppes 30.05.2008 ja leping sõlmiti selle tähtaja möödumisel 07.07.2008. Kui peaks esinema tõendeid selle kohta, et pooled tegid tahteavaldusi lepingu sõlmimiseks varem, tuleb eraldi analüüsida, kas leping võidi sõlmida enne pakkumuste jõusoleku lõppu.

Kuivõrd vaidlust ei ole selles, et käesoleva arvamuse 4. osas esitatust tulenevalt on AS Tallinna Sadam kohustatud sõlmima lepingu riigihankemenetluse raames, analüüsime alljärgnevalt, kas teadaolevatel eeldustel ehk lepingu sõlmimisel pärast pakkumuste jõusoleku tähtaja möödumist 07.07.2008 eksisteeris riigihankemenetlus.

RHS § 29 lg 3 p 1 kohaselt lõpeb hankemenetlus hankelepingu sõlmimisega. RHS § 29 lõike 3 punkti 7 kohaselt lõpeb hankemenetlus kõigi pakkumuste jõusoleku tähtaja lõppemisega, kui ükski pakkuja ei ole nõus pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendada. Niisiis saabus hankemenetluse lõppemine ajateljel enne hankelepingu sõlmimist RHS § 29 lg 3 p 7 alusel, mistõttu puudus 7.07.2008 hankemenetlus, milles oleks saanud sõlmida seda lõpetava hankelepingu. Teisisõnu sõlmiti leping riigihankeväliselt ja eksides RHS § 10 lg 3 p 2 ja RHS 5. peatükist tuleneva kohustuse vastu. Sama õigusküsimust on arutanud teistes asjades nii riigihangete vaidlustuskomisjon (VAKO) kui ka kohus.

VAKO 11.09.2008. a otsuses nr 105-08/103181 käsitleti olukorda, kus pakkujad juhtisid hankija tähelepanu vajadusele küsida nõusolekut pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks. Hankija seda ei teinud, mistõttu pakkumuste jõusoleku tähtaeg lõppes ja hankija otsusega tunnistati hankemenetlus RHS § 29 lg 3 p 6 alusel kehtetuks. VAKO leidis, et „*pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamise ettepaneku tegemine ei ole hankija kaalutusotsus, pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamise ettepaneku tegemine pole hankija õigus teostada hankemenetluses toiming, vaid seadusest tulenev kohustus*“. Samas asjas tehtud Tallinna Halduskohtu 14.08.2009 otsuses haldusasjas nr 3-09-1337 asus kohus p 11 seisukohale, et

„Kohus leiab, et 6. augustil 2008. a ei olnud antud hankemenetluses kehtivaid pakkumusi, mistõttu oli hankija sunnitud hankemenetluse RHS § 29 lg 3 p 6 alusel lõpetama. Seejuures ei oma käesoleva asja lahendamisel tähtsust, kelle süül taoline objektiivne olukord oli tekkinud.“

Kokkuvõttes nõustus kohus eelnevalt nimetatud otsuses VAKO sedastatuga, et olukorras, kus pakkumused on oma jõusoleku tähtaja minetanud, on hankemenetluse jätkamine (sh hankelepingu sõlmimine) võimatu. Kohus nendib, et pakkumuse jõusoleku tähtaega saab pikendada üksnes enne selle tähtaja möödumist. Pakkumus, mille jõusoleku tähtaeg möödub, lõpeb (lakkab olemast) ja selle jõusoleku tähtaja pikendamine ei ole võimalik.

Hankelepingut on lubatud sõlmida vaid riigihankemenetluse kestel. Hankelepingu sõlmimine olukorras, kus puuduvad jõusolevad pakkumused, on keelatud. RHS § 43 lg 1 sätestab, et pakkumus on pakkuja tahteavaldus hankelepingu sõlmimiseks, mis on pakkujale siduv alates pakkumuste esitamise tähtpäevast vähemalt kuni hankedokumentides määratud pakkumuse jõusoleku minimaalse tähtaja lõppemiseni. Tähelepanu tuleb pöörata, et pakkumuse kehtivus on seaduse tasandil seotud pakkumuses nimetatud jõusoleku tähtajaga. **Kui pakkumuse jõusoleku tähtaeg möödub, ei ole tegemist enam pakkumusega RHS § 43 lg 1 mõttes.**

Muuga sadama konteinerterminali laiendamise riigihanke kestel kehtivate RHSist tulenevate reeglite alusel hankepingu sõlmimiseni ei jõutud, mistõttu hankemenetlus lõppes RHS § 29 lg 3 p 7 alusel. Hankemenetluse lõpetamise kohustust hankemenetluse jätkamise võimatuse tõttu kinnitab ka Tallinna Halduskohus oma 14.08.2009 otsuses haldusasjas nr 3-09-1337 jättes jõusse VAKO 11.09.2008 otsuse nr 105-08/103181, refereerides selle punkti 6:

„Ehkki hankija ei täitnud RHS § 45 lõikest 2 tulenevat kohustust, on hankemenetluse kehtetuks tunnistamise põhimotiiv (*puudusid jõusolevad pakkumused*) õige. Esitatud vaidlustuste tõttu ei olnud hankijal võimalik pakkumuste jõusoleku ajal edukat pakkumust välja selgitada ja eduka pakkumuse esitanud pakkujaga hankepingut sõlmida. Vaidlustatud otsuse kehtetuks tunnistamine ei aitaks kaasa vaidlustajate poolt soovitud eesmärgi saavutamisele, kuna *puudub seadusest tulenev alus peale pakkumuste jõusoleku tähtaja möödumist pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamiseks*.“

Kohus nõustus VAKO seisukohaga rõhutades:

„Tulenevalt RHS §-st 45 saab pakkuja oma pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendada üksnes ajal, mil pakkumus on veel jõus, ning pakkumuse jõusoleku tähtaega saab pakkuja pikendada üksnes hankija sellekohase kirjaliku ettepaneku alusel.“

Nimetatud lauses sisaldub kaks kumulatiivset kriteeriumi a) jõusoleva pakkumuse olemasolu ja b) hankija vastav ettepanek, millest 7.07.2008 lepingu sõlmimisel puudusid mõlemad. Riigikohtu 10.05.2007 otsuses haldusasjas nr 3-3-1-100-06 ja Tallinna Halduskohtu 14.08.2009 otsuses nr 3-09-1337 rõhutati, et „riigihankemenetluses on täpsetel, prognoositavatel ja formaliseeritud menetlusreeglistikul eriti oluline roll“. Niisiis ei saa tugineda poolte tahtele pikendada pakkumuse jõusoleku tähtaega konkludentsetl.

Arvestades asjaolu, et riigihankemenetluses on tähtjad keskse tähtsusega, pidi mõistliku hoolsusega hankija tähtaja kulgemist jälgima. Mingil juhul ei tohtinuks sõlmida lepingut olukorras, kus kõikide pakkumuste jõusoleku tähtaeg oli lõppenud. Seejuures ei puudutatud pakkumuse jõusoleku lõppemise küsimust pooltevahelises kirjavahetuses, kuigi keskmise tähelepanelikkuse juures oli ilmne, et lepingu sõlmimisega võidakse rikkuda RHS nõudeid.

Riigihankemenetluse reeglistik eeldab, et hankepingu sõlmimiseni jõutakse riigihanke tulemusena. Kui riigihankemenetlus lõppeb mõnel muul alusel (st mitte hankepingu sõlmimisega, RHS § 29 lg 3 punktid 2-7), ei ole lubatud kasutada selles hankemenetluses tehtud pakkumusi hilisemalt riigihankeväliselt lepingu sõlmimiseks (kuivõrd lepingu võib sõlmida ainult riigihankemenetluses). Nii nagu hankija ei saa võtta vastu pakkuja poolt hiljem või väljaspool hankemenetlust tehtud pakkumust, ei saa hankija rajada lepingut pakkumusele, mis ei ole enam jõus.

Sellest tulenevalt on meile teadaolevatel asjaoludel hankija sõlminud lepingu olukorras, kus pakkumused ei ole enam jõus ning hankemenetlus on sisuliselt lõppenud (RHS § 29 lg 3 p 7). Teisisõnu on 7.07.2008 leping sõlmitud riigihankeväliselt ja ebaseaduslikult.

Olukordades, kus hankeping on sõlmitud hankereegleid rikkudes, on Riigikohus oma praktikas viidanud TsÜS §-le 87 ja jõudnud järeldusele, et RHS reeglite rikkumisel ei tohi lepingut sõlmida ja vastava keelu eesmärgiks on tuua kaasa keelu rikkumisega sõlmitud lepingu tühisus (vt otsus [3-3-1-66-10](#) p 18 jj).² TsÜS § 84 lg 1 kohaselt ei ole tühisel tehingul algusest peale õiguslikke tagajärgi. Tühise tehingu alusel saadu tagastatakse vastavalt alusetu rikastumise sätetele, kui seaduses ei ole sätestatud teisiti. Alusetu rikastumise reeglid sisalduvad VÕS 52. peatükis.

Eelnevast tuleneb oluline õiguslik probleem, kuivõrd mõistlikku hoolsust eirates on olulise tähtsusega objekti ehitamiseks sõlmitud leping, mis on suure tõenäosusega õigustühine. Juba pelgalt sellise õigusliku riski võtmine on põhjendamatu. Lisaks restitutsiooniga kaasnevale arvestatavale õiguslikule segadusele (ehitist ei ole võimalik sellisel kujul tagastada ja rakendub VÕS § 1032 regulatsioon), tõusetub tõsine risk seoses lepingu kaitse kadumisega. Kui kohtud nõustuvad, et leping on õigustühine, puudub hankijal tulevikus võimalus lepingust tulenevaid nõudeid pakkuja vastu maksma

² Vt tühisuse kohta ka 3-3-1-7-08 p 12 jj

panna. Puuduvad lepingulised garantiid ja EhS §-ist 4 tulenev garantii, sest see on samuti lepinguline. Küll aga vastutab ehitaja VÕS-i §-i 1045 lg 1 p 7 ja EhS-s sätestatud ehitise ohutusnõuete järgi ehitise ohutuse eest sõltumata lepingust. See siiski ei taga hankijale siin olukorras piisavat kaitset või vähemalt võrreldavat kaitset sellega, mis tal eelduslikult ehituslepingus oli.

Tulemusena on hankija avatud arvestatavatele õiguslikele riskidele ning peab arvestama mahuka õigusvaidluse riskiga. Seejuures kui hankija sooviks näiteks alustada kohtuvaidlust KMG-ga garantiitööde üle, tuleks kohtuvaidluse alustamisel arvestada riskiga, et vastav garantiikohustus on tühine.

6. HANKIJA ON RIKKUNUD RHS § 50 LG 5 JA PÕHJENDAMATULT LUBANUD PAKKUMUSE KORRIGEERIMIST

Hankija väidab, et tegemist oli lõpphinna pakkumusega ja seda kinnitab fakt, et pakkumiste võrdlusest tulenevalt 6 pakkujast 4 olid kaldunud kõrvale pakkumises esitatud materjalide loeteludest ja mahtudest. Erinevused olid vormistatud selliselt, et mahu või koguse muutmisel oli Hankija materjalide loendis olev positsioon läbi kriipsutatud ja esitatud muudetud kujul uuesti. Niisiis on hankija aktsepteerinud kõrvalekaldeid hankedokumentides esitatud materjalide loeteludest ja mahtudest.

Hankija poolt pakkujatele 29.11.2007 saadetud kirjas nr 9-6/2472, milles vastatakse KMG Inseneriehituse AS 27.11.2007 küsimustele (kas tööde käigus projekteerimise faasis võimalikest tekkivatest mahumuutustest konstruktsioonide osas arvestab Tellija ka tööde mahtude ja maksumuste kokkuvõtte tabelis olevate ühikuhindadega ja suurendab või vähendab lepingu lõppmaksumust vastavalt tegelikule projekteeritud mahule), on Hankija kinnitanud, et kai konstruktsioonide maksumuste hindamisel tuleb pakkumisel lähtuda lõpphinnast. Tööde käigus projekteerimisel mahtude muutmisel lepingu hind ei muutu.

RHS § 50 lg 5 kohaselt juhul kui pakkumustes esitatavad ühikuhinnad on hankelepingu alusel makstava tasu aluseks ja pakkumuses esineb pakkumuse maksumuse osas ilmne arvutusviga ning pakkumuses esitatud arvutuslik kogumaksumus ei vasta pakkumuses esitatud ühikuhindade alusel arvestatud maksumusele, parandab hankija arvutusvea, arvutades pakkumuse maksumuse pakkumuses antud ühikuhindade alusel ning teatab sellest viivitamata pakkujale kirjalikult. Pakkuja vastab hankijale kirjalikult kahe tööpäeva jooksul arvates vastava teate saamisest, kas ta on arvutusvea parandamisega nõus. Juhul kui pakkuja arvutusvea parandamisega ei nõustu, lükkab hankija pakkumuse tagasi.

Niisiis, kui tegemist oli lõpphinna pakkumusega, milles ühikuhinnad olid üksnes indikatiivsed ja siduv oli üksnes kogumaksumus, ei olnud täidetud RHS § 50 lg 5 eeldused, kuivõrd kogumaksumus ei oleks sellisel juhul seotud ühikuhindadega. Sellisel juhul aktsepteeris hankija lõpphinna korrigeerimist ebaseaduslikult ja sellega tekitati äriühingule kahju korrigeeritud summa ulatuses.

7. HANKIJA ON RIKKUNUD LÄBIPAISTVUSE JA VÕRDSE KOHTLEMISE PÕHIMÕTTEID

RHS § 3 p 2 sätestatud läbipaistvuse põhimõtet tuleb sisustada läbi Euroopa Liidu Kohtu (ELK) praktika. Siseriiklik kohus peab tõlgendama kohaldamisele kuuluvat siseriiklikku seadust nii suures ulatuses kui võimalik kooskõlas EL õigusega ning viisil, mis võimaldab tagada läbipaistvuskohustuse järgimise.³

ELK leidis [Parking Brixen](#) lahendis, et riigihankelepingute puhul on pakkujate võrdse kohtlemise eesmärk see, et kõikidel pakkujatel oleksid oma pakkumuste koostamisel samad võimalused.⁴

³ C 327/00: Santex (EKL 2003, lk I 1877), p 63

⁴ C-458/03 Parking Brixen (2005, p. I-8585) p 48

Teisisõnu peavad mängureeglid olema teada kõigile potentsiaalsetele pakkujatele. Kui mängureeglid hankemenetluse järgselt muutuvad, ei saanud pakkujad sellega pakkumuste koostamisel arvestada.

[Telaustria](#) lahendi p 62 kohaselt peab hankija tagama sellise läbipaistvuse, et oleks tagatud vaba konkurents teenuste turul ja oleks kohtulikult võimalik kontrollida, et hankemenetlus toimus täiesti erapooletult.⁵ Läbipaistvuse kohustuse peamine eesmärk on välistada oht, et hankija eelistaks kedagi või tegutseks omavoliliselt. See kohustus tähendab ka, et kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad peavad olema hanketeates või lepingudokumentides sõnastatud selgelt, täpselt ja üheti mõistetavalt.

[Universale-Bau](#) ja [La Cascina](#) jt kohtuotsustest tulenevalt tuleb riigihankelepingute sõlmimise menetluse igas etapis kinni pidada nii *potentsiaalsete pakkujate* võrdse kohtlemise kui ka läbipaistvuse põhimõttest.⁶ Niisiis tuleb arvestada lisaks hankemenetluses osalenud pakkujatele ka nende pakkujatega, kes piisava läbipaistvuse korral oleks võinud tahta menetluses osaleda. La Cascina lahendi p 32 kohaselt kehtivad kõikidele riigihankemenetlustele läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtted, mille kohaselt pakkumise sisu ja pakkumisel osalemist puudutavad tingimused peavad olema enne selgelt määratletud. [Universale-Bau](#) p 93 kohaselt peab hankemenetlus vastama võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõttele, et pakkujad saaksid võrdsed võimalused sõnastada oma pakkumuste tingimused.

09.02.2009 sõlmitud töövõtulepingumuudatuses (Lisa 1) tehti kolm põhimõttelist muudatust:

1. Tellija aktsepteeris töövõtulepingus kokku lepitust erinevat kai tehnilist lahendust, mille tulemusena 17. kai ehitamiseks kasutatavate toruvaiade maht oluliselt vähenes;
2. Tellija soovil nähti ette, et 17. kail on võimalus kasutada riigihanke tehnilises dokumentatsioonis näidatust suuremat ja võimsamat kraanat, mille tulemusena nõudis Töövõtja täiendavate kulutuste katmist 28,8 mln krooni ulatuses;
3. Tellija nõustus, erinevalt lepingu punktis 2.1 sätestatust, võtma enda kanda materjali kallinemise hinnariski.

HD sõnastus ei võimaldanud nende muudatuste võimalust ette näha või nendega pakkumuse tegemisel või pakkumuse tegemisest loobumisel arvestada.

8. HANKEDOKUMENDID OLID EBASELGED SELLES, MIS OSAS NAD ON PAKKIJATELE SIDUVAD JA LÕPLIKUD

HD-st ega hankemenetlusega seonduvast muust dokumentatsioonist ei nähtu informatsiooni, millest teised pakkujad ja potentsiaalsed pakkujad oleks saanud järeldada võimalust lepinguga võetud kohustuste oluliseks muutumiseks pakkujate kasuks pärast lepingu sõlmimist.

8.1. Pakkujatel oli alust arvata, et projektdokumentatsioon on olulises osas siduv

HD-st on järeldatav see, et lisatud projektdokumentatsioon on pakkujatele olulises osas siduv (põhiprojekt – millega on määratud ehitustehnoloogiad, materjalid ja seadmed) ja muudatused toimuvad üksnes tööprojektide (teostamisjuhised) vormis. Eduard Kikkase 20.11.2011 antud seisukoha kohaselt on Merin AS töö 2543107/607 koostatud põhiprojekti mahus.

8.2. Pakkujatel puudus selgus sellest, et pärast lepingu sõlmimist on võimalik tehnoloogiat ja materjali mahtu oluliselt muuta

Hanke ülesehitusest nähtuvalt võitis hanke parima hinnaga pakkuja. Parim hind kujunes omakorda pakkumuse lisaks olevas tabelis tehtud liitmistehte tulemustest. Tehnilise kirjelduse eesmärgiks on

⁵ Euroopa Kohtu 7. Detsembri 2000. a otsus nr C-324/98 ([Telaustria](#))

⁶ C 470/99: [Universale-Bau](#) jt (EKL 2002, lk I 11617); C 226/04 ja C 228/04: [La Cascina](#) jt (EKL 2006, lk I 1347)

tagada pakkumuste võrreldavus.⁷ Hankija on selgitanud, et tegelikkuses oli tegemist lõpphinna hankega. Pakkumiste võrdlus näitas, et 6 pakkujast 4 olid kaldunud kõrvale pakkumises esitatud materjalide loeteludest ja mahtudest. Puuduvad andmed sellest, kuidas mõistsid/oleks mõistnud olukorda potentsiaalsed kolmandad (võimalik, et välisriikide) pakkujad.

HD-st ei olnud aru saada, et projekteerimise käigus on lubatud kasutada oluliselt teistsuguseid tehnilisi lahendusi, muuta oluliselt materjalide kogust ja kvaliteeti võrreldes pakkumusega ja sõlmitud lepinguga. Eelnevast tulenevalt ei olnud pakkujatele selgelt arusaadav, et pärast lepingu sõlmimist on võimalik küll säilitada lõpphind, aga suurendada oluliselt oma kasumlikkust läbi materjalide ja tehnilise lahenduse muutmise.

8.3. Pakkujatel puudus selgus sellest, et töö käigus on võimalik kanda materjali hinna muutuse risk hankijale

7.07.2008 lepingu punkti 2.1. kohaselt ei sõltu tasu suurus materjalide või muude asjade, tööjõu või teenuste kallinemisest või töömahu või mistahes kulutuste suurenemisest. Ka hanke võitja KMG pakkumusteate p 7 sisaldas kinnitust, et pakkumuse edukaks tunnistamise korral nõustutakse tingimusteta muutmata kujul alla kirjutama HD Lisa 2 kohasele hankelepingule ja p 8 sisaldas kinnitust, et HD Lisa 1 Vormi II kohane pakkumuse hinnatabel on nõuetekohaselt täidetud.

Riigikontrolli hinnangul, kuigi 9.02.2009 muudatusega vähendati oluliselt kasutatava metalli hulka, lepingu hinda hoopis suurendati. Hankija ehitusdirektori selgituse kohaselt võttis hankija enda kanda lisakulu seonduvalt kasutatava terase aasta jooksul toimunud kallinemisega. 7.07.2008 lepingu punkti 2.1. kohaselt ei sõltu tasu suurus materjalide või muude asjade, tööjõu või teenuste kallinemisest või töömahu või mistahes kulutuste suurenemisest. Olukorras, kus pakkuja kasutas 9.02.2009 kohaselt vähem metalli, kui 7.07.2008 lepingu järgselt, ei nähtu meile esitatud materjalidest loogilist ja mõistlikku põhjendust, miks hankija nõustus loobuma olulisest tagatisest 7.07.2008 lepingus. Seetõttu järeldame, et 9.02.2009 kokkuleppega tekitati hankijale kahju.

Muudatuste olulisust kinnitab muuhulgas 9.01.2009 KMG kiri, mille kohaselt on tegemist konstruktsioonilise muudatusega, mis toob endaga kaasa kogu metalli mahukuse kasvu 574,3 tonni ja tingib „*oluliselt võimsama ning hinnamahukama vaiamistehnika vajaduse*.“ Kirja kohaselt tingis muudatus lepingulise hinna suurenemise 28 857 499 krooni, millele lisandus käibemaks. Niisiis ületas KMG poolt pakutud lepingulise muudatuse hind iseenesest juba riigihanke siseriiklikku piirmäära (RHS § 15; 190 000 eurot).

8.4. Eelnevaga kahjustati konkurentsi riigihankemenetluses

Sama tegevusega kahjustati ka konkurentsi riigihankemenetluses, kuivõrd konkureerivatele pakkujatele ja potentsiaalsetele pakkujatele ei tagatud võimalust teha pakkumusi oluliselt muutunud tehnilisele lahendusele ja võimalusega kanda metalli hinnarisk hankijale. Sisuliselt ei tagatud riigihankes konkurentidele võimalust teha pakkumust muudetud tehnilisele kirjeldusele. Selliselt on hankija eksinud pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtte vastu. Hankemenetluses edastas hankija soovi hankelepingu muutmiseks vaid sellele pakkujale, kellega sõlmiti esialgne hankeleping. Hankemenetluse materjalidest ei nähtu, et hankija oleks tehnilise kirjelduse muutudes teavitanud sellest turgu. Selliselt välistas hankija ka konkurentide tõhusa järelevalve teostatud muudatuse õiguspärasuse osas. Niisiis tuleb järeldada, et edukal pakkujal lubati töö teostada oluliselt teistel tingimustel, kui need, mis olid esitatud HD-s ja pakkumuses, mistõttu tuleb asuda seisukohale, et hankija on jämedalt rikkunud RHS § 3 tulenevaid põhimõtteid. Arvestades hanke mahtu võib selline läbipaistvuse nõuete eiramine olla aluseks rikkumismenetluse alustamisele EL Komisjoni poolt.

⁷ Nimetatu on Riigihangete juhise kohaselt korduvalt olnud riigihankeotsuste tühistamise aluseks (vt juhise lk 60). https://riigihanked.riik.ee/lr1/c/document_library/get_file?uuid=28388992-7a21-4349-80c5-dcfbce4a7db6&groupId=11726 (31.03.2012).

9. HANKELEPINGU MUUTMINE 9.02.2009 OLI EBASEADUSLIK

Hankeleping eduka pakkujaga sõlmiti 07.07.2008. Hankelepingu muudatus hankija ja KMG vahel sõlmiti 9.02.2009. Muudatust põhjendati sooviga projekteerida kai nr 17 esiseina kandevvaid võimsamaks, mis tagaks võimaluse asendada 500 kN/m koormust andev kraana 780 kN/m koormust andva kraanaga. Sellise muutuse tegemiseks vajalikud õiguslikud eeldused ei olnud täidetud ning kahjustati konkurentsi riigihankes.

RHS § 69 lg 3 lubab muuta hankelepingut, mis:

- on sõlmitud RHS reeglistikku järgides riigihanke tulemusena (vt eelpool, kus järeldasime, et 07.07.2008 leping sõlmiti riigihankeväliselt) ja
- ainult *hankijast sõltumatutel objektiivsetel põhjustel*.

RHS §-st 69 lg 3 tulenevalt võib hankija sõlmitud 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 hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine. Meie hinnangul ei olnud need tingimused täidetud.

RHS § 69 lg 3 kohaldamise võimalikkusel omab niisiis tähendust, millal ja miks hankija otsustas muuta kraana koormuseid. Seda eeldusel, et kraana koormuse muudatus omas üldlase tähendust kasutatava tehnilise lahenduse valikul (eeldades, et see tõi kaasa projekti muudatuse).

RHS ei näe ette hankelepingu muutmise võimalust lähtuvalt hankija mugavusest või ideest saavutada varasemast teistsugune tulemus. Seetõttu tuleb kontrollida, kas muudatus tugines hankija otsusel või hankijavälisel muutusel objektiivses keskkonnas, mida hankija ei oleks võinud ette näha hankelepingu sõlmimise ajal. Teisisõnu ei saa RHS § 69 lg 3 tuginemise aluseks olla hankija meelemuutus.

Puuduvad andmed, et oleks esinenud asjaolusid, mis seadnuks olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamise. Vastavalt hanke nimetusele soovitati hankega saavutada Muuga sadama konteinerterminali laiendamine. Meile ei ole esitatud andmeid, justkui ilma vastavate lepingumuudatusteta oleks Muuga sadama konteinerterminali laiendamine sattunud täielikult või olulises määras ohtu. Hankelepingu lisas viidatakse hankelepingu muutmise alusena hankija enda otsusele võtta kasutusse varasemalt plaanitud erinev kraana.

Lisaks ei vasta teostatud muudatus ka teistele RHS § 69 lg 3 nõuetele. RHS § 3 p-st 1, mis kohustab hankijat kasutama rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt, ja kohustusest tagada hanke läbipaistvus ja pakkujate võrdne kohtlemine, tuleneb hankija planeerimiskohustus. Arvestades hankija planeerimiskohustust on hankija kohustatud hankeobjekti ning selle jaoks loodava menetluse eelnevalt igakülgset läbi mõtlema. Hankijale jääb võimalus hankelepingu muutmiseks, kui selle tingisid objektiivsed ettenägematud tingimused ning muutmata jätmise korral satuks ohtu hankega taotletav eesmärk.⁸

Hankija, asudes hankemenetlust planeerima, on kohustatud välja selgitama, milline on tema täpne hankevajadus, st milline saab olema hankeobjekti tehniline kirjeldus, millest lähtuvalt teevad pakkujad enda pakkumused ning sõlmitakse võitjaga hankeleping. Kraana kandevõime tõstmise soovi näol ei olnud tegemist hankijast sõltumatu objektiivse asjaoluga. Asjaolu, et hankija väidetavalt selgitas enda tegelikku hankevajadust alles pool aastat pärast hankemenetluse algatamist, viitab hankija puudulikule planeerimisele, mitte hankijast sõltumatule objektiivsele asjaolule. Seejuures ei ole hinnangu andmiseks esitatud kirjeldust nendest tegevustest, mida hankija hanke planeerimisel ca 7 kuu jooksul läbi viis. Hankija ei ole esitanud selgitusi ja dokumentaalseid tõendeid, mis objektiivselt põhjendaks kraana võimsuse suurendamise vajalikkust.

Leping riigihankes sõlmiti 7.07.2008. Ettepaneku hankelepingu muutmiseks tegi hankija ca seitse nädalat hiljem 27.08.2008 projektikohtumisel. Arvestades muudatuse olulisust, on mõistlik hankijalt

⁸ Vt 860-SE seletuskiri.

oodata muudatuse vajalikkuse võimalusega arvestamist enne hankelepingu sõlmimist. Seejuures puuduvad loogilised seletused, millest nähtuks, et hankija sai teadlikuks võimalikust vajadusest hankelepingu muutmiseks **alles pärast hankelepingu sõlmimist. Hankija ei ole selgitanud, millised faktid leidsid aset nende seitsme nädala jooksul (vahemikus 7.07.2008-27.08.2008), mis muutsid objektiivelt hankijat ümbritsevat maailma ja sundisid hankijat loobuma varasemast plaanist ja otsustama uue plaani kasuks.**

Seejuures ei oma õiguslikku tähendust küsimus sellest, kas konkreetne potentsiaalne klient tellis siduvalt suurema kraana või mitte. Tähendust omab see, kas hankija oleks oma planeerimiskohustust nõuetekohaselt täites võinud oma vastava äristrateegilise otsuse teha enne 7.07.2008 või takistas seda mõni objektiivne asjaolu. Samuti see, kas pärast lepingu sõlmimist tekkis hankijast sõltumatu objektiivne muutus keskkonnas, mis sisuliselt sundis hankijat oma varasemat otsust muutma. Otsuse võimalikust ärilisest eelisest seejuures ei piisa.

Sõlmides 7.07.2008 lepingu olukorras, kus oli teada potentsiaalne vajadus lähiajal lepingut muuta, rikkus hankija mõistlikku hoolsuskohustust ja kahjustas konkurentsi turul. Lisaks puudus hankijal igasugune kindlus sellest, et 7.07.2008 lepingu sõlmimise järgselt teine lepingupool lepingu hilisema muutmisele nõustub, millega võeti ebamõistlik äririsk.

Arvestades, et sisuliselt oli hankemenetlus lõppenud juba 30.05.2008 ning hankija oli teadlik või pidanuks olema teadlik võimalikust vajadusest muuta läbiviidud hankemenetluse tehnilist kirjeldust, tulnuks hankijal lugeda eelmine hankemenetlus lõppenuks RHS § 27 lg 3 p 6 alusel.

10. HANKIJA EI TEGUTSENUD JUHATUSELT OODATAVA HOOLSUSEGA, KUI TA AKTSEPTEERIS KMG 3.09.2008 JA 9.01.2009 KIRJADES TOODUD VÄITEID JA SÕLMIS 9.02.2009 LEPINGU HINNATÕUSU EELDUSTE PAIKAPIDAVUST KONTROLLIMATA

Dokumentatsioonist nähtuvalt ei kontrollinud hankija ühelgi viisil KMG jaanuaris 2009 esitatud väite, justkui tinginuks muudetud kraana soov vajaduse teistsuguseks tehniliseks lahenduseks ja kõrgeenenud hinnaks, paikapidavust. 17.07.2008 Indrek Pappeli e-kirjast lähtuvalt projekteeris KMG vaiad vastavalt EstKonsult lahendusele ja dimensioonidega 1676*16X70+2AU16 ja 1620*16X70. Nimetatut oli võimalik kontrollida ka 26.08.2008 ekspertiisi saadetud dokumentatsioonist. Vastavalt Eduard Kikkase selgitustele tegelikult 28.08.2008 kirja alusel projekti ei muudetud ja projekti vastav osa oli valmis 25.08.2008 ja edastatud 26.08.2008 ekspertidele Valdo Jaanisoole ja Vello Otsmaale. Ekspertiisi saadetud projektis oli esisein konstrueeritud toruvaiadest dimensiooniga D1676*17/X70.

Asjaoludest nähtuvalt plaanis KMG juba sõltumata hankija lisasoovidest kasutada D1676*17/X70 toruvaiasid, millise muudatuse finantsrisk lasus vaieldamatult KMG-l. 7.07.2008 lepingu punkti 2.1. kohaselt ei sõltu tasu suurus materjalide või muude asjade, tööjõu või teenuste kallinemisest või töömahu või mistahes kulutuste suurenemisest.

Olukorras, kus hankija oli teadlik, et dokumendid olid ekspertiisi esitatud, oleks mõistliku hoolsuse rakendamisel hankija ekspertiisi esitatud materjaliga tutvunud. Samuti võiks hankijalt mõistlikult eeldada hinna ja materjalide muutumise põhjalikumalt kontrollimist ja arvestamist. Olukorras, kus KMG kinnitas hankijale, et metalli maht suureneb 574,3 tonni ja 28,9 miljoni krooni võrra, oleks hankija pidanud märkama, et nn „uues“ lahenduses metalli kogus tegelikkuses ligi poole võrra vähenes. Arvestades asjaolu, et 9.02.2009 muudatuses kasutati materjale vähem kui KMG algses pakkumuses, puudus juhatusel mõistlik õigustus loobuda lepingu punktist 2.1. hankija kaitseks tulenevatest õigustest. Nii ei aktsepteeri mõistlik hankija väidet metallikoguste suurenemisest 574,3 tonni ja hinna tõusu 28,9 miljoni krooni võrra selle aluseks olevaid arvestusi algselt edukaks tunnistanud pakkumusega võrdlemata.

Lisaks puuduvad andmed, et hankija oleks kontrollinud, kas KMG 3.09.2008 kirjas ja 9.01.2009 kirjas viidatud väide, et varem plaaniti kasutada toruvaiu D1620/15-X70 on tõene ja kas nimetatud toruvaiade kasutamine oleks olnud piisav algselt planeeritud kraana kandmiseks ja ebapiisav uue

kraana kandmiseks. Riigikontrolli andmetel ei ole toruvaiade D1620/15-X70 kasutamiseks KMG-l projekti koostatud ja nimetatud vaiade kandevõimet ka algse pakkumuse kontekstis kontrollitud.

Kokkuvõtvalt leiame, et juhatuse poolt 28,9 miljoni kroonise hinnatõusu ja 574,3 tonnise lisa metallikulu arvutuskäigu ja põhjendatuse kontrollimata jätmisega rikkus juhatus hoolsuskohustust. Meil puuduvad andmed ka sellest, et juhatus oleks muudatusest informeerinud nõukogu või küsimust nõukoguga arutanud.

Arvestades eelnevaid asjaolusid on KMG 3.09.2008 kiri ja 9.01.2009 kiri ning 9.02.2009 lepingu lisa 1 vormistamine tõenäoliselt käsitletav kuritegelikuna. Eelkõige võib kõne alla tulla KarS § 209 lg 3 koosseis, ehk juriidilise isiku poolt toimepandud kelmus.

Lugupidamisega

Carri Ginter, PhD õigusteadus
vandeadvokaat

Allar Jõks
vandeadvokaat

Lisa 2: Tallinna Sadama juhatuse vastus ja Riigikontrolli kommentaarid

Lp Tarmo Olgo

Riigikontroll

Narva mnt 11A

15013 TALLINN

Teie: 13.08.2012 nr 2-2.7/12/70052/8

Meie: 24.08.2012 nr 1-7/

AS Tallinna Sadam vastus Riigikontrolli auditaruande „Muuga konteinerterminali 17. kai rajamine“ eelnõule

SISSEJUHATUS

Kõnealuses hankemenetluses leiti konteinerterminali laiendamiseks turu parim pakkumine kuue pakkuja vahelises tihedas konkurentsis. Hankemenetluse tulemusi ega lepingut ei ole vaidlustatud ning need on seega kehtivad ega riku kellegi õigusi. Töö tehti ära kavandatud soodsama hinnaga ning parema tehnilise lahendusega ja seega tekitati kasu, mitte kahju. Mitte ühelgi asjaomasel institutsioonil ei ole seni AS-ile Tallinna Sadam etteheiteid seoses riigihanke läbiviimisega olnud. Nii esialgne hankedokumentatsioon kui ka lepingu täitmise käigus toimunud tööde maksumuse ja mahtude muutmine ning lepinguliste tööde tähtaja pikendamine olid nõutavas ulatuses kooskõlastatud Veeteede Ametiga ning Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumiga. Samuti on nii Veeteede Amet kui Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium kooskõlastanud lõpparuande, mille kohaselt on kõik projekti eesmärgid täidetud.

Riigikontrolli kommentaar: Riigikontrolli arvates on eksitav Tallinna Sadama väide, et töö tehti ära kavandatud soodsama hinnaga. Auditeeritu on vastuses jätnud tähelepanuta, et hankelepingus oli osa lepingu maksumusest – 38,7 miljonit krooni (2,5 miljonit eurot) reserveeritud varuna ettenägemata tööde eest tasumiseks. Ettenägemata tööde puudumisel poleks varuks reserveeritud osa lepingutasust töövõtjale välja makstud. See summa oleks jäänud välja maksmata, kui Tallinna Sadam ei oleks aktsepteerinud töövõtja 28,9 miljoni kroonist lisanõuet, mida selgitati 17. kai kandevõime suurendamisest tulenevate täiendavate kulutustega, ega oleks olnud sunnitud hüvitama töövõtjale lõhkekehade tekitatud kahju. Samuti tuleb arvestada, et tööde teostamise aega pikendati 18 kuult 24 kuuni.

Riigikontroll ei vaidlusta Tallinna Sadama konstateeringut, et kõik lepingumuudatused olid nõutavas ulatuses asjaomaste ametkondadega kooskõlastatud, kuid osutab seoses sellega asjaolule, et kooskõlastamisele kuulusid ja kooskõlastati vaid need muudatused, mis olid seotud Euroopa Liidu Ühtekuuluvusfondi raha kasutamisega, st terminalile vajaliku uue maa-ala rajamisega. Riigikontrollile ei esitatud dokumente, millest nähtunuks, et ministeeriumi ja Veeteede Ametit oleks informeeritud 17. kai rajamise tööde osas tehtud muudatustest.

AS Tallinna Sadam: Riigikontroll on teinud ära mahuka töö, mis annab AS-ile Tallinna Sadam võimaluse vaadata asjale tagasi sõltumatu järelkontrolli kaudu. Seda on igal riigi äriühingul oluline arvestada ja seda omakorda kriitiliselt läbi töötada. Riigikontrolli väidetega hankemenetluse ning hankelepingu sõlmimise ja täitmise käigus esinenud puuduste ja seaduserikkumiste kohta ei saa aga AS Tallinna Sadam nõustuda, kuna asjaolude detailne ja terviklik analüüs, seaduse süsteemne ja sisuline tõlgendamine koostöös nii valitseva Eesti kui Euroopa Liidu kohtupraktikaga näitavad, et Riigikontrolli etteheited on põhjendamatud.

Riigikontroll on vaaginud, kas kai rajamist pidanuks ja saanuks paremini korraldada. Õiglase ja erapooletu hinnangu andmine sellele küsimusele eeldab, et arvestatakse kõiki tegelikke faktilisi asjaolusid ja lähtutakse konkreetsel ajal kehtinud õigusnormidest. AS Tallinna Sadam on omalt poolt teinud Riigikontrolliga tihedat ja konstruktiivset koostööd, esitades auditi käigus kõik asjaspepuutuvad dokumendid ja muu informatsiooni. Seda üllatavam on, et Riigikontroll on aruande koostamisel mistahes põhjendusi esitamata jätnud arvestamata terve rea tähtsust omavaid asjaolusid ja dokumente ning on tuginenud asjaoludele hinnangu andmisel hankemenetluse ajal mittekehtinud õigusaktidele. See mõjutab oluliselt Riigikontrolli hinnangute õigsust.

Riigikontrolli kommentaar: Auditiaruande koostamisel võttis Riigikontroll arvesse kogu Tallinna Sadamalt saadud infot. Seisukohtade kujundamisel arvestati ka teistelt isikutelt saadud infot ja selgitusi. Tallinna Sadama väide, et Riigikontroll on jätnud arvestamata hulga tähtsaid dokumente, on paljasõnaline ning pole seetõttu asjakohane.

Riigikontroll nõustub Tallinna Sadamaga (vastuse p 3.50) selles, et auditiaruandes, mis käsitleb aastatel 2007–2009 toimunut, ei olnuks korrektne osutada 2010. aastal majandusministri poolt ehitusprojektidele kehtestatud nõuetele (aruande punktid 25 ja 36), vaid Eesti standardile EVS 811:2006. Riigikontroll kasutas ministri määrmuses olnud formuleeringuid seepärast, et neis on kontsentreeritult kirjas see, mis standardist tulenevalt eristab põhiprojekti eelprojektist (vt ka Riigikontrolli 4. kommentaari Tallinna Sadam vastuses sisalduvaile seisukohtadele). Lõplikus aruandes on sobimatu viide asendatud viitega standardile EVS 811:2006.

AS Tallinna Sadam: Küsitavusi tekitab ka AS Tallinna Sadam suhtes läbiviidud auditi käik, kus muuhulgas on auditi käigus mitmel korral jõudnud Riigikontrolli seisukohad enne auditeeritavale edastamist ning auditeeritavalt vastuse küsimist kolmandate isikuteni (sh ajakirjandusväljaanneteni). Seaduse kohaselt on Riigikontrolli töö aluseks riigikontrolöri kinnitatud tööplaan, millest lähtudes koostab peakontrolör kontrollimiseks vajaliku teabe kogumiseks menetlusteate, mis esitatakse isikule, kelle suhtes soovitakse toiminguid läbi viia. Sellega tagatakse, et auditeeritavale isikule on teada asjaga tegelevad ametnikud, kaasatud asjatundjad, tehtavad toimingud ning nende läbiviimise aeg. Praegusel juhul nõudis Riigikontroll esmalt (2011. a suvel) AS-lt Tallinna Sadam dokumentide esitamist, seejärel edastas kogutud dokumendid Advokaadibüroole Sorainen arvamuse andmiseks, seejärel (04.11.2011. a) edastas advokaadibüroolt saadud õigusarvamuse AS-le Tallinna Sadam ning Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumile ning alles seejärel (14.11.2011. a) lülitati Muuga sadama konteinerterminali laiendamise toimingute audit Riigikontrolli tööplaani. Sellele järgnevalt ei tehtud kuni 2012 a maini mingeid audititoiminguid ning seaduses ettenähtud menetlusteadet ei ole AS-le Tallinna Sadam tänaseni esitatud. Selline auditi käik ei ole ilmselt tavapärane, mis koosmõjus asjaolude valikulise käsitlemisega tekitab kahtlusi Riigikontrolli aruande objektiivsuses.

Riigikontrolli kommentaar: Riigikontroll otsustab iseseisvalt kontrollimiste läbiviimise, aja ja iseloomu. Riigikontrolli töö aluseks on riigikontrolöri kinnitatud tööplaan. Võimalikud audititeemad selguvad pidevalt toimuva seire käigus. Seire hõlmab ka Riigikontrolli auditeeritavate dokumentide ja selgituste küsimist. Otsus konkreetse auditi tööplaani võtmise kohta tehakse üldjuhul põhjaliku ettevalmistustöö tagajärjel, paljusid asjaolusid arvestades. Korraldused audititoimingute ettevalmistamiseks ja nende läbiviimiseks annavad Riigikontrolli peakontrolörid.

Paludes 2011. aasta juunis Tallinna Sadama töötajailt mõningate Muuga sadama konteinerterminali laiendamisega seotud dokumentidega tutvumise võimalust, selgitas Riigikontrolli peakontrolör neile, et Riigikontroll vajab seda infot, et hinnata riigi majandusaasta aruannet ja Euroopa Liidu raha kasutamist. Sadama töötajate sõnade kohaselt teavitasi nad sellest sadama juhatust.

Tallinna Sadamalt ning Majandus- ja Kommunikatsiooniministeeriumist saadud info põhjal tekkis kahtlus, et konteinerterminali hanke korraldamisel on sadam mõneti eiranud seadust. Riigikontroll küsis selle kohta arvamuse advokaadibüroolt Sorainen AS. Advokaadibüroo arvamus langes mitmes osas kokku Riigikontrolli arvamusga. Et informeerida Tallinna Sadamat Riigikontrolli tähelepanekutest ja selgitada asjaolusid täiendavalt, saatis Riigikontroll advokaadibüroo arvamuse

04.11.2011 Tallinna Sadamale ja informatsioonina ka sadama omaniku ülesandeid täitvale majandus- ja kommunikatsiooniministrile.

Seire käigus tuvastatud asjaolusid põhjalikult kaaludes otsustas riigikontrolör 14.11.2011 võtta audit Riigikontrolli tööplaani.

Audititoimingutega alustamisest 2012. aasta mais informeeriti Tallinna Sadama töötajaid peakontrolöri elektronkirjaga. Audititoiminguid teinud Riigikontrolli töötajale vormistati nõuetekohane menetlusteade, millest audititoiminguid teinu sadama töötajaid teavitas, kuid mille vastu nad huvi ei tundnud. Mõõname, et korrektne oluks informeerida audititoimingute alustamisest vahetult Tallinna Sadama juhtkonda. Kuid kuna Riigikontrollil ei tekkinud probleeme auditiks vajaliku info saamisel, eeldasime, et sadama töötajad on audititoimingute alustamisest Tallinna Sadama juhatust informeerinud ja saanud vastavasisulised korraldused. Meile teadaolevalt see nii oligi.

AS Tallinna Sadam: Eeltoodust tulenevalt palume Riigikontrollil auditi aruandes sisalduvad faktiväited ja nende põhjal tehtud järeldused kriitiliselt üle vaadata, võttes arvesse ka need käesolevas arvamuses esiletoodud asjaolud ja dokumendid, mis on arusaamatutel põhjustel seni tähelepanuta jäänud, ning teha auditi aruandes vastavad põhjendatud muudatused, nagu seda võimaldab riigikontrolli seaduse § 50 lg 5. Juhime Riigikontrolli tähelepanu asjaolule, et ebaõigete andmete avaldamine mistahes põhiõiguste kandja, sh riigi äriühinguks oleva juriidilise isiku majandustegevuse kohta on põhiseaduse § 17 ja võlaõigusseaduse § 1047 kohaselt lubamatu, samuti et ebaõigete andmete avaldamisel on isikul õigus nõuda andmete avaldajalt nii kahju hüvitamist kui ka ebaõigete andmete ümberlükkamist. Riigikohus on 23.11.2010 a lahendis kohtuasjas nr 3-3-1-43-10 (p. 33) osundanud, et ülalnimetatud õigusi saab eraõiguslik isik (kelleks riigi äriühing on) põhimõtteliselt teostada ka juhul, kui ebaõigeid andmeid on avaldanud Riigikontroll oma kontrolliaruandes.

1. KOKKUVÕTE JÄRELDUSTEST

- 1.1. AS Tallinna Sadam ei nõustu Riigikontrolli aruandes toodud seisukohtadega ning vaidleb neile vastu järgmistel kokkuvõtlikel põhjustel.
 - 1.1.1. AS Tallinna Sadam poolt korraldatud hankeprotsess sisaldas kriitilist tehniliste tingimuste hindamist. Seda kinnitab lõppresultaat. Hankija poolt oli eelprojekt kai soovitud omadustega, kai rajamise optimaalsete lahenduste koostamine oli omakorda pakkujate ülesandeks. Lõpptulemus saavutati koostöös. Hankelepingu tingimused olid üheselt arusaadavad ja objektiivsed kõigile pakkujatele ning tehnilises kirjelduses on eelprojekt, mis oli avatud muutmisele.

Riigikontrolli kommentaar: Riigikontrolli hinnangul ei ole õige lähtuda hankeprotsessi hindamisel üksnes dokumentide nimetusest, vaid vaadata tuleb ka dokumentide sisu koosmõjus pakkumise esitamise nõuetega. Hankedokumentidest nähtub, et Tallinna Sadam soovis hankekonkursil pakkumusi hankedokumentatsioonis eelprojektiks nimetatud, kuid oma sisult pigem põhiprojekti detailsuses kirjeldatud kai rajamiseks ja tööjooniste koostamiseks (töövõtjalt sooviti tööprojektide koostamist ja nende kooskõlastamist hankijaga enne ehitustöödega alustamist). Standardi EVS 811:2006 kohaselt on põhiprojekt ehitusprojekti staadium, mis määrab kindlaks tehnilised lahendused ehituspakkumiste korraldamiseks vajaliku detailsusega; põhiprojektis tuleb määrata kindlaks kandeaktsioonide tehniline lahendus, materjalid ja mõõtmed, ja projekti detailsus peab võimaldama ehitusmaksumuse määramist. Hankekonkursil osalenutele pakkumuste koostamiseks esitatud dokumentatsioon vastas neile nõuetele (nt kaide toruvaiaade osas oli ette antud nende arv, läbimõõdud ja seinapaksus, pikkused, tase mark, ja pakkujailt nõuti pakkumuse esitamist nii iga konkreetse vaia materjali maksumuse kui ka vaia paigaldamise maksumuse osas).

Tutvunud Tallinna Sadama vastuses esitatud selgitustega hankedokumentide kohta, jääb Riigikontroll auditiaruande eelnõus väljendatud seisukoha juurde, et hankedokumentides ei olnud üheselt

väljendatud pakkujate õigust esitada pakkumuses alternatiivset Tallinna Sadama tehnilises lahenduses esitatust erinevat kai konstruktsiooni. Etteantud projektis fikseeritud erineva kaide tehnilise lahenduse pakkumise võimalusest ja pakkumuste hindamisest vaid nende kogumaksumuse järgi teavitati hankekonkursist osalenuid alles kaks nädalat enne pakkumuste esitamise tähtaega, ehk riigihangete seaduses lubatud oluliselt hiljem.

AS Tallinna Sadam: 1.1.2. AS Tallinna Sadam ja KMG Inseneriehituse AS-i vaheline hankeleping nr 2480908 on sõlmitud riigihankemenetluses ja sõlmimisega ei rikutud kellegi õigusi ega tekitatud kahju. Leping sõlmiti kehtivate tahteavaldustega hankemenetluse ajal ning lepingudokumendi hilisem allkirjastamise selle kinnitamiseks ei muuda poolte sellise tahte kehtivust.

Riigikontrolli kommentaar: Riigikontrolli hinnangu kohaselt ei ole Tallinna Sadama juhatuse seisukoht hankelepingu sõlmimise ja jõustumise aja suhtes (vastuse punktid 3.10 kuni 3.19) vastavuses nõuetega, mis tulenevad riigihangete seadusest ja võlaõigusseadusest nende koosmõjus.

Tallinna Sadama juhatuse selgituse kohaselt tuleb äriühingu poolt 09.05.2008 pakkujale saadetud kirjas väljendatud soovi hankelepingu sõlmimiseks käsitleda tingimusliku nõustumisena, kuna riigihangete seaduse kohaselt ei või hankija anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne, kui on möödunud 14 päeva pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate esitamist (Tallinna Sadama vastuse punktid 3.10 ja 3.11). Riigikontroll märgib seoses Tallinna Sadama selgitusega, et KMG Inseneriehitusele 09.05.2008 saadetud kirjas nimetatud hankelepingu sõlmimise soovi (vt auditiaruande lisa 5) saaks käsitleda tingimusliku nõustumisena hankelepingu sõlmimiseks üksnes juhul, kui nõustumise tingimuslikkus oleks kirjas selgelt väljendatud. Tallinna Sadama nõustumuses puudus vähimigi viide mis tahes tingimuslikkusele.

Tallinna Sadama juhatuse vastuses on öeldud, et hankeleping sõlmiti 24.5.2008 pakkumuses olnud tingimustel ja allkirjastati muutmata kujul 7.7.2008. Riigikontroll juhib tähelepanu sellele, et Tallinna Sadama väide on ekslik, kuna pakkumuses ja 7.7.2008 sõlmitud lepingus olid erinevad tööde alustamise ja lõpetamise kuupäevad. Samuti ei olnud poolte vahel 24.5.2008 põhimõttelist kokkulepet 17. kai konstruktsiooni muutmiseks, mille saavutamisest selleks ajaks annab tunnistust 7.7.2008 allkirjastatud lepingu teostamise ajakava.

Kui lähtuda seisukohast, et leping tuleb lugeda sõlmituks ajal, mil lepinguosalised olid kokku leppinud kõigis olulistest küsimustes, siis tuleb lepingu sõlmimise ajaks pidada 7.7.2008. Tallinna Sadama vastuses väidetakse, et 7.7.2008 tuleb käsitleda 24.5.2008 sõlmitud lepingu jõustumise ajana. Riigikontroll märgib seoses sellega, et lepingus ei ole fikseeritud selle jõustumise aega, st selle lepingu puhul ei ole alust eristada lepingu sõlmimist selle jõustumisest.

AS Tallinna Sadam: 1.1.3. 09.02.2009 kokkulepe kai kandevõime muutmise küsimuses ei olnud hankelepingu muutmine. Kui aga seda hankelepingu muutmiseks pidada, oli see seaduslikult lubatav – selle sõlmimise põhjused oli objektiivsed ja kogu hanke kontekstis mitte nii olulised. Uue hankemenetluse korraldamine oleks riski suurendanud, mitte vähendanud ning probleeme juurde tekitanud. AS Tallinna Sadam ei hüvitanud töövõtjale mitte materjalide kallinemist, vaid kai kandevõime suurendamisest tingitud lisakulud.

Riigikontrolli kommentaar: Riigikontroll on jätkuvalt seisukohal, et töövõtjalt 17. kai kandevõime olulist suurendamise nõudmist tuleb käsitleda hankelepingu muutmisenä riigihangete seadusega lubamata asjaoludel.

Vastuses (punkt 3.71) olev väide, nagu oleks vajadus 17. kai kraanarööpakoormuse tõstmiseks ilmnenud 2008. aasta juulis, kui saadi teada, et Hiina ettevõtjad plaanivad Muuga sadamasse väga suuri konteinerlaevu läkitama asuda, on vastuolus Riigikontrollile auditi ettevalmistamise ajal antud selgitustega. Tallinna Sadam on auditi käigus Riigikontrolli kirjalikult informeerinud, et: „/---/ 25.08.2008 teavitas Ningbo sadam /---/, et neil puudub kindel visioon Muugal kasutada soovitatavate kraanade osas /---/. Kokkuvõttes Ningbo sadam ei andnudki sadamale oma selget seisukohta kavandatavate kraanade osas /---/“. Seetõttu on Riigikontroll arvamisel, et Tallinna Sadama otsus

nõuda 17. kai kandevõime suurendamist ei tulenenud objektiivsetest asjaoludest ja on vastuolus riigihangete seadusega (Tallinna Sadama väide vastuse punktis 3.72).

AS Tallinna Sadam: Hanke maksumust ei suurendatud 28,9 miljoni krooni võrra. Algses hankelepingus oli ettenägemata töödeks ette nähtud varu 39 miljonit krooni. Kai kandevõime suurendamisega kaasnenud kulud kanti reservi arvel ning lõppkokkuvõttes hankelepingu hind mitte ei suurenenud, vaid vähenes.

Riigikontrolli kommentaar: Riigikontroll on jätkuvalt seisukohal, et Muuga sadama 17. kai oli juba enne seda, kui Tallinna Sadam nõudis kai kandevõime suurendamist, kavandatud sellisena, et sellel võinuks töötada ka algselt soovitud võimsamad kraanad, st kai kandevõime suurendamise nõude esitamine ei nõudnud töövõtjalt juba kavandatu muutmist, st lisakulutuste tegemist.

Riigikontroll ei väida, et hanke maksumust suurendati 28,9 miljoni krooni võrra, vaid et sellise lisamakse tegemine töövõtjale oli sisuliselt põhjendamatult. Makse tehti ettenägemata tööde tegemiseks kavandatud varu arvel, ja väide, et varu kasutuselevõtmine ei suurendanud sadama kulutusi, ei ole õige.

Riigikontroll juhib tähelepanu asjaolule, et Tallinna Sadama vastuses esitatud väide, et Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituut, kellelt Riigikontroll Muuga sadama 17. kai kandevõime kohta eksperdiarvamuse küsis, on tunnistanud oma hinnangu ekslikkust (vastuse p 3.105), on vale ja lugejat teadlikult eksitav. Tallinna Tehnikaülikool on Riigikontrollile kinnitanud, et ei ole oma seisukohta muutnud ning Riigikontrollile esitatud eksperdihinnang on korrektne (vt auditiaruande lisa 4).

AS Tallinna Sadam: 1.1.4. Hanketingimustes ei reguleeritud lõhkekehade küsimust, kuna kindlustuse nõudmine oleks olnud ebaratsionaalne ja pakumuste maksumusi suurendanud oluliselt rohkem kui 9 miljoni krooni võrra. Samas oli töövõtja lõhkekehade olemasolust teadlik. Järelikult ei olnud töövõtja tasu suurendamine 8,9 miljoni krooni võrra tingitud lõhkekehade olemasolust mitteteavitamisest. Lõhkekehade võimalikust esinemisest tuleneda võivat kahju ei olnud seejuures võimalik vältida, kuna kättesaadava tehnoloogia abil ei ole Naissaare maardlas esinevaid väiksemaid lõhkekehasid võimalik tuvastada ega kaardistada.

Riigikontrolli kommentaar: Riigikontroll ei heida Tallinna Sadamale ette mitte seda, et hankekonkursi tingimustes ei nõutud tulevaselt lepingupartnerilt enda kindlustamist lõhkekehade tekkida võivate kahjude vastu, vaid seda, et hankekonkursil osalenud ei informeeritud, et liivas võib olla lõhkekehi. Kahtlemata oli sadama poolt lepingupartneriks valitud KMG Inseneriehituse juhitud konsortsium hankekonkursi ajal teadlik mereliivas lõhkekehade olemasolu võimalusest, kuid kõik konkursil osalenud ei pruukinud seda teada, st kõik potentsiaalsed pakkujad ei olnud töödega kaasnedes võivatest probleemidest võrdsel määral informeeritud.

Töövõtja põhjendas lõhkekehade tekitatud kahju hüvitamise nõude Tallinna Sadamale esitamist sellega, et Tallinna Sadam ei olnud hankekonkursil osalenud informeerinud ehituseks kasutatavas liivas lõhkekehade esinemise võimalusest. Võimalikest lõhkekehade tekkida võivate kahjude vastu kindlustamine / sellest loobumine on töövõtja otsustada. Kui tellija oleks lõhkekehade olemasolu võimalusest töövõtjat informeerinud, oleks töövõtjal olnud äärmiselt komplitseeritud nõuda sadamalt tekkinud kahju hüvitamist.

AS Tallinna Sadam: 1.1.5. AS-ile Tallinna Sadam ega sellest tulenevalt ka Eesti Vabariigile ei ole riigihankemenetluse tulemusena mitte mingisugust kahju tekkinud ega tekitatud.

Riigikontrolli kommentaar: Riigikontroll käsitleb Tallinna Sadamale tekitatud kahjuna äriühingu poolt töövõtjale põhjendamatult tehtud makseid, samuti ka äriühingu seadmist olukorda, kus riigihankemenetluste reeglite osalisest mittejärgimisest tingituna võidakse äriühingult tagasi nõuda osa Euroopa Liidu Ühtekuuluvusfondilt terminali maa-ala rajamiseks saadud toetusest.

AS Tallinna Sadam: 1.1.6. Eeltoodust tulenevalt on AS Tallinna Sadam riigihanke korraldamisel täitnud nõutavat hoolsuskohustust. Riigihangete valmistati ette ning viidi läbi õiguspäraselt ja korrektselt vastavalt riigihangete seaduse (RHS) nõuetele. AS-i Tallinna Sadam konkurentsivõime on sellest märkimisväärselt kasvanud.

Riigikontrolli kommentaar: Tutvunud Tallinna Sadama vastusega Riigikontrolli auditaruandele, ei pidanud Riigikontroll vajalikuks muuta oma seisukohta, et Tallinna Sadam juhatus ei olnud auditeeritud hankemenetluse korraldamisel piisavalt hoolas. Äriühingu juhatus vastutab äriühingu tegevuse eest tervikuna, sh äriühingu keskastme juhtide võimalike vigade eest.

AS Tallinna Sadam: 2. FAKTILISED ASJAOLUD

- 2.1. 18.10.2007 avaldati riigihangete registris hanketeade nr 101968.
- 2.2. 11.12.2007 esitasid ühispakkujad KMG Inseneriehituse AS, Per Aarsleff A/S ja Rohde Nielsen A/S (edaspidi KMG) ühispakkumuse, mille jõusoleku tähtaeg oli hankedokumentide (edaspidi HD) punkti 10 nõuetele vastavalt 90 päeva alates pakkumuse esitamise kuupäevast, s.o 11.03.2008.
- 2.3. 26.02.2008 tegi AS Tallinna Sadam pakkujatele ettepaneku pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendada.
- 2.4. 04.03.2008 andis KMG nõusoleku pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 15.04.2008.
- 2.5. 04.04.2008 tegi AS Tallinna Sadam pakkujatele ettepaneku taas pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendada.
- 2.6. 10.04.2008 andis KMG nõusoleku pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 30.05.2008.
- 2.7. AS-i Tallinna Sadam ehitusriigihangete komisjon otsustas 06.05.2008 kvalifitseerida HD-s nõutud tingimustele teiste seas KMG esitatud pakkumuse. 07.05.2008 otsusega tunnistas sama komisjon KMG pakkumuse vastavaks ning 08.05.2008 tunnistas komisjon KMG pakkumuse edukaks ja otsustas sõlmida KMG-ga lepingu.
- 2.8. 09.05.2008 edastas AS Tallinna Sadam KMG-le kirja, milles avaldas soovi KMG-ga hankeleping sõlmida.
- 2.9. 30.05.2008 pidi KMG pakkumuse jõusoleku tähtaeg lõppema.
- 2.10. 30.05.2008 saatis KMG AS-ile Tallinna Sadam kirja, milles luges end oma pakkumusega seotuks vähemalt kuni 31.07.2008
- 2.11. 07.07.2008 allkirjastasid AS Tallinna Sadam ja KMG hankelepingu dokumendi nr 2480908.
- 2.12. 21.07.2008 saabus AS-i Tallinna Sadam Hiina ettevõtjate (Ninbo Port Group Ltd) delegatsioon.
- 2.13. 28.08.2008 avaldas AS Tallinna Sadam KMG-le soovi projektdokumentatsiooni muutmiseks.
- 2.14. 23.09.2008 saabusid AS-i Tallinna Sadam Hiina asemajandusminister, China Shipping ja Cosco esindajad.
- 2.15. 24.09.2008 allkirjastati Hiina-Eesti merendusleping.

- 2.16. 09.02.2009 sõlmisid AS Tallinna Sadam ja KMG lisa nr 1 lepingu nr 2480908 juurde.
- 2.17. 31.12.2009 sõlmisid AS Tallinna Sadam ja KMG lisa nr 2 lepingu nr 2480908 juurde.
- 2.18. 07.10.2010 avaldas AS Tallinna Sadam riigihangete registris riigihanke aruande lisa, millest nähtuvalt oli lepingu täitmise tegelikuks maksumuseks 54 146 454,80 eurot, mis on 857 831 euro võrra väiksem lepingu esialgsest maksumusest.

3. PÕHJENDUSED

I AS Tallinna Sadam ja KMG vaheline hankeleping nr 2480908 on sõlmitud riigihankemenetluses ja sõlmimisega ei rikutud kellegi õigusi ega tekitatud kahju. Leping sõlmiti kehtivate tahteavaldustega hankemenetluse ajal ning lepingudokumendi hilisem allkirjastamise selle kinnitamiseks ei muuda poolte sellise tahte kehtivust.

3.1. Riigikontroll on oma aruande projekti punktides 67-74 väärtalt leidnud, et AS Tallinna Sadam ja KMG vaheline hankeleping sõlmiti hankemenetluse väliselt. Tegu on alusetu ning provokatiivse argumendiga. Alljärgnevalt põhjendame, miks selline seisukoht on väär. Lisaks toome välja, et kui ka puhtformaalselt lugeda hankeleping sõlmituks hankemenetluse väliselt, ei ole kellegi õigusi (KMG, AS Tallinna Sadam, teised pakkujad) rikutud.

3.2. a) hankeleping sõlmiti riigihankemenetluses

3.3. AS Tallinna Sadam andis oma 09.05.2008 kirjaga KMG pakkumusele tingimusliku nõustumuse, mis jõustus RHS § 69 lg 1 nõudeid järgides 14 päeva möödudes ehk 24.05.2008. Seega võis hankelepingu lugeda sõlmituks hiljemalt 24.05.2008. Hankelepingu sõlmimise vormist ei sõltu selle kehtivus ning kirjaliku lepingudokumendi võis allkirjastada ka hiljem. Järelikult sõlmiti hankeleping hankemenetluse jooksul, mitte selle väliselt.

3.4. Hankedokumentide (edaspidi HD) juhiste p 12.5 kohaselt oli pakkumuse esitamise tähtpäevaks 11.12.2007. Ühispakkujad KMG Inseneriehituse AS, Per Aarsleff A/S ja Rohde Nielsen A/S (edaspidi KMG) esitasid 11.12.2007 ühispakkumuse, mille jõusoleku tähtaeg oli HD punkti 10 nõuetele vastavalt 90 päeva alates pakkumuse esitamise kuupäevast, s.o 11.03.2008.

3.5. RHS § 45 sätestab võimaluse pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendada. Vaidlust ei ole antud juhul selles, et KMG pakkumus oli jõus vähemalt kuni 30.05.2008 (vaata faktiliste asjaolude punktid 2.2-2.6). Eelnevast võib järeldada, et AS Tallinna Sadam on järginud pakkumuse jõusoleku tähtaegade pikendamisel seadusest tulenevaid nõudeid.

3.6. AS-i Tallinna Sadam ehitusriigihangete komisjon otsustas 06.05.2008 kvalifitseerida HD-s nõutud tingimustele teiste seas KMG esitatud pakkumuse. 07.05.2008 otsusega tunnistas sama komisjon KMG pakkumuse vastavaks ning 08.05.2008 tunnistas komisjon KMG pakkumuse edukaks ja otsustas sõlmida KMG-ga lepingu.

3.7. AS Tallinna Sadam teavitas KMG-d ja teisi pakkujaid KMG pakkumuse edukaks tunnistamisest 09.05.2008 kirjadega, kusjuures KMG-le saadetud kirjas avaldas ka soovi sõlmida KMG-ga leping ja teavitas KMG-d lepingu allkirjastamiseks ettevalmistamisest.

3.8. Võlaõigusseaduse (VÕS) § 9 lg 1 järgi sõlmitakse leping pakkumuse esitamise ja sellele nõustumuse andmisega, täpsemalt kui pakkumuse tegija nõustumuse kätte saab tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TsÜS) § 69 lg 2 mõttes.¹ Riigihangete seaduses on lepingu sõlmimise protseduuri formaalselt täpsustatud, ent põhimõte on sama.

¹ Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 42.

3.9. Hankija 09.05.2008 kiri oli aktsept KMG pakkumusele. KMG sai antud juhul hankija kirja 09.05.2008 ka kätte. VÕS seab tingimuseks, et aktseptant väljendaks tahet sõlmida leping², mida AS Tallinna Sadam antud juhul oma 09.05.2008 kirja viimases lõigus kahtlemata ka tegi.

3.10. Kuna RHS § 69 lg 1 kohaselt ei või hankija anda nõustumust hanklepingu sõlmimiseks enne 14 päeva möödumist pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate edastamisest, oli AS-i Tallinna Sadam 09.05.2008 väljendatud nõustus tingimuslik. Ka riigihangete juhise järgi võib hankija kohe anda tingimusliku nõustumuse – s.t nõustus jõustub vastava tähtaja (14 päeva) möödudes³, kui hankija otsuseid selleks ajaks vaidlustatud pole.

3.11. Järelikult hankija 09.05.2008 väljendatud tahe KMG-ga lepingu sõlmimiseks on tingimuslik nõustus – see jõustus tingimuse saabumisel, milleks oli konkurentide poolt eduka pakkuja otsuse vaidlustamata jätmine ja 14 päeva möödumine edukaks tunnistamise teatest.

3.12. Hanklepingu võis RHS nõuetele vastavalt lugeda sõlmituks 24.05.2008 – selleks ajaks polnud laekunud ühtegi vaidlustust KMG edukaks tunnistamise otsuse peale.

3.13. RHS § 5 lg 1 järgi tuleb hankleping sõlmida kirjalikus vormis. Kirjalik vorm tähendab TsÜS § 78 lg 1 järgi tehingudokumendi omakäelist allkirjastamist poolte poolt. TsÜS § 80 lg 1 loeb sellega võrdseks ka digiallkirja andmist. Antud juhul 24.05.2008 poolte vahel kirjalikus vormis hanklepingut sõlmitud ei olnud, kirjalik dokument allkirjastati 07.07.2008. RHS § 5 lg 3 järgi ei mõjuta hanklepingu kehtivust selle sõlmimise vorm.

3.14. Järelikult võis hankija antud nõustumuse tingimuse täitumisel (14 päeva möödumisel) hanklepingu sõlmituks lugeda, hoolimata kirjaliku vormi puudumisest sel hetkel.

3.15. See, et pooled lugesid tööde valmimise tähtaega alates kirjaliku dokumendi allkirjastamisest 07.07.2008, oli tingitud tööde reaalse alustamise võimalusest ning ei olnud seotud hanklepingu sõlmimise kuupäevaga.

3.16. RHS § 69 lg 2 võimaldab hanklepingu pooltel vormistada hankleping eraldi dokumendina. Seda, et antud teguviis on vabatahtlik, rõhutab ka riigihangete juhise sõnastus⁴. Lepingu kirjalik dokument allkirjastati HD-s näidatud tingimustel – selline hanklepingu sõlmimine ja kirjaliku dokumendi eraldi hilisem vormistamine on lubatud nii RHS § 69 lg 1 ja 2 kui ka riigihangete juhiseist nähtuvalt.⁵

3.17. Hanklepingu punkti 3.2. järgi tuli lepingujärgsed tööd lõpetada 18 kuu jooksul hanklepingu jõustumisest. AS Tallinna Sadam ja KMG arvestasid tööde valmimise tähtaega alates 07.07.2008. Riigikontroll on oma aruandes (punkt 73) väärtalt järeldanud, et see viitab hanklepingu sõlmimisele alles 07.07.2008. Leiame, et see ei tähenda, et lepingu peaks lugema sõlmituks alles 07.07.2008.

3.18. Terminit „hanklepingu jõustumine“ kasutab RHS vaid RHS § 34 lg 6 punktis 1, mille järgi tagastab hankija pakkuja pakkumuse tagatise 3 tööpäeva jooksul pärast sõlmitud hanklepingu jõustumist. Järelikult eristab RHS hanklepingu sõlmimist selle jõustumisest, andmata terminile siiski mitte mingisugust definitsiooni. Kuivõrd ka RHS § 69 lg 1 ja 2 eristavad hanklepingu sõlmimist ja kirjaliku dokumendi vormistamist, saaks lepingut ja seadust koosmõjus tõlgendada vaid nii, et hanklepingu jõustumise all on silmas peetud hanklepingu kirjaliku dokumendi vormistamist.

3.19. Lisaks on hanklepingu punktis 3.1. selgelt sätestatud, et töövõtjal on õigus tööd alustada lepingu allkirjutamisele järgnenud päeval. Kirjalik lepingudokument allkirjastati 07.07.2008 Selge on, et hanklepingu kirjaliku dokumendi vormistamise eelselt KMG-l võimalust töid alustada ei olnud.

² Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 78.

³ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 161.

⁴ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 161.

⁵ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 161.

3.20. Seega oli igati mõistlik ning poolte tahte vastav, et tööde tegemise tähtaega hakati arvestama alates lepingu kirjaliku dokumendi vormistamisest, mitte lepingu sõlmimisest RHS tähenduses. Põhjus, miks lepingu sõlmimine ja allakirjutamine langesid erinevatele aegadele, olid objektiivsed – lepinguliste tööde täitmise lõplik planeerimine tulenevalt poole aasta pikkusest viivitusest pakkumismenetluses.

3.21. KMG pakkumus pidi RHS nõuete kohaselt jõus olema nõustumuse andmiseni hankelepingu sõlmimiseks ning seda ka oli.

3.22. Pakkumus peab RHS § 69 lg 1 mõtte järgi olema jõus kuni nõustumuse andmiseni – nõustumus (ehkki tingimuslik) anti aga juba 09.05.2008. Kui KMG oleks leidnud, et 09.05.2008 antud tingimuslik nõustumus ei vasta tema pakkumuse tingimustele, oleks ta VÕS § 21 lg 2 mõttest lähtuvalt pidanud sellest kohe teada andma. Selle asemel teatas KMG veel 30.05.2008, et soovib pakkumusega ka edaspidi seotud olla. Samuti tuleb rõhutada, et KMG poolt pole laekunud ühtegi pretensiooni kirjaliku dokumendi vormistamise kohta alles 07.07.2008 – KMG ise sooviski oma 30.05.2008 kirja kohaselt allkirjastamisega oodata.

3.23. RHS § 29 lg 3 punkti 1 kohaselt lõpeb hankemenetlus hankelepingu sõlmimisega. Kuivõrd antud juhul võib pidada lepingu sõlmimise kuupäevaks 24.05.2008, on ilmne, et vaadeldav hankemenetlus lõppes enne pakkumuste jõusoleku tähtpäeva 30.05.2008. Seda seisukohta ei muuda tõsiasi, et lepingu dokumendi allakirjastamiseni ehk lepingu jõustamiseni jõuti 7.07.2008. Ent isegi kui lugeda leping sõlmituks 7.07.2008, väljendas pakkuja oma 30.05.2008 kirjas selgelt tahet olla ka edaspidi oma hankemenetluses antud pakkumusega seotud ning seega ei saa kuidagi hankelepingut pidada sõlmituks väljaspool riigihanget.

3.24. KMG pakkumus oli jõus ka 07.07.2008, kuna ta avaldas 30.05.2008 tahet olla oma pakkumusega seotud vähemalt kuni 31.07.2008. Riigikontroll on KMG 30.05.2008 kirja meelevaldselt kõrvale jätnud.

3.25. Antud juhul oli kõigi pakkujate pakkumuste jõusoleku tähtaeg 30.05.2008 (vt eespool p.3.5). Samas pikendas KMG 30.05.2008 kirjaga oma pakkumuse jõusoleku tähtaega kuni 31.07.2008. Järelikult – isegi kui mingil põhjusel pidada hankelepingut sõlmituks alles 07.07.2008, ei olnud KMG pakkumuse jõusoleku tähtaeg möödunud ning seega ei olnud hankemenetlus lepingu sõlmimise hetkeks RHS § 29 lg 3 p 7 alusel lõppenud.

3.26. Tuleb rõhutada, et Riigikontroll ei ole aruande projektis vähimalgi määral käsitletud KMG poolt AS-ile Tallinna Sadam 30.05.2008 a edastatud kirja õiguslikku tähendust ja tagajärgi, leides, et hankeleping sõlmiti riigihankemenetluse väliselt. Riigikontroll on osundanud vaid sellele, et KMG 30.05.2008 a kirja „ei ole registreeritud AS-i Tallinna Sadam dokumendiregistris“ (aruande punkt 71), kuid see asjaolu ei saa mõjuta KMG 30.05.2008 a kirjas sisalduva tahteavalduse kehtivust ja selle tagajärgi. Ka ei ole Riigikontroll aruande projektis viidanud ühelegi seadusele, mis seaks hankelepingut poole tahteavalduse kehtivuse sõltuvusse sellest, kas see on registreeritud teise poole dokumendiregistris. Tahteavalduse kehtivuse eelduseks on selle kättesaamine teise poole poolt (TsÜS § 69 lg 1) ning praegusel juhul ei ole vaidlust, et AS Tallinna Sadam on KMG 30.05.2008 a kirja kätte saanud.

3.27. b) hankelepingu sõlmimisega ei rikutud mitte kellegi õigusi ja ei tekitatud mitte mingisugust kahju.

3.28. RHS § 69 lg 1 sätestatud 14-päevaline periood pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate edastamisest, mille jooksul ei tohi hankelepingut sõlmida, on kehtestatud konkureerivate pakkujate huvides selleks, et neil oleks võimalik oma õiguste kaitseks pöörduda vaidlustusega riigihangete vaidlustuskomisjoni. Kui hankija on teinud pakkumuste jõusoleku ajal otsuse pakkumuse edukaks tunnistamiseks ja seda ei ole ükski pakkumises osalenud pakkuja vaidlustanud, ei ole kellegi õigusi või huve kahjustatud.

3.29. Hankija 09.05.2008 otsust KMG pakkumuse edukaks tunnistamise kohta said pakkujad vaidlustada RHS § 121 lg 1 järgi hiljemalt 20.05.2008. Selleks kuupäevaks ei olnud laekunud mitte ühegi vaidlustustust. Tähtaeg pakkumuste jõusoleku pikendamise ettepaneku tegemiseks oli RHS § 45 lg 2 järgi kümme päeva enne 30.05.2008 ehk 21.05.2008. Kui tähtajaks polnud laekunud mitte ühtegi vaidlustust, tekib küsimus, miks oleks hankija pidanud veel 1 päev hiljem tegema kõigile pakkujatele ettepaneku pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamiseks. Ainuke võimalus hankemenetluse raames lepingu sõlmimiseks oli 21.05.2008 seisuga vaid pakkujaga KMG. Kuivõrd KMG soovis objektiivsetel põhjustel lepingudokumendi allkirjastamist edasi lükata ning ühtlasi avaldas soovi olla oma pakkumusega seotud ka edaspidi, ei saa kuidagi väita, et hankeleping sõlmiti väljaspool hankemenetlust või RHS nõudeid rikkudes.

3.30. Nii KMG kui AS Tallinna Sadam soovisid hankelepingut sõlmida. Järelikult jääb täiesti arusaamatuks, milles näeb Riigikontroll antud juhul üldse sisulist probleemi – eriti, kuna hankeleping on täidetud, kai on ehitatud, keegi riigihankemenetluses toimunud vaidlustanud pole. Ka ministeerium ega Euroopa Liidu fondide toetuse kasutamise üle valvavad institutsioonid pole riigihankemenetluses minetusi näinud.

3.31. Eeltoodust tulenevalt leiab AS Tallinna Sadam, et:

a) hankeleping tuli RHS nõuetele vastavalt lugeda sõlmituks 24.05.2008 ja seega ei olnud hankemenetlus lepingu sõlmimise ajaks lõppenud RHS § 29 lg 3 p 7 kohaselt

b) isegi kui hankeleping lugeda sõlmituks alles 7.07.2008 kirjaliku dokumendi allkirjastamisega, ei olnud ka selleks kuupäevaks hankemenetlus RHS § 29 lg 3 p 7 alusel lõppenud, kuna KMG pikendas oma seotust pakkumusega vähemalt kuni 31.07.2008.

c) isegi kui hankeleping lugeda puhtformaalselt sõlmituks väljaspool hankemenetlust, ei rikutud sellega KMG, AS-i Tallinna Sadam ega ka kolmandate isikute õigusi. Riigikontroll ei ole ka välja toonud ühtegi seost, kuidas ning kellele on hankelepingu sõlmimisega kahju tekitatud.

II Hankelepingu tingimused olid üheselt arusaadavad ja objektiivsed – kõigile pakkujatele ja ka potentsiaalsetele pakkujatele oli mõistetav, et HD tehnilises kirjelduses on eelprojekt, mida võis ja pidigi muutma.

3.32. Riigikontroll on oma aruande punktides 34-44 väärtalt argumenteerinud, et hankelepingu tingimused olid mitmetimõistetavad. Täiesti väär on aruande punktis 36 väljendatud seisukoht, et HD tehnilises kirjelduses sisaldunud andmeid võiks nimetada ka põhiprojektiks. Tegemist oli kahtlemata eelprojektiga ning kõigile vähegi projekteerimisega kursis olevatele isikutele/pakkujatele oli selle muutmise õigus ja kohustus arusaadav. Seega on AS Tallinna Sadam hankelepingu ja hankedokumentide tingimusi koostanud kõigile pakkujatele ja potentsiaalsetele pakkujatele ühetimõistetavalt ning järelikult pole sellega seoses rikutud ei riigihanke läbipaistvuse ega võrdse kohtlemise põhimõtteid.

3.33. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest (RHS § 3 p 2,3) tulenevalt peab hankija olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni.⁶ Riigihangete juhisest tulenevalt on „läbipaistvuse tagamise põhimõtte kui võrdse kohtlemise põhimõtte „paarilise” eesmärk tagada ennekõike see, et puuduks oht, et hankija eelistaks kedagi.“⁷ Antud juhul neid põhimõtteid kindlasti ei eiratud.

⁶ Riigikohtu 12. oktoobri 2011. a lahend asjas nr 3-3-1-31-11.

⁷ Rahandusministeerium. Riigihangete juhis. Tallinn, 2012, lk 13.

3.34. a) hankedokumentide tingimusi ei muudetud

3.35. AS-i Tallinna Sadam poolt välja kuulutatud hanke näol oli tegemist projekteerimis- ja ehitustööde hankega. See nähtub riigihangete registris sisalduva hanketeate punktist II.1.2, mille kohaselt oli riigihanke nr 101968 objektiks „projekteerimine ja teostamine“. Hanketeate punktis II.1.5 sisalduva hanke lühikirjelduse kohaselt hõlmas hange endas:

a) kaide ehitamist: kai nr 16 pikendamist 102 m võrra; kai nr 17 ehitamist kogupikkusega 377,5 m;

b) kaidele sajuvee kanalisatsioon, elektri ja veevõtu kohad, vendrid ja vendrikaitse, pollarid PTT1000, päästepostid, navigatsioonimärgid, ca 427 m rööbas-kraanateed ehitamist;

c) graniidist nõlvakindlustuse rajamist mahus ca 27 000 m³;

d) ca 202 122 m² mereala täitmist. (täite maht ca 1 153 000 m³, millele lisandus ülekoormamiseks vajalik maht 180 000 m³)

e) süvendustöid alas ca 161 100 m², süvenduse maht ca 575 000 m³.

3.36. Kõik hankedokumentid (edaspidi HD) olid avaldatud ja pakkujatele kättesaadavad. HD punkti 1.7.5 kohaselt pidi pakkujatele olema teada, et tehnilise kirjelduse moodustab eelprojektdokumentatsioon ning töödeks vajalik põhjalikum projektdokumentatsioon tuli esitada hankijale enne ehitustöödega alustamist. Vajalike tööprojektide koostamine kuulus hanke mahtu sama punkti kohaselt.

3.37. HD-s sisalduva „tööde mahtude ja maksumuste kokkuvõtte“ tabeli koostamise aluseks oli AS Merin poolt koostatud eelprojekt, mille olemus pidi samuti olema kõikidele (s.h potentsiaalsetele) pakkujatele teada. Seda, et tegu on vaid eelprojektiga, rõhutas AS Tallinna Sadam ka kõigile pakkujatele 23.11.2007 saadetud kirja nr 9-6/2472 punktis 1.

3.38. Riigikontroll on oma aruande punktis 38 vääralt leidnud, et sellise kirjaga muutis AS Tallinna Sadam lubamatult HD tingimusi ning sellest väärast väitest lähtudes teinud aruande punktis 40 omakorda vale järelduse, et nii võis AS Tallinna Sadam peletada eemale potentsiaalseid pakkujaid, kes justkui oleks lähtunud sellest, et HD tehnilises kirjelduses olnud projekti muuta ei või.

3.39. Rõhutame, et tegemist oli eelprojektiga, mida olemuselt peabki muutma ja täiendama. Esiteks oli projekteerimine hankelepingu üheks esemeks. Teiseks ei ole võimalik eelprojekti kohaselt ehitama asudagi. Kolmandaks on kõigile mingigi kogemusega ehitusettevõtjatele teada, et projekteerimis- ja ehitustöövõtu hange seisnebki selles, et hankija antud eelprojekt kohandatakse esmalt põhi- ja siis tööprojektiks ning alles seejärel saab ehitustegevust alustada.

3.40. Ka hankelepingu projektist, mis oli HD osa ja seega kõikidele pakkujatele kohustuslik ja nähtav, pidi kõigile pakkujatele olema arusaadav, et hange hõlmab ka projekteerimistööd, sh põhiprojekti koostamist. Hankelepingu projekti p.1.1 kohaselt oli lepingu objektiks projekteerimise ja ehitamise töövõtt. Lepingu projekti p. 5.2 järgi pidi töövõtja koostama töö osaks oleva projektdokumentatsiooni, lähtudes lepingust ja lähteülesandest. Lepingu projekti p. 5.16 kohaselt pidid projekteerimistööd vastama mh Eesti Vabariigi standarditele. Sarnase nõude kehtestab hankelepingu preambulas viidatud Projekteerimise Töövõtulepingu Üldtingimused 2004 p 1.3. HD juhiste lisa 1 vorm II tabeli (rida 14) kohaselt pidid pakkujad esitama pakkumustes ka projekteerimistööde maksumuse.

3.41. b) hankedokumentide tehnilises kirjelduses oli eelprojekt

3.42. Projekteerimistegevust reguleeris hanke teostamise ajal standard EVS 811:2006.

3.43. Standardi EVS 811:2006 (edaspidi Standard) punkti 3.4 kohaselt on eelprojekt ehitusprojekti esimene kõiki projektiosi sisaldav staadium, mis koosneb seletuskirjast ja joonistest ning on

kooskõlastamiseks, ehitusloa taotluse menetlemiseks ja ehitusloa väljaandmiseks. Punkti 11.2 kohaselt lisanduvad eelprojektile ülesanded konstruktsioonide, tehnosüsteemide ja tehnoloogia projekteerijatelt. Punkti 11.3 kohaselt tuleb eelprojekti määratlada üksnes hoone põhiliste konstruktsioonielementide tehnilised näitajad ja ligikaudsed mõõtmed.

3.44. HD juhiste lisa 1 vorm II tabeli märkuste punkt 6 nägi ette, et muud materjalid ja tooted, mida tabelis pole, kuid mis on tööde teostamiseks vajalikud, arvatakse töövõtu hulka. Sama tuleneb HD punktist 8.6. HD juhiste lisa 1 vorm II tabeli märkuste punkti 7 kohaselt võisid pakkujad pakkuda tabelis nimetatud seadmete ja materjalide tootjate asemel ka samadele tehnilistele nõuetele ja kvaliteedile vastavaid analooge.

3.45. Eelneva põhjal on selge, et pakkujad pidid lähtuma eelprojekti ja koostama põhiprojekti, milles võisid näha ette muudatusi eelprojekti võrreldes. Muudatuste tegemise võimaldamine eelprojekti ei ole aga kuidagi hankemenetluse/hankedokumentide tingimuste muutmise.

3.46. Standardi punkti 3.5. kohaselt on põhiprojekt ehitusprojekti staadium, mis määratleb tehnilised lahendused ehituspakkumiste korraldamiseks vajaliku detailsusega. Punkti 10 kohaselt peab põhiprojekt olema sellise detailsusega, mis võimaldab ehitusmaksimuse määramist. Punkti 12.3 kohaselt tuleb põhiprojekti määratlada kandekonstruktsioonide tehniline lahendus, materjalid ja mõõtmed. Eeltoodust tulenevalt ei saanud HD tehnilises kirjelduses sisalduv projekt olla kuidagi põhiprojekt – vastasel juhul ei oleks lubatud selle muutmist, mis aga selgesõnaliselt lubatud oli.

3.47. HD tehnilises kirjelduses sisaldus tabel materjalide ja tööde hindadega. Tabeli põhjal (s.t ilma jooniste, plaanide, skeemide, arvutusteta) ei ole võimalik kohe tööprojekti koostada ega ehitama asuda. Eelnevalt on töövõtjal loogiliselt vaja koostada põhiprojekt. Seega ei saanud HD tehnilises kirjelduses kuidagi olla põhiprojekt, vaid kindlasti eelprojekt.

3.48. Projekteerimistöö etapilisuse põhimõttest tulenevalt eelneb eelprojekt põhi- ning tööprojektile. Seejuures on üldteada, et ükski järgnev projekteerija ei lähtu „pimesi“ eelmise projekteerija koostatud projektist ning arvestades, et pakkuja pidi ühtlasi projekti ka ellu viima, on loomulik, et ta teeb sinna ka enda töökorraldusest ja –plaanist tulenevaid muudatusi. Eelprojekt on koostatud vaid ja ainult põhjusel, et anda mingisugunegi tehniline kirjeldus ning suunis pakkujatele, nagu RHS § 31 lg 2 p 2 seda nõuab. Eelprojekti järgi ei ole mitte kuidagi võimalik objekt kohe ka valmis ehitada. Seda teavad kõik vastava ala spetsialistid. Rõhutame, et neli pakkujat kuuest esitasid juba pakkumused konstruktsiooniliste muudatustega (seda on kinnitatud Riigikontrolli aruande punktis 39).

3.49. Tulenevalt eeltoodust on ekslikud Riigikontrolli aruandes (punkt 37) esitatud väited, mille kohaselt ei olnud pakkumuse kutse dokumentidest võimalik aru saada, et pakkujad võivad hanke tehnilist kirjeldust mitte järgida ning et AS Tallinna Sadam olevat andnud pakkujatele selle kohta vastakaid selgitusi. Tegelikult said kõik pakkujad üheselt aru, et hanke tehnilise kirjelduse järgimine ei ole kohustuslik (sh võib muuta kai konstruktsiooni), mida kinnitab ka Riigikontrolli väljatoodud asjaolu, et esitatud kuuest pakkumusest neli nägid juba niigi ette kaide kandekonstruktsiooni muutmist. Kuna hanke tehnilise kirjelduse (sh kaide konstruktsiooni) mittejärgimise lubatavus tulenes juba algsetest pakkumuse kutse dokumentidest, on ekslik ka Riigikontrolli seisukoht, et kaide konstruktsiooni muutmise lubamist tuleb käsitleda hankedokumentide muutmisenä, mida RHS-i kohaselt tohtinuks teha mitte hiljem kui 26 päeva enne pakkumuste esitamise tähtaega (aruande p. 38). Nagu Riigikontroll on viidanud, ei tõstatanud ükski hankekonkursil osalenutest küsimust riigihangete korraldamise reeglite rikkumisest, mis on ka igati mõistetatav, kuivõrd riigihangete reeglite rikkumist tegelikult ei esinenud.

3.50. Riigikontrolli väited riigihangete reeglite rikkumise kohta AS Tallinna Sadam poolt põhinevad lõppastmes sisuliselt arusaamal, et pakkujatele esitatud hanke tehniline kirjeldus kujutas endast tegelikult põhiprojekti, mille järgimine oli pakkujatele kohustuslik. Nagu eespool selgitatud, on selline käsitus ekslik – tegemist oli tehnilise kirjeldusega, mille koostamist nõudis RHS (§ 31 lg 2 p 2, § 32) ja mis sisaldas seaduses ettenähtud andmeid. Siinkohal on kummastav asjaolu, et Riigikontroll ei ole oma aruandes RHS §-s 32 sätestatule mingit tähelepanu pööranud, vaid on asunud hindama hanke

tehnilise kirjelduse olemust lähtudes majandus- ja kommunikatsiooniministri määrusest „Nõuded ehitusprojektile“ (aruande p-d 25 ja 36). Siinkohal on Riigikontroll jätnud tähelepanuta, et eelnimetatud määrus on võetud vastu alles 17.09.2010 a ning seega on täiesti meelevaldne kasutada nimetatud määruks sätestatud 2007. a sügisel alanud hankemenetluses koostatud dokumentide analüüsimisel ja hindamisel. Küll aga kehtis toona eelviidatud standard, mis ei jäta kahtlust, et tegemist oli eelprojektiga.

3.51. c) AS Tallinna Sadam kohtles kõiki pakkujaid hankemenetluses võrdselt

3.52. Nagu ülal märgitud, on AS Tallinna Sadam korduvalt ka kirja teel suunanud pakkujate tähelepanu asjaolule, et HD-s sisalduv tabel on koostatud eelprojekti alusel, mis tähendab, et pakkumuses on lubatud teha muudatusi võrreldes eelprojektiga (näiteks on AS Tallinna Sadam lubanud pakkujatel kasutada teiste parameetritega terastoru vaiu, kui tagatud on vajalik kandevõime).⁸ AS Tallinna Sadam on teavitanud kõiki pakkujaid asjaolust, et kui projektis toodud tööde teostamiseks on vajalikud täiendavad tööd, muud materjalid või tooted, siis võib täiendavaid töid teha, materjale ja tooteid kasutada, need kuuluvad töövõtu hulka ning need tuleb lisada tabelisse.⁹

3.53. Ühetimõistetavuse huvides on AS Tallinna Sadam pakkujatele teatanud, et muudatused eelprojekti on lubatud eeldusel, et tegemist ei ole alternatiivse lahendusega ning et tabelisse lisatakse uus positsioon ja olemasolev eemaldatakse, mitte ei muudeta.¹⁰ Samuti on AS Tallinna Sadam pakkujaid teavitanud ka sellest, mida käsitletakse alternatiivse lahendusena. Alternatiivseks lahenduseks luges AS Tallinna Sadam teistsuguse kaitüübi projekteerimist, kui on ette nähtud eelprojekti.¹¹ Kaitüüp ja kai konstruktsioon on kaks täiesti erinevat terminit. Kai konstruktsiooni ning seega ka ühtlasi eelprojekti järgse töö muutmine oli lubatud ning see tuli välja nii HD tingimustest¹² kui pakkujate küsimustele antud vastustest.¹³

3.54. AS Tallinna Sadam on järginud hankemenetluse algatamisel avaldatud tingimusi kogu hankemenetluse kestel – seega on koheldud võrdselt ka potentsiaalseid pakkujaid.

3.55. Kokkuvõtlikult tuleb nentida, et Riigikontrolli aruandes esitatud etteheited seoses hankedokumentide ebaselgusega on põhjendamatud. AS Tallinna Sadam on hankemenetluses küsinud hankekonkursil osalenutelt pakkumusi hanke tehnilises kirjelduses kavandatud omadustega kai projekteerimiseks ja ehitamiseks, mitte pakkumusi hanke tehnilises kirjelduses näidatud konstruktsiooniga kai rajamiseks. Seega on AS Tallinna Sadam toiminud täpselt nii, nagu ta Riigikontrolli seisukoha (aruande p. 44) järgi olekski pidanud toimima. AS Tallinna Sadam ei ole riigihanke läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid kuidagi rikkunud.

III AS-i Tallinna Sadam ja KMG vahelise 09.02.2009 kokkuleppe puhul ei ole tegemist hankelepingu muutmise, ent kui seda ka muutmiseks pidada, oli see õiguspärane.

3.56. Riigikontroll on oma aruande punktides 79-93 jõudnud seisukohale, et AS-i Tallinna Sadam ja KMG vaheline 09.02.2009 kokkulepe on hankelepingu lubamatu muutmine. Rõhutame, et selline seisukoht on väär – esiteks hankelepingut ei muudetudki ning teiseks, kui ka pidada 09.02.2009 kokkulepet hankelepingu muutmiseks, oli see igati õiguspärane.

⁸ 28.11.2007 AS Tallinna Sadam kiri nr 9-6/2472 pakkujatele KMG poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

⁹ 23.11.2007 AS Tallinna Sadam kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

¹⁰ 23.11.2007 AS Tallinna Sadam kiri nr 9-6/2472 pakkujatele KMG poolt esitatud küsimustest ja hankija antud vastustest;

¹¹ 23.11.2007 AS Tallinna Sadam kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja hankija antud vastustest.

¹² HD punkt 1.7.5; HD lisa I vormi II tabeli märkused 6 ja 7.

¹³ 23.11.2007 AS Tallinna Sadam kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja hankija antud vastustest.

3.57. Põhjendamatu on Riigikontrolli aruande punktis 88 väljendatud seisukoht, et AS Tallinna Sadam oleks pidanud kai kandevõime suurendamiseks korraldama uue riigihanke. Nagu Riigikontroll ka ise märgib (aruande punkt 90) oleks uue hankemenetluse korraldamine eeldanud KMG-ga sõlmitud hankelepingu lõpetamist, millega oleks kahtlemata kaasnenud AS-le Tallinna Sadam märkimisväärne rahaline sanktsioon. Järelikult oleks just sellisel juhul tekkinud AS-le Tallinna Sadam märkimisväärne kahju. Samuti ei ole Riigikontroll selgitanud, millisel seadusest või lepingust tuleneval alusel oleks olnud võimalik KMG-ga sõlmitud hankeleping lõpetada (katkestada).

3.58. Riigikontroll on leidnud, et kahju, mis oleks tekkinud KMG-ga sõlmitud hankelepingu lõpetamisest, oleks uue hankemenetluse korraldamisel võinud korvata tööde maksumuse oluline vähenemine tulenevalt 2008 a aasta teisel poolel toimunud metalli hinna kiirest langusest. Paraku on Riigikontroll siinkohal jätnud tähelepanuta tõsiasja, et suurema kandevõimega kai ehitamise vajadus ilmnes 2008 a augustis, mil terase hinnad olid just oma ajaloolistes tippudes (aruande p.11). Seega kui AS Tallinna Sadam oleks 2008 a augustis kuulutanud välja uue riigihanke, oleks pakkujad lähtunud pakkumuste tegemisel oluliselt kõrgematest terasehindadest. Järelikult on Riigikontrolli väited tööde maksumuse olulise vähenemise kohta uue hankemenetluse korraldamisel mitte ainult oletuslikud, vaid ka täiesti alusetud. Lisaks tuleb arvestada asjaoluga, et pakkumuste tegemisel puudub turuosalistel igasugune teadmine terase (või ka mistahes muu materjali) hinna kujunemisest tulevastes perioodides, mistõttu on kõik Riigikontrolli poolsed hindade kujunemist puudutavad ja tagasiulatuval informatsioonil põhinevad väited täiesti kohaldamatud tulevikku puudutavate pakkumuste hindamisel.

3.59. a) AS-i Tallinna Sadam ja KMG vaheline 09.02.2009 kokkulepe ei ole hankelepingu muutmine.

3.60. 09.02.2009 kokkuleppe kohaselt on tegemist lisaga 07.07.2008 allkirjastatud töövõtu-hankelepingule. AS Tallinna Sadam ja KMG leppisid kokku, et edaspidise lepingu täitmise käigus lähtutakse täiendatud projektdokumentatsioonist, mida oli täiendatud kai kandevõime osas. Seda ei saa käsitleda hankelepingu muudatusena. Sisuliselt muudeti vaid ühe hanke mahtu kuulunud objekti (kai) ühte omadust (kandevõimet), asendades väiksemad kandevaiad suurema kandevõimega vaiade vastu. Põhimõtteliselt samasuguse lahenduse (nähes ette väiksemate vaiade kasutamise esialgselt nõutud kandevõime jaoks) esitas juba oma pakkumuses üks pakkujatest, kelle poolt esitatud pakkumine oli oluliselt kallim.

3.61. Projektdokumentatsiooni täpsustamine ei ole käsitatav lepingu muutmisenä eelnevalt nimetatud põhjustel – projektdokumentatsiooni täpsustamine ja seejärel objekti valmishitamine oligi pakkuja ülesandeks. Järelikult on selge, et võrreldes esialgse eelprojektiga oli edasise projekteerimise käigus teatavate muudatuste tegemine lubatud ja võimalik.

3.62. Veelgi enam – kokkuleppe punkti 3 järgi jäid hankelepingu sätted muutmata. Muutmata jäid sealhulgas ka hankelepingu olulised tingimused: täitmise hind – 860 630 056 krooni (ilma käibemaksuta) ja täitmise tähtaeg. Nimelt oli hankelepingu lisas oleva tööde tabeli järgi juba alguses (s.t ka 07.07.2008 dokumendi järgi) hankelepingu täitmise summa sisse arvestatud ettenägematute tööde varu 5 % (umbes 2,5 miljonit eurot). Kuivõrd kai kandekonstruktsioonide tugevdamise lisakulu 1,85 miljonit eurot oli ettenägematu kulutus ning mahtus ühtlasi nimetatud reservi piirsesse, ei ole kuidagi õigustatud 09.02.2009 kokkuleppe nimetamine hankelepingu muutmiseks. Samuti jäi piisavalt üle ka edaspidisteks ettenägematuteks kulutusteks (lõpptulemusena kogu reservi ära ei kasutatudki). Tegemist oli 07.07.2008 allkirjastatud hankelepingu lisaga, sest täpsustas, milleks ettenägematute kulutuste reservi osaliselt kasutama hakatakse.

3.63. b) kui 09.02.2009 kokkulepe on käsitletav hankelepingu muutmisenä, oli see RHS kohaselt lubatud.

3.64. Isegi kui käsitleda projektimuudatust ja 09.02.2009 kokkulepet ka hankelepingu muutmisenä, oleks see RHS § 69 lg 3 sätestatud regulatsioonist tulenevalt lubatud. Nimelt võimaldab viidatud säte hankelepingu muutmises kokku leppida, 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 hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine. RHS § 69 lg 4 seab täiendava eelduse – hankija ei või hankija hankelepingu muutmises kokku leppida, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega.

3.65. Järelikult on hankelepingu muutmine lubatud järgnevatel kumulatiivsetel tingimustel:

a) muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha

b) hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine

c) muutmisega taotletavat eesmärki ei ole võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega

3.66. Järgnevalt põhjendame, miks antud juhul olid kõik nimetatud tingimused täidetud.

3.67. Esiteks – muutmise tingisid objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha.

3.68. AS Tallinna Sadam planeeris hankemenetlust Muuga konteinerterminali laiendamiseks väga pika aja (umbes 7 kuud) vältel – kaaluti erinevaid lahendusi, analüüsiti turuolukorda jne. Seejuures oli AS-il Tallinna Sadam võimalik lähtuda vaid ja ainult ettenähtavast turusituatsioonist ning konkurentsiolekorrast konteinerterminalide turul. RHS § 3 punktist 1 tulenevast rahaliste vahendite säästliku kasutamise põhimõttest lähtudes ei oleks olnud õigustatud „igaks juhuks“ konteinerterminali laienduse rajamine prognoositust oluliselt suuremate laevade ja kaubakoguste vastuvõtmiseks.

3.69. Hankemenetluse ajal sai AS Tallinna Sadam seega lähtuda varasemast kogemusest, mille järgi piisas, et kai kandevaiad taluksid kraana koormust 500 kN/m. Sellise ratta- ehk rööpakoormusega kraana oleks olnud täiesti piisav Muuga ning teisi Läänemere sadamaid tavaliselt külastanud aluste ja kaubakoguste vastuvõtmiseks. Veelgi enam – hankemenetluse lõpuni ei olnud Muuga sadamat külastanud mitte ükski kaubalaev, mis suuremat kraanat vajanuks ning polnud ka ettenähtav, et selline laev nähtavas tulevikus Muuga sadamasse satuks. Tegelikult lähtus isegi planeeritud rööpakoormus 500 kN/m kohta sellest, et Muuga sadamat hakkavad külastama võimsamad laevad kui kunagi varem. Seega jättis AS Tallinna Sadam hankemenetlust ning hankedokumentide tehnilist kirjeldust koostades endale optimaalse kasvuruumi konteinervedude turul.

3.70. 2008. aasta aprillis pöördusid AS-i Tallinna Sadam poole Hiina ettevõtja Ninbo Port Group Ltd spetsialistid, kellega algasid läbirääkimised konteinerterminali opereerimiseks. Läbirääkimiste faasis ei olnud AS-il Tallinna Sadam mitte ühtegi põhjust eeldada, et Hiina ettevõtte on plaanis Muuga sadamat hakata kasutama senistest oluliselt suuremate laevade lastimiseks ja lossimiseks – sellist infot ei olnud. Seega ei saanud AS Tallinna Sadam isegi arvata, et partnerlusläbirääkimised Hiina ettevõttega võinuks toona kulgenud ning läbirääkimiste kestel ka lõppenud hankemenetlust mõjutada. Muuga sadama kai nr 17 kraana rööpakoormuse küsimus tõusetus esialgu vaid korra ning ka siis leidis Hiina ettevõtte esindaja oma 16.05.2008 kirjas AS-ile Tallinna Sadam, et soodsate tuuleolude tõttu võiks kraana kandevõimet isegi vähendada.

3.71. Lootus, et Hiina ettevõtjast võiks saada Muuga konteinerterminali operaator tekkis aga alles 21.07.2008, kui Eestit külastas Ninbo Port Group ametlik delegatsioon. Alles läbirääkimiste lõppfaasis ehk oluliselt pärast 24.05.2008 hankelepingu sõlmimist ja 07.07.2008 hankelepingu kirjaliku dokumendi allkirjastamist, ilmnes vajadus kraana rööpakoormuse tõstmiseks ning seega kai kandevõime suurendamiseks. Varem ei olnud teada, et Hiina ettevõtjad plaanivad Muuga sadamasse väga suuri konteinerlaevu läkitama asuda. Senisest turuolukorrast lähtudes võis vastupidi eeldada, et kui ka Hiina ettevõttest saab AS-i Tallinna Sadam partner, jäävad Muuga sadamat siiski külastama vaid sama suured alused kui varem. 28.08.2008 saatis AS Tallinna Sadam vastupidise vajaduse

ilmnemisel kohe ka kirja KMG-le kai merepoolsete vaiade kandevõime suurendamiseks ja palus edaspidi aluseks võtta rattakoormus 79 tonni (790 kN/m).¹⁴

3.72. Eeltoodust tulenevalt oli senisest olulisest suuremate konteinerlaevade Muuga sadamasse sisenemise soov ja seega vajadus võimsama kraana järele AS-ile Tallinna Sadam ettenägematu objektiivne asjaolu.

3.73. Oluline on märkida, et suurema kandevõimega kraana kasutamise tegelik vajadus sõltus ja sõltub siiani terminali operaatori, mitte AS-i Tallinna Sadam otsusest ja see pidi selguma lõplikult operaatori leidmise järgselt. AS-ilt Tallinna Sadam ei saanud oodata senise turuolukorra põhimõttelise muutumise ette nägemist ega sellega arvestamist. Tänapäevaks on aga vaieldamatu, et kai kandevõime suurendamine oli õigustatud, kuivõrd uue konteinerterminali operaatoriks valitud Rail Garant on kinnitanud, et planeerib paigaldada kaile suuremad kraanad, mille jaoks oleks esialgselt kavandatud kai kandevõime olnud ebapiisav.

3.74. Asjaolu, et hiljem ilmnes vajadus suurema kraana järele, ei saa *a priori* tähendada, et AS Tallinna Sadam oleks pidanud seda hankeprotsessi läbi viies ning hankelepingut sõlmides ette nägema. Ettenähtavuse hindamiseks tuleb end objektiivse *ex ante* vaatejana paigutada toonasesse ajahetke.

3.75. Teiseks – hankelepingu muutmata jätmise korral oleks täielikult või olulises osas sattunud ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine.

3.76. Hanke eesmärgiks oli Muuga sadama konteinerterminali laiendamine selleks, et tagada Tallinna Sadama konkurentsivõime Läänemere regioonis. Selleks oli vaja muu hulgas pakkuda Muuga sadamas kaasaegseid konteinerterminalteenuseid, milleks oli ja on omakorda vaja kaasaegset taristut. Vajaliku infrastruktuuri hulka pidid kuuluma muu hulgas ka piisava võimsusega kraanad ja neile vastupidavate konstruktsioonidega kaid.

3.77. Nagu eelpool märgitud, oli esmalt tuvastatud vajadus kuni 500 kN/m rööpakoormusega kraanade järele. Läbirääkimiste käigus potentsiaalse operaatorfirmaga selgus, et hanke eesmärgi täitmiseks ehk konkurentsivõimelise sadamainfrastruktuuri loomiseks sooviks nemad hakata terminali opereerimisel kasutama 790 kN/m rööpakoormusega konteinerkraanat. Järelikult hanke eesmärgi täitmiseks vajalike tööde omadused muutusid selles osas.

3.78. AS Tallinna Sadam otsustas taotletud eesmärgi saavutamiseks ootamatult muutunud oludes esialgselt kavandatud kraana rööbastee alust kandekonstruktsiooni tugevdada lasta, et tulevasel terminali operaatoril oleks soovi korral võimalik kasutada esialgselt kavandatud võimsamat kraanat.

3.79. AS-i Tallinna Sadam eesmärk ja vajadus oli tagada konkurentsivõimelise terminali rajamine selleks, et leida terminalile perspektiivikas operaator. Kui kandevaia tugevust ei oleks eelprojekti faasis muudetud, võinuks see seada ohtu Tallinna Sadama konkurentsivõime säilimisele. Juhul kui strateegilise tähtsusega ning tulevikus kasvuväljavaatega Aasia konteinertransiidi vood oleks ilma „võitluseta“ lastud suunduda teistesse Läänemere sadamatesse, mis oleksid kiiremini reageerinud, oleks Muuga konteinerterminali laiendamine üldse mõttetuks muutunud – ei oleks olnud mingit ratsionaalset põhjust laiendada terminali, mida tulevikus keegi kasutada poleks soovinud. Seega oleks hankelepinguga taotletud eesmärk kui mitte täielikult, siis ebaproportsionaalselt olulises osas ohtu sattunud. Ühtlasi oleks AS-ile Tallinna Sadam tekkinud korvamatut kahju.

3.80. Selge on, et AS Tallinna Sadam pidi üldnimetatud hanke eesmärgi täitmiseks kiirelt vastama võimaliku operaatorfirma soovide muutustele, eriti kuna hankelepingu kogumaksumusega (55 miljonit eurot) võrreldes moodustas tugevamate kandevaiaade paigaldamise summa (1,85 miljonit eurot) vaid

¹⁴ AS-i Tallinna Sadam 28.08.2008 kiri KMG-le nr 9-7-31/614

3,4 % ning mahtus hankelepingu 07.07.2008 allkirjastatud kirjalikus dokumendis ettenägematuteks kulutusteks ette nähtud summa (2,5 miljonit eurot) piiresse.

3.81. Kolmandaks – muutmisega taotletavat eesmärki ei olnud võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega.

3.82. Hankelepingu muutmisega taotletav eesmärk oli, et projekteeritav ja ehitatav sadamakai taluks suuremat kraana rööpakoormust. Laiem eesmärk seejuures oli Muuga sadama konkurentsivõime säilitamine muutunud turusituatsioonis ning kiire reageerimine võimalike lepingupartnerite muutuvatele soovidele.

3.83. Selge on, et 24.05.2008 sõlmitud ja 07.07.2008 allkirjastatud ning Muuga sadama konteinerterminali projekteerimiseks ja ehitamiseks mõeldud hankelepingu üheks esemeks oli ka Muuga sadamakai nr 17 ehitamine. Kui selle sama kai osade kandelementide omaduste muutmiseks tulnuks korraldada uus riigihange ja sõlmida uus hankeleping, oleks uue hankelepingu ese kattunud kai ehitamise osas vana omaga. Tekkinud oleks absurdne olukord, kus kahe erineva lepingu järgsed kaks erinevat töövõtjat oleksid pidanud mõlemad ehitama sama kai, samasse kohta, aga erinevate omadustega.

3.84. Veelgi enam – KMG-ga sõlmitud hankelepingu lõpetamiseks poleks olnud mitte ühtegi seaduslikku alust. Riigihangete juhises on välja toodud, et hankija peaks sõlmima uue hankelepingu, kui uute asjaolude ilmnemisel tekkivate lisatööde tegemine on esialgse hankelepingu esemest lahutatav.¹⁵ Antud juhul on selge, et muuta tuli sama töö omadusi, mitte lisatöid teha. Samuti poleks uue hankelepingu ese olnud vana omast kai ehitamise küsimuses kuidagi (ei juriidiliselt ega füüsiliselt) lahutatav.

3.85. Lisaks on riigihangete juhises nagunii sätestatud, et RHS § 69 lõiget 4 tuleb tõlgendada kitsendatult kooskõlas Euroopa Kohtu seisukohtadega – vastasel juhul välistaks kõnealune säte igasuguse hankelepingu muutmise.¹⁶

3.86. Euroopa Kohtu praktika kohaselt keelab Euroopa Liidu hankeõigus hankelepingus selliste muudatuste tegemise, mis oma sisult kujutavad *de facto* uut hanget.¹⁷ Samas lahendis on välja toodud, et menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks tuleb kehtiva riigihankelepingu klauslite muutmist pidada uue riigihankelepingu sõlmiseks juhul, kui need muudatused on algse riigihankelepingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.

3.87. Olulisteks tingimusteks peetakse üldiselt lepingu eset ja hinda.¹⁸ Antud juhul võiks lepingutingimuste oluliseks muudatusteks pidada seega lepinguliste tööde mahu olulist muutust või lepingu hinna olulist muutust.

3.88. 09.02.2009 kokkuleppe kohaselt muudeti projektdokumentatsiooni osas, mis võimaldas kai merepoolsete kandevaiad projekteerida võimsamaks. Projektdokumentatsiooni, mis käsitleb hanke muid osi, s.o terve Muuga sadama konteinerterminali laiendamist, ei muudetud. Kai merepoolsete kandevaiade võimsamaks projekteerimine kui projektdokumentatsioonis lubatud muudatuste tegemine puudutas vaid üht ja maksumuselt väga väikest osa kogu hanke maksumusest, mistõttu ei kujuta selliste muudatuste tegemine endast mitte mingil juhul *de facto* uut hanget. Seetõttu ei saa 09.02.2009 kokkulepet hanke ühe osa projektdokumentatsiooni täiustamise kohta käsitleda hankelepingu kui terviku muudatusena.

¹⁵ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 163.

¹⁶ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 162.

¹⁷ C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund)*.

¹⁸ Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 101.

3.89. 09.02.2009 kokkuleppega AS-i Tallinna Sadam ja KMG vahel ei muutunud 07.07.2008 allkirjastatud kirjalikus lepingudokumendis sätestatud hind üldse või kui muutus, siis ebaoluliselt. Nimelt oli nii 07.07.2008 kui 09.02.2009 kokkuleppe järgi hankelepingu täitmise hinnaks ikka 860 360 056 krooni ehk umbes 55 miljonit eurot. Kusjuures, 07.07.2008 allkirjastatud hankelepingu lisas oleva tööde tabeli järgi kuulus sinna sisse varu ettenägematuteks töödeks summas umbes 39 miljonit krooni ehk 2,5 miljonit eurot (5 % tööde maksumusest, arvestamata projekteerimistööd ja muid kulusid). Seda, et tööde lõppsumma sisse jääb hankelepingus ka 5-protsendiline varu, oli teada juba HD lisas olnud sama tabeli järgi. Teiseks on 1,85 miljonit eurot väiksem summa kui reserviks ette nähtud 2,5 miljonit eurot ehk tegelikult jäi ka 09.02.2009 kokkuleppe järgselt varu ettenägematuteks kulutusteks summas umbes 9,9 miljonit krooni ehk 650 000 eurot.

3.90. Kui aga isegi pidada ettenägematuteks töödeks mõeldud varu osalist kulutamist hinna muutmiseks, siis kai konstruktsioonide tugevdamiseks mõeldud 1,85 miljonit eurot moodustas hankelepingu kogumaksumusest (55 miljonit eurot) vaid 3,4 %.

3.91. Riigihangete portaali korduma kippuvate küsimuste rubriigis¹⁹ on välja toodud, et ehitustööde hankelepingu puhul saab hankelepingut muuta, kui tellitakse samalt pakkuvalt esialgses projektis või hankelepingus mittesisaldunud, kuid esialgses hankelepingus kirjeldatud ehitustöödeks või teenuste osutamiseks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osutunud täiendavaid ehitustöid või teenuseid kuni 20 protsendi ulatuses esialgse hankelepingu maksumusest, kusjuures selliseid täiendavaid ehitustöid või teenuseid ei saa tehniliselt või majanduslikult esialgse hankelepingu esemest eraldada ilma hankijale suuri kulutusi põhjustamata või on täiendavad ehitustööd või teenused esialgse hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalikud.

3.92. Eeltoodud põhjendustel võib kindlasti väita, et nii tööde maht kui hinna muutus jäid oluliselt alla 20 % piiri (u 3,4 %). Veelgi enam – tööde lõppsumma tegelikult ei muutunudki, kuna reserv oli juba algselt ette nähtud. Samuti ei olnud võimalik uut hankemenetlust korraldada, kuna uue hankelepingu ese oleks täielikult kattunud KMG-ga sõlmitud hankelepingu omaga.

Riigikontrolli seisukoht, mille kohaselt oleks algses hankelepingus fikseeritud kvalitatiivselt (tegelikult küll üksnes kandevoimelt) erineva kai ehitamiseks pidanud AS Tallinna Sadam korraldama uue hankemenetluse (aruande punkt 88), on ülaltoodud põhjustel ekslik. Riigikontrolli seisukohta utreerides võiks väita, et hoone ehitamise tellinud hankija peaks korraldama uue hankemenetluse nt hoonele algselt kavandatud põrandakatetest erineva (vastupidavamate) põrandakatete kasutamiseks. See ei oleks ilmselgelt kooskõlas ehitustööde riigihanke eesmärgi ja mõttega.

IV AS-ile Tallinna Sadam ega sellest tulenevalt ka Eesti Vabariigile ei ole riigihankemenetluse tulemusena mitte mingisugust kahju tekkinud ega tekitatud.

3.93. Riigikontrolli hinnangu kohaselt on AS-ile Tallinna Sadam tekkinud kahju esiteks selle tulemusena, et AS Tallinna Sadam aktsepteeris põhjendamatu ka kandevoime suurendamisest tulenevat töövõtja nõuet summas 28,9 miljonit krooni (umbes 1,85 miljonit eurot). Teiseks leiab Riigikontroll, et AS Tallinna Sadam põhjustas endale 9 miljoni krooni suuruse lisakulu sellega, et jättis hankekonkursil osalenutele edastamata info Naissaare maardlas esineda võivate lõhkekehade kohta. Alljärgnevalt on käsitletud kahju tekkimise küsimust samas järjekorras.

3.94. Rõhutame kokkuvõtlikult, et mitte mingisugust reaalset kahju AS-ile Tallinna Sadam tekkinud ei ole ja Riigikontrolli järeldused põhinevad valel eeldustel.

3.95. a) esiteks – töövõtja nõue 28,9 miljoni krooni (1,85 miljoni euro) suuruseks makseks ei ole käsitletav kahjuna, kuna see kaeti hankelepingus sätestatud 2,5 miljoni euro suuruse reservi

¹⁹ <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/105>

arvel. Tegu oli lepingu sõlmimise hetkel ettenägematu lisakuluga, mille katmiseks reserv ette nähtud oligi. KMG nõude rahuldamata jätmine oleks tähendanud, et KMG oleks ehitanud 17. kai esialgselt kavandatud kandevõimega, mille tulemusena oleks hankemenetluse eesmärk jäänud muutunud asjaolusid arvestades täitmata.

3.96. HD-s sisalduva tabeli punkti 13 kohaselt oli pakkujatele ettenägemata tööde puhuks võimaldatud 5 % varu. 07.07.2008 allkirjastatud lepingu punkti 2.1 kohaselt oli lepingu hinnaks 860 630 056 krooni ehk umbes 55 miljonit eurot. AS-i Tallinna Sadam ja KMG vahelise lepinguga ette nähtud varu suurus umbes 39 miljoni krooni ehk 2,5 miljonit eurot. 09.02.2009 kokkuleppe järgse täiustatud tabeli kohaselt lepingu lõpphind (55 miljonit eurot) ei muutunud, vaid lisakulutused 1,85 miljonit eurot arvestati niigi ettenähtud reservkulude hulka. Samuti jäi varusse endiselt umbes 650 000 eurot.

3.97. 09.01.2009 kirjaga nr 002 teavitas KMG AS-i Tallinna Sadam asjaolust, et projektdokumentatsioonis tehtud konstruktsiooniline muudatus toob kaasa lisakulutuse 28 857 499 krooni (umbes 1,85 miljonit eurot). Eelnevast on üheselt selge, et projektdokumentatsioonis tehtud muudatus mahub lepingus ette nähtud 5-protsendilise varu (kokku umbes 2,5 miljonit eurot) sisse, mistõttu ei ole AS-ile Tallinna Sadam projektdokumentatsioonis tehtud muudatuste näol kuidagi kahju tekkinud.

3.98. Täiendavalt tuleb märkida, et 31.12.2009 AS-i Tallinna Sadam ja KMG vahel sõlmitud teise lisakokkuleppega vähendati lepingu hinda 849 204 744 kroonini ehk umbes 54,3 miljoni euroni, mis on vähem, kui esialgses hankelepingus sisaldunud hind 55 miljonit eurot. Seega võib kokkuvõttes öelda, et hankemenetluse käigus tehtud muudatuste tulemusena tööde hind vähenes (mitte ei suurenenud) ning seega ei saa AS-le Tallinna Sadam olla tekkinud ka mistahes kahju. Veelgi enam – madalama hinnaga on saadud parem ja turusituatsiooni võimalikele arengutele paremini vastav objekt.

3.99. Analoogselt võiks kahju tekkimise tuvastamisel kasutada võlaõiguses tuntud diferentsihüpoteesi. Selle järgi on isikule kahju tekkinud, kui tema hüpoteetiline varaline olukord (ilma väidetavalt kahju tekitanud tegevuseta) oleks parem kui praegune tegelik olukord.²⁰ Antud juhul oleks AS-l Tallinna Sadam tulnud algse hankelepingu järgi maksta lepingu täitmise eest umbes 55 miljonit eurot ning selle eest oleks KMG ehitanud väiksema kandevõimega kai. Tegeliku olukorra järgi on AS Tallinna Sadam maksnud umbes 700 000 eurot vähem ja saanud suurema kandevõimega (ehk eelduslikult ka väärtuslikuma) kai. Järelikult ei ole ei diferentsihüpoteesi ega puhtalt matemaatilise loogika järgi AS Tallinna Sadam Muuga sadama konteinerterminali laiendamise riigihankel ja hankelepingu täitmisel mingit kahju saanud.

3.100. Riigikontrolli hinnang AS-ile Tallinna Sadam kahju tekkimise kohta põhineb sisuliselt väitel, et selleks hetkeks, kui AS Tallinna Sadam teatas töövõtjale projekteeritava kai kandevõime suurendamise vajadusest, oli töövõtja juba koostanud uue projekti, mis oleks võimaldanud kasutada kail AS-i Tallinna Sadam poolt soovitud võimsamaid kraanasid. Riigikontroll leiab sellest tulenevalt, et vaiu ei olnud vaja enam suuremate vastu vahetada, mistõttu töövõtja nõue lepinguliste tööde maksumuse suurendamiseks ligi 28,9 miljoni krooni (1,85 miljoni euro) võrra oli alusetu. Riigikontrolli arvates oleks AS Tallinna Sadam pidanud sellest aru saama, kui ta oleks töövõtja tellimisel koostatud uue projektiga tutvunud, ning leiab, et AS Tallinna Sadam ei näidanud siinkohal üles piisavat hoolsust (aruande punkt 110). Ülaltoodud Riigikontrolli hinnangud on ebaõiged.

3.101. Esiteks ei ole Riigikontrolli aruandes viidatud mingitele asjaoludele ega dokumentidele, millest saaks järeldada, et AS Tallinna Sadam oli teadlik töövõtja poolt koostatud uue projekti olemasolust. Riigikontroll on viidanud sellele, et töövõtja oli uue projekti saatnud ekspertiisi 2 päeva enne AS-ilt Tallinna Sadam kai kandevõime suurendamist nõudva kirja saamist. Jääb arusaamatuks, miks oleks AS Tallinna Sadam pidanud sellest asjaolust teadlik olema. Riigikontroll on aruandes (punkt 108) ka ise kinnitanud, et pole infot, et AS-i Tallinna Sadam juhatus oleks sellest teadlik olnud.

²⁰ Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 437.

Siinkohal tuleb arvestada, et projektile ekspertiisi teinud isikud olid töövõtja lepingupartnerid, mitte AS-i Tallinna Sadam lepingupartnerid.

3.102. Teiseks, isegi juhul, kui AS Tallinna Sadam oleks olnud projektist teadlik, puudus AS-il Tallinna Sadam igasugune alus nõuda töövõtjalt kai ehitamist just uue (ja kallima) projekti alusel ja suuremaid vaiu kasutades. Muuhulgas jääb ebaselgeks, millel põhineb Riigikontrolli arusaam, et KMG poolt 2008 a augustis ekspertiisi saadetud projekt (mis nägi ette suuremate vaiade kasutamise suuremate kraanade tarbeks) oli lõplik, mida KMG ei oleks enam muuta saanud. On loogiline eeldada, et kui pooled ei oleks saavutanud kokkulepet kai kandevõime suurendamisest (suuremate vaiade kasutamisest) tekkivate lisakulude hüvitamises töövõtjale, oleks töövõtja projekteerinud ja ehitanud kai väiksema (esialgses hankelepingus ettenähtud) kandevõimega ning väiksemaid (odavamaid) vaiu kasutades. Nagu Riigikontrolli aruandes (punkt 107) märgitud, oligi töövõtja algselt kavandanud kai ehitamise väiksemate toruvaiadega. Olukorras, kus sellisel viisil oleks saavutatud hankelepingu järgi nõutav kai kandevõime, olnuks töövõtjal kahtlemata õigus ehitada kai odavamalt ja enne suurema kandevõimega kai projekteerimist kavandatu kohaselt.

3.103. Rõhutame, et KMG-l ei olnud hankelepingust tulenevat kohustust hankijale vastu tulla ja nõustuda kai kandevõime suurendamisest tulenevate lisakulude võtmisega enda kanda. KMG poolt AS-ile Tallinna Sadam 09.01.2009 saadetud kirja kohaselt tõusid konstruktsiooniliste muudatuste tõttu kulutused nii materjalile kui tööle. Väär on Riigikontrolli väide (aruande punkt 111), et ka sellisel juhul pidi kulutuste tõus jääma KMG kanda. Tellija soovil lepingu muutmise tekkunud lisakulud ei saa olla mitte kuidagi töövõtja riisiko.

3.104. Riigikontroll on oma aruandes (punkt 107) märkinud, et Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi hinnangu kohaselt oli 17. kai töövõtja poolt algselt kavandatud kujul (väiksemate toruvaiadega) ebapiisava kandevõimega, et sinna oleks saanud paigaldada AS-i Tallinna Sadam poolt algselt kavandatud kraanasid. Sellest on Riigikontroll järeldanud, et algselt kavandatud toruvaiade asendamise vajadus ei tulenenud mitte AS-i Tallinna Sadam nõudest kai kandevõime suurendamiseks, vaid sellest, et suuremate toruvaiade kasutamine oli mõõdapäasmatu juba töövõtja poolt algselt valitud lahenduse teostamiseks. Siinkohal on Riigikontroll jättnud täielikult arvestamata temale auditi käigus esitatud dokumendid ja asjaolud, mis kinnitavad üheselt, et 17. kai töövõtja poolt algselt kavandatud kujul oli sinna algselt kavandatud kraanade jaoks täiesti piisava kandevõimega. Samas ei ole Riigikontroll selliste dokumentide ja asjaoludega mittearvestamist ka millegagi põhjendanud.

3.105. AS Tallinna Sadam on 09.04.2012 kirjaga edastanud Riigikontrollile OÜ Estkonsult poolt teostatud kontrollarvutuste tulemused. Need näitavad töövõtja poolt algselt kavandatud kai kandevõime piisavust ning arvutustes on ära näidatud ka põhjused, millest tulenes Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi (hr A. Partsi) poolt Riigikontrollile algselt antud hinnangu ekslikkus. AS-ile Tallinna Sadam teadaolevalt on OÜ Estkonsult esindajad ja hr A. Parts omavahel arutanud hinnangute erinevusi ning selle tulemusena on jõutud üksmeelele, et Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi poolt Riigikontrollile antud hinnang ei olnud õige. Sellest on informeeritud ka Riigikontrolli (AS Tallinna Sadam finantsjuhi 09.04.2012 a e-kiri peakontrolör Tarmo Olgo'le), kuid teadmata põhjusel ei ole Riigikontroll seda asjaolu oma aruandes kajastanud ega sellega arvestanud.

3.106. Samuti ei ole Riigikontroll arvestanud asjaolu, et üks pakkujatest (Skanska EMV AS) oli hankemenetluses esitatud pakkumuses näinud sisuliselt ette samasuguse lahenduse nagu KMG poolt algselt kavandatu. See kinnitab samuti töövõtja poolt algselt kavandatud kai kandevõime piisavust. Seega Riigikontrolli väide, et 17. kai oli töövõtja poolt algselt kavandatud kujul ebapiisava kandevõimega ka algselt kavandatud kraanade jaoks, on ebaõige ning vastuolus Riigikontrollile esitatud dokumentidega ja asjaoludega, mida arusaamatutel põhjustel ei ole aruandes käsitletud.

3.107. Täielikult meelevaldne on Riigikontrolli järeldus (aruande punkt 101), et töövõtja tasu suurendamist võib käsitleda terase hinna tõusust tekkinud lisakulutuste osalise või täieliku hüvitamiseni, mis ei olnud kooskõlas hankelepinguga. Töövõtja ei ole mistahes ajal nõudnud AS-lt

Tallinna Sadam terase hinna tõusu hüvitamist ning AS Tallinna Sadam ei ole seda töövõtjale kunagi pakkunud. Hankelepingu juurde 09.02.2009 a sõlmitud lisast 1 tuleneb üheselt, et AS Tallinna Sadam nõustus lepinguliste tööde maksumuse suurendamisega 28,9 miljoni krooni võrra (esialgses hankelepingus ettenähtud varu arvel) konkreetselt seetõttu, et kompenseerida töövõtjale kai kandevõime suurendamisest tulenevad täiendavad kulud. Sellest tulenevalt on täiesti asjakohatud ka Riigikontrolli arutlused seoses terase hinna tõusu ja langusega hankemenetluse ja hankelepingu täitmise perioodil ning sellest töövõtjale tekkida võinud kasu või kahju.

3.108. Eeltoodust tulenevalt on täiesti meelevaldne väide, et eelnimetatud 28,9 miljonit krooni (1,85 miljonit euro) on Kliendile tekkinud kahju.

3.109. b) teiseks – töövõtja tasu suurendamine ca 9 miljoni krooni (575 000 euro) võrra ei ole vaadeldav AS-i Tallinna Sadam kahjuna. Kuivõrd töövõtja oli lõhkekehade olemasolust teadlik, on ilmne, et töövõtja tasu suurendamine 8,9 miljoni krooni võrra ei olnud tingitud lõhkekehade olemasolust mitteteavitamisest. Lõhkekehade võimalikust esinemisest tulenevate riskide maandamine (nende jätmine töövõtja kanda) oleks olnud kallim ja seega AS-le Tallinna Sadam majanduslikult kahjulikum. Tasu suurendamine mahtus hankelepingus ette nähtud reservi piiresse ning ühtlasi tagas hankelepingu täitmise jätkamise, mis oleks vastasel korral võinud ohtu sattuda.

3.110. Riigikontroll on asunud seisukohale, et AS Tallinna Sadam põhjustas endale ligi 9 miljoni (8 990 179) krooni (u 575 000 euro) suuruse lisakulu, jättes hankekonkursil osalenud isikud informeerimata lõhkekehade esinemise võimalikkusest Naissaare maardlates, kust pidi tarnitama ehitustöödeks vajalik kogus liiva. Riigikontroll on viidanud, et lõhkekehadest tingitud plahvatuste tõttu tekkisid töövõtjale lisakulud ca 16,7 miljoni krooni suuruses summas, mille hüvitamist töövõtja AS-ilt Tallinna Sadam nõudis, ning et kompromissina lepitati hankelepingu juurde 31.12.2009 sõlmitud lisas nr 2 kokku töövõtja tasu suurendamises ligi 9 miljoni krooni võrra.

3.111. Esiteks on ebatäpne väita, et AS-ile Tallinna Sadam ülmärgitud kulu tekkimine oli tingitud asjakohase informatsiooni avaldamata jätmisest hankekonkursil osalenud isikutele. Lõhkekehade olemasolu tekitas kahju konkreetsele töövõtjale (KMG), kes oli lõhkekehade esinemise võimalikkusest vaieldamatult teadlik. Nagu Riigikontrolli aruandes (punkt 51) on märgitud, oli AS Tallinna Sadam varasemal Muuga sadama laienduseks korraldatud hankekonkursil kõiki konkursil osalenud isikuid lõhkekehade olemasolu võimalikkusest informeerinud, kusjuures varasemal konkursil osalesid ka KMG konsortsiumikaaslased (Per Aarsleff A/S ja Rohde Nielsen A/S). Seega oli töövõtja hankelepingu sõlmimisel lõhkekehade olemasolu võimalikkusest Naissaare maardlas tegelikult teadlik.

3.112. Seega puudub põhjuslik seos hanketingimustes lõhkeainete esinemise võimaluse mitte nimetamise ja töövõtjale 9 miljoni krooni maksmise vahel – esimene pole teise vältimatuks eelduseks laialt tunnustatud nn *conditio*-reegli järgi.²¹

3.113. Samas olid mõlemad pooled hankelepingu sõlmimisel olukorras, kus täpsemad andmed võimalike lõhkekehade koguse ja asukoha kohta puudusid ning neid ei olnud võimalik ka hankida. Tallinna Tehnikaülikooli Meresüsteemide Instituut oli 2006. aastal teostanud Naissaare maardla magnetomeetrilise uuringu, mille käigus tuvastati üksikud suuremad metallesemed, st võimalikud lõhkekehad. Nende asukoht tehti töövõtjale teatavaks. Viidatud uuring ei võimaldanud tuvastada väiksemaid (alla 5 kg kaaluvaid) metallesemeid, kusjuures sellist uuringut, mis võimaldaks tuvastada väiksemaid lõhkekehasid (enamik lõhkekehasid Naissaare maardlates on nimelt sellised), ei ole Eestis teadaolevalt võimalik teha.

²¹ Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 445.

3.114. Ülaltoodust tulenevalt ei ole praegusel juhul küsimus selles, et AS Tallinna Sadam ei teavitanud töövõtjat lõhkekehade võimalikust esinemisest Naissaare maardlas. Ka hankelepingu juurde 31.12.2009 sõlmitud lisas nr 2 ei ole märgitud, et töövõtja sellisest ohust teadlik ei olnud, vaid et pooled ei leppinud hankelepingu sõlmimisel kokku lõhkekehade tuleneda võiva kahju jagunemises. See oli AS-i Tallinna Sadam teadlik valik, kuivõrd ühelt poolt oleks olnud ilmselgelt ebamõistlik jätta kõik võimalikest lõhkekehade tulenevad riskid töövõtja kanda ning teisalt puudusid mõistlikud ja majanduslikult otstarbekad võimalused vastavate riskide maandamiseks. Nagu Riigikontrolli aruandes (punkt 51) märgitud, oli AS Tallinna Sadam varasemal Muuga sadama laienduseks korraldatud hankekonkursil seadnud tingimuseks, et kõik pakkujad kindlustaksid end lõhkekehade plahvatuses tekkida võivate kahjude vastu vähemalt 15 miljoni krooni ulatuses. Samuti oli tingimuseks, et töövõtja kohustuks mitte esitada AS-i Tallinna Sadam vastu nõudeid tulenevalt lõhkekehade (sealhulgas lõhkekehade plahvatusena) seotud kahjudest. Varasem hankemenetlus lõppes lepingut sõlmimata, kuna mõlemad esitatud pakkumused lükati tagasi kui hanke piirmäära ületavad. Seega ei selgunud ka asjaolu, kas Eestis tegutsevad kindlustusandjad pakuvad üldse kindlustust taolise kindlustusrisi vastu.

3.115. Teiseks oli AS Tallinna Sadam varasemal hankekonkursil palunud pakkumistes ära näidata ka nende töövõtja tööde maksumuse, mis on vajalikud laskemoona ja lõhkeainete väljaselgitamiseks ja eemaldamiseks. Esitatud pakkumiste kohaselt oli vastavate tööde maksumuseks ühel juhul 15 406 369 krooni (KMG konsortsiumikaaslaste Per Aarsleff A/S ja Rohde Nielsen A/S pakkumine) ja teisel juhul 11 562 710,51 krooni. Seda arvestades pidas AS Tallinna Sadam põhjendatult tõenäoliseks, et samasuguste tingimuste esitamine ka uues hankemenetluses tooks kaasa pakkumiste kallinemise suuremas ulatuses, kui oleks lõhkekehade olemasolust tekkida võiva kahju suurus. Samuti tuli arvestada, et isegi kui töövõtja oleks kindlustanud end lõhkekehade plahvatuses tekkida võivate kahjude vastu AS Tallinna Sadam poolt nõutavas ulatuses, kuid tegelik kahju oleks osutunud suuremaks, oleks töövõtja tõenäoliselt nõudnud kliendilt ikkagi kindlustussummat ületava kahju hüvitamist.

3.116. Kokkuvõtlikult leiab AS Tallinna Sadam, et tal puudus mõistlik ja majanduslikult otstarbekas võimalus lisakulude vältimiseks seonduvalt võimalike lõhkekehade esinemisega Naissaare maardlas. AS-i Tallinna Sadam vastutus lõhkekehade tuleneda võiva kahju eest oleks olnud välistatud üksnes juhul, kui selles oleks hankelepingus sõnaselgelt kokku lepitud. Olukorras, kus lõhkekehade kogus ja täpne asukoht oli teadmata, oli ebareaalne, et pakkujad nõustuksid vastava riski täies ulatuses enda kanda võtma. Samuti oleks see kindlasti tõstnud hankelepingu hinda enam kui 9 miljoni krooni võrra (KMG tegelik kahju oli ju oluliselt suurem kui kompromisslepinguga kokku lepitu).

3.117. Lisaks tuleb märkida, et Riigikontrolli poolt viidatud summa (8 990 179 krooni) tasumine KMG-le ei olnud tingitud üksnes lõhkekehade esinemisest Naissaare maardlas ja töövõtjale sellest tulenenud lisakuludest. 31.12.2009 hankelepingu lisa nr 2 järgi oli lisaks erimeelsustele lõhkekehade esinemisest tingitud kahju hüvitamise küsimuses tekkinud poolte vahel vaidlus ka hankelepingu sõlmimisel töövõtjale esitatud geoloogilise aruande õigsuse üle (kokkuleppe preambula p 4). Töövõtja leidis, et IPT Projektijuhtimise OÜ poolt koostatud aruanne (lepingu lisa nr 4.2.4) ei vastanud tegelikkusele, st pinnas oli aruandes näidatust erinev, mistõttu hakkasid vaiad vajuma ja tõusetus küsimus lisatööde tegemise vajadusest. Oma väidete tõendamiseks oli töövõtja asunud teostama täiendavaid pinnaseuringuid, kontrollimaks AS-i Tallinna Sadam poolt esitatud aruande vastavust tegelikkusele. 31.12.2009 a allkirjastatud kokkuleppe punktis 4 leppisid aga pooled kokku, et töövõtja loobub kõikidest (sh lõhkekehade olemasolust tingitud) kahjunõuetest AS-i Tallinna Sadam vastu, samuti kõikidest töövõtja poolt teostatavate pinnaseuringute tulemustest sõltuvatest võimalikest nõuetest AS-i Tallinna Sadam vastu ning sama kokkuleppe punkti 1 kohaselt muudetud projekti või muude poolte vahel kokku lepivate lahenduste alusel teostatavate töödega seonduvalt. Seega on ebaõige väita, et KMG tasu suurendati ligi 9 miljoni krooni võrra üksnes selleks, et hüvitada töövõtjale Naissaare maardlas lõhkekehade esinemisest tingitud lisakulutused.

3.118. Täiesti arusaamatuks jääb siinkohal Riigikontrolli aruandes märgitu (p 55 ja 110), mille kohaselt võttis klient endale osavastutuse lõhkekehade inimestele tekkida võivate vigastuste eest.

Seda, millistel asjaoludel ja õigusaktidel selline järeldus põhineb, ei ole Riigikontroll vähimalgi määral põhjendanud.

3.119. Samuti tuleb märkida, et 31.12.2009 a kokkuleppe sõlmimine ja kompromissina töövõtjale makstava tasu suurendamine tagas ka hankelepingu täitmise jätkamise ja lõpetamise töövõtja poolt. Eksisteeris reaalne oht, et kui töövõtja poolt AS-ile Tallinna Sadam esitatud nõuete osas kokkuleppele ei jõuta, oleks töövõtja tööde teostamise peatanud või sootuks lõpetanud. Nagu Riigikontrolli aruande punktis 103 on nenditud, võib töövõtja kulutuste suurenemine temast sõltumatutel asjaoludel sellises ulatuses, et temale töö eest lubatud tasust ei piisa nende katmiseks, tuua kaasa töövõtjale rahaliste raskuste tekkimise ja seetõttu tööde katkestamise, mis ei ole kindlasti ka hankija huvides.

3.120. c) tuleb rõhutada, et töövõtja tasu suurendamine nii 09.02.2009 a kokkuleppe kui 31.12.2009 a kokkuleppe järgi mahtus hankelepingus ette nähtud reservi piiresse ning lõppkokkuvõttes jäi seda ülegi. Hankeleping täideti soodsamalt kui esialgu kokku lepitud.

3.121. Rõhutame ka seda, et kui eeltoodud 1,85 miljonile eurole liita 31.12.2009 kokkuleppe järgne 575 000 eurot, jääb kogusumma ikkagi väiksemaks kui hankelepingus ettenähtud reserv (2,5 miljonit eurot). Ootamatu vajadus kai kandevõime suurendamiseks, lõhkekehade tingitud kahju ning muud 31.12.2009 a kokkuleppes nimetatud kulud, mille tõttu olid AS-i Tallinna Sadam ja töövõtja vahel tekkinud erimeelsused, on kindlasti käsitletavad ettenägematute kuludena, mille katmiseks hankelepingu sõlmimisel reserv ette nähtigi.

V Eeltoodust tulenevalt on AS-i Tallinna Sadam juhatus riigihanke korraldamisel täitnud juhatuse liikmetelt nõutavat hoolsuskohustust. Riigihange valmistati ette ning viidi läbi õiguspäraselt ja korrektselt vastavalt riigihangete seaduse (RHS) nõuetele. Hankijale kahju ei tekkinud.

3.122. Kuna RHS nõudeid ei ole rikutud ning AS-ile Tallinna Sadam pole kahju tekkinud, ei ole mingit viidet sellele, et AS-i Tallinna Sadam juhatus oleks oma hoolsuskohustust rikkunud. Siiski peame vajalikuks Riigikontrolli konkreetseid etteheited juhatusele ümber lükata.

3.123. a) AS-i Tallinna Sadam juhatus tegutses ettevõtjalt nõutava hoolega Muuga konteinerterminali laiendamise hanget planeerides.

3.124. AS Tallinna Sadam planeeris hankemenetlust Muuga konteinerterminali laiendamiseks väga pika aja (umbes 7 kuud) vältel – kaaluti erinevaid lahendusi, analüüsiti turuolukorda, võimalikke turuaenguid pikas (mitmekümne aasta) perspektiivis jne.

3.125. Nagu põhjendatud käesoleva vastuse osas III b, ei olnud AS-il Tallinna Sadam mingit põhjust enne 2008. aasta sügist eeldada kraana koormuse ning sellest tulenevat kai kandevõime suurendamise vajadust.

3.126. Eeltoodust tulenevalt oli potentsiaalsete operaatorite poolne senisest olulisest suuremate konteinerlaevade Muuga sadamasse sissetoomise soov ja seega vajadus võimsama kraana järele AS-ile Tallinna Sadam ettenägematu objektiivne asjaolu. Hankemenetluse planeerimise ajal, hankemenetluse käigus ega ka hankemenetluse sõlmimise hetkeks ei olnud selline sündmuste kulg kuidagi ette ennustatav.

3.126. Järelikult oli AS Tallinna Sadam piisavalt põhjalikult analüüsinud konteinervedude turgu ja konkurentsituatsiooni ning sellest lähtuvalt ei saanud kuidagi ette näha vajadust suurema kraana järele.

3.127. Nn Business Judgment Rule ehk ärilise õigustatuse reegel näeb ette, et juhtorgani liige peab käituma (1) heas usus, (2) nagu tegutseks samas olukorras mõistlik juhtorgani liige ja (3) tegutsema

aktsiaseltsi parimates huvides.²² Kusjuures loetelust teise kohustuse alla käib nii otsuste vastuvõtmiseks piisav informeeritus kui põhjendamatute riskide mittevõtmine. Selge on, et hankemenetluse planeerimise faasist kuni hankalepingu sõlmimiseni ei olnud AS-il Tallinna Sadam mitte mingisugust kindlat infot, mis võimaldanuks oletada, et sadamat asuvad külastama suuremad laevad kui seni. Samuti oli selge, et „igaks juhuks“ võimsama konteinerterminali ehitamine oleks põhjendamatu riski võtmine ja ressursi kulutamine – Hiina ettevõtjate esialgne huvi koostöö vastu ei saanud ei ärilisest kultuurist ega mastaapide erinevusest tulenevalt kuidagi tähendada, et ka koostööks läheb. Seda on kinnitanud ka järgnev sündmuste kulg ja praegused suhted nendega (vt riigikontrolli aruande punkt 21). Seega oli liigsete riskide mittevõtmine igati põhjendatud ja isegi nõutav. Lähtudes vaid tollal kindlalt teada olevast infost ja statistikast, käitus AS Tallinna Sadam ning selle juhatuse liikmed igati õiguspäraselt ja oma hoolsuskohustusele vastavalt.

3.128. b) AS-i Tallinna Sadam juhatuse tegutses ettevõtjalt nõutava hoolega Muuga konteinerterminali laiendamise hanke tehnilist kirjeldust koostades.

3.129. Tõsiseltvõetav ei ole Riigikontrolli aruandes (punktid 26 ja 30) esitatud etteheide, et AS Tallinna Sadam ei küsinud eksperdilt arvamust, kas hanke tehnilises kirjelduses nimetatud omadustega kaid oleks saanud ehitada soodsamalt. Kordame taas, et hanke objektiks olid projekteerimis- ja ehitustööd ning HD hulgas oli tehniline kirjeldus ja selle lisana eelprojekt. Eelprojekt oli tellitud vastava ala professionaalilt. See tähendab, et pakkujad pididki pakkumusi tegema lähtudes sellest, et projekteerida ja ehitada võimalikult odavalt ettenähtud omadustega kai. Riigihankemenetluse üks eesmärke ongi hankija jaoks majanduslikult parima tulemuse saavutamine. Pakkumuste tegemine lähtudes võimalikult optimaalsest ja ökonoomsest lahendusest oli pakkujate, mitte AS-i Tallinna Sadam ülesanne.

3.130. c) viivitus hankalepingu sõlmimisel ei toonud kaasa kahju ega viita hoolsuskohustuse rikkumisele.

3.131. Tegelikel asjaoludel ei põhine Riigikontrolli aruandes (punkt 65) esitatud väide, mille kohaselt halvendas hankalepingu sõlmimisega viivitamine oluliselt AS-i Tallinna Sadam positsiooni suhtes hankekonkursil osalenutega. AS Tallinna Sadam tegi 26.02.2008 a kirjaga kõigile pakkujatele ettepaneku nende pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 15.04.2008 a ning kuuest pakkujast viis andis selleks oma nõusoleku. Nagu Riigikontrolli aruandes (punkt 8) märgitud, oli kõige kõrgema (sic!) pakkumuse esitanud isik otsustanud konkursil osalemisest loobuda. 04.04.2008 a kirjaga tegi AS Tallinna Sadam kõigile oma pakkumuste juurde jäänud pakkujatele veelkordselt ettepaneku pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 30.05.2008 a, millega kõik nõustusid. Seega olid kõik pakkujad endiselt oma esialgsete pakkumustega seotud ning küsimust pakkumuste hinna muutmisest ei saanud hankalepingu sõlmimisel tõusetuda.

3.132. d) pakkumuste tagatise mittenõudmine ei toonud kaasa ei reaalselt ega hüpoteetilist kahju.

3.132. Riigikontrolli aruandes (punkt 66) on esitatud ka väide, et kuivõrd AS Tallinna Sadam ei nõudnud pakkujatelt pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamisel enam pakkumuste tagatiste esitamist, võttis AS Tallinna Sadam endale riski, et pakkumuse teinud firmad võivad pakkumustest taganeda sanktsioonide rakendamist kartmata. Ka see väide on väär. Pakkumuse tagatis tagab RHS § 34 lg 1 kohaselt pakkuja poolt hankemenetluse käigus kohustuste täitmata jätmisega tekitatud kahjude hüvitamise. Kui vastavat tagatist ei nõuta, ei tähenda see seda, et hankija ei saaks nõuda pakkujalt hankemenetluse käigus kohustuste täitmata jätmisega tekitatud kahjude hüvitamist, vaid üksnes seda, et vastavat nõuet ei saa maksta panna tagatise arvel. Teisisõnu öeldes ei tähenda pakkumuse tagatise mittenõudmine, et pakkujad võiksid oma pakkumustest taganeda sanktsioonide rakendamist kartmata, kuna hankijal on igal juhul võimalik nõuda pakkujatelt hankemenetluse käigus kohustuste täitmata jätmisega tekitatud kahju hüvitamist.

²² Vt juhtorgani liikme hoolsuskohustuse kohta RKTKKo nr 3-2-1-36-06, 3-2-1-41-05, 3-2-1-45-03.

Lugupidamisega

/allkirjastatud digitaalselt/

Ain Kaljurand

Allan Kiil

juhatuse liige

juhatuse liige

**Lisa: advokaadibüroode Tamme Otsmann Ruus Vabamets ning Kaevando ja Partnerid
15.08.2012 õiguslik arvamus.**

Lisa 3: advokaadibüroode Tamme Otsmann Ruus Vabamets ning Kaevando ja Partnerid 15.8.2012. a õiguslik arvamus

AS Tallinna Sadam juhatus

Sadama 25,

Tallinn 15051

15.08.2012

ÕIGUSLIK ARVAMUS

Muuga sadama konteinerterminali laiendamise riigihanke nr 101968 kohta

Lugupeetud juhatuse liikmed

AS Tallinna Sadam (edaspidi Klient) ülesandel on Advokaadibüroo Tamme Otsmann Ruus Vabamets koostöös Advokaadibürooga Kaevando & Partnerid koostanud käesoleva õigusliku arvamuse.

Käesolevas õiguslikus arvamuses sisalduv teave on advokatuuriseaduse § 43 lg 2 kohaselt konfidentsiaalne ning sama seaduse § 43 lg 3 kohaselt on käesolev dokument kui advokaadi poolt õigusteenuse osutamisega seotud teabekandja puutumatu.

1. ÕIGUSLIKU ARVAMUSE LÄHTEÜLESANNE

1.1. Käesolev õiguslik arvamus on koostatud, andmaks õiguslikud vastused alljärgnevatele Kliendi poolt püstitatud küsimustele:

1.1.1. Kas hankaleping nr 2480908 on sõlmitud riigihankemenetluses?

1.1.2. Kas Klient on järginud läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid?

1.1.3. Kas 9. veebruari 2009. a kokkuleppe puhul on tegemist hankalepingu muutmisega?

1.1.4. Kas Kliendile on riigihankemenetluse tulemusena tekkinud kahju?

2. ÕIGUSLIKU ARVAMUSE LÕPPJÄRELDUS

2.1. Arvestades käesolevas arvamuses toodud lähteandmeid, oleme oma parima arusaamise kohaselt seisukohal, et:

2.1.1. Hankaleping nr 2480908 on sõlmitud riigihankemenetluses.

2.1.2. Klient on järginud läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid.

2.1.3. 9. veebruari 2009. a kokkuleppe puhul ei ole tegemist hankalepingu muutmisega, ent kui seda ka muutmiseks pidada, oli see õiguspärane.

2.1.4. Kliendile ei ole riigihankemenetluse tulemusena mitte mingisugust kahju tekkinud ega tekitatud.

3. LÄHTEANDMED

3.1. Õigusliku arvamuse koostamiseks on klient esitanud meile järgmised faktilised asjaolud, millele õigusliku arvamuse koostamisel oleme tuginenud:

- 3.1.1. 18.10.2007 Riigihangete portaalis avaldati hanketeade 101968.
- 3.1.2. 11.12.2007 KMG esitas pakkumuse.
- 3.1.3. 26.02.2008 Klient tegi pakkujatele ettepaneku pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendada.
- 3.1.4. 4.03.2008 KMG andis nõusoleku pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks.
- 3.1.5. 4.04.2008 Klient tegi pakkujatele ettepaneku pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendada.
- 3.1.6. 10.04.2008 KMG andis nõusoleku pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks.
- 3.1.7. 9.05.2008 Klient tunnistas KMG pakkumuse edukaks.
- 3.1.8. 23.05.2008 Klient ja KMG sõlmisid lepingu nr 2480908.
- 3.1.9. 30.05.2008 KMG pakkumuse jõusoleku tähtaeg lõppes.
- 3.1.10. 30.05.2008 saatis KMG kliendile kirja, milles luges end oma pakkumusega seotuks kuni 31.07.2008
- 3.1.11. 7.07.2008 Klient ja KMG allkirjastasid lepingu dokumendi nr 2480908.
- 3.1.12. 21.07.2008 Kliendi juurde saabus Ninbo Port Group Ltd delegatsioon.
- 3.1.13. 28.08.2008 Klient avaldas KMG-le soovi projektdokumentatsiooni muutmiseks.
- 3.1.14. 23.09.2008 Kliendi juurde saabusid Hiina asemajandusminister, China Shipping ja Cosco esindajad.
- 3.1.15. 24.09.2008 Allkirjastati Hiina-Eesti merendusleping.
- 3.1.16. 9.02.2009 Klient ja KMG sõlmisid kokkuleppe lepingu nr 2480908 juurde.
- 3.1.17. 31.12.2009 Klient ja KMG sõlmisid kokkuleppe lepingu nr 2480908 juurde.
- 3.1.18. 7.10.2010 Klient avaldab riigihangete registris riigihanke aruande lisa, millest nähtuvalt oli lepingu täitmise tegelikuks maksumuseks 54 146 454,80 EUR, mis on 857 831 EUR väiksem lepingu esialgsest maksumusest.

3.2. Käesoleva arvamuse koostamiseks on klient esitanud meile järgmised dokumendid:

- 3.2.1. 18.10.2007 Hankedokumendid riigihankes nr 101968.
- 3.2.2. 22.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele.
- 3.2.3. 22.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Eesti Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.4. 22.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele Ehitusfirma Rand & Tuulberg AS poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.5. 23.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

- 3.2.6. 26.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele.
- 3.2.7. 26.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele Skanska EMV AS poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastusest.
- 3.2.8. 26.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele Terramare Eesti OÜ poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastusest.
- 3.2.9. 28.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele KMG poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.10. 29.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.11. 29.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele Dredging International N.V poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.12. 29.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele KMG poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.13. 30.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Eesti Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.14. 4.12.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele.
- 3.2.15. 4.12.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele Dredging International N.V poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.16. 4.12.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.17. 5.12.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele Dredging International N.V poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.
- 3.2.18. 11.12.2007 KMG pakkumus riigihankes 101968.
- 3.2.19. 26.02.2008 Kliendi kiri nr 9-6/614 ettepanekuga pikendada pakkumuse jõusoleku tähtaega.
- 3.2.20. 4.03.2008 KMG Inseneriehituse AS kiri nr 4-3/001 nõusolekuga pikendada pakkumuse jõusoleku tähtaega.
- 3.2.21. 4.04.2008 Kliendi kiri nr 9-6/614 ettepanekuga pikendada pakkumuse jõusoleku tähtaega.
- 3.2.22. 10.04.2008 KMG Inseneriehituse AS kiri nr 4-4/018 nõusolekuga pikendada pakkumuse jõusoleku tähtaega.
- 3.2.23. 11.04.2008 Ningbo Port Group Ltd e-kiri kliendile.
- 3.2.24. 6.05.2008 Kliendi ehitusriigihangete komisjoni protokoll.
- 3.2.25. 7.05.2008 Kliendi ehitusriigihangete komisjoni protokoll.
- 3.2.26. 8.05.2008 Kliendi ehitusriigihangete komisjoni protokoll.
- 3.2.27. 16.05.2008 Ninbo Port Group Ltd e-kiri kliendile.
- 3.2.28. 7.07.2008 Kliendi ja KMG vahel allkirjastatud lepingudokument nr 2480908.
- 3.2.29. 28.08.2008 Kliendi kiri KMG-le kai merepoolsete vaiade kandevõime suurendamiseks.

- 3.2.30. 9.01.2009 KMG kiri kliendile lepingutasu suurenemise kohta.
- 3.2.31. 9.02.2009 Kliendi ja KMG vahel sõlmitud kokkulepe lepingudokumendi nr 2480908 juurde.
- 3.2.32. 31.12.2009 Kliendi ja KMG vahel sõlmitud kokkulepe lepingudokumendi nr 2480908 juurde.

4. ÕIGUSLIKU ARVAMUSE EELDUSED

- 4.1. Käesoleva õiguslik arvamus ning selles sisalduvad järeldused on antud eeldusel, et kliendi poolt avaldatud faktilised asjaolud vastavad tegelikkusele. Arvamuses käsitletud dokumentaalsetest tõenditest nähtuvalt ei ole põhjust selles eelduses kahelda.

5. ÕIGUSLIK ANALÜÜS JA PÕHJENDUSED

5.1. Kas hankeleping on sõlmitud riigihankemenetluses?

- 5.1.1. Riigihangete seaduse (edaspidi RHS) § 4 lg 1 järgi on hankeleping RHS tähenduses riigihanke tulemusena ühe või mitme hankija poolt ühe või mitme isikuga sõlmitud vastastikuste varaliste kohustustega leping, mille esemeks on asjad, teenused või ehitustööd.
- 5.1.2. RHS § 29 lg 2 kohaselt algab hankemenetlus hanketeate avaldamisega registris. Klient avaldas hanketeate avatud hankemenetlusega riigihankes nr 101968 „Muuga sadama konteinerterminali laiendamine“ 18.10.2007, seega algas hankemenetlus eelnimetatud kuupäevast. Hankemenetluse lõppemise alused on sätestatud RHS § 29 lõikes 3 – seega on küsimus, kas hankeleping sõlmiti enne või pärast 18.10.2007 alanud hankemenetluse lõppemist.
- 5.1.3. Hankedokumentide (edaspidi HD) juhiste p 12.5 kohaselt oli pakkumuse esitamise tähtpäevaks 11.12.2007. Ühispakkujad KMG Inseneriehituse AS, Per Aarsleff A/S ja Rohde Nielsen A/S (edaspidi KMG) esitasid 11.12.2007 ühispakkumuse, mille jõusoleku tähtaeg oli HD punkti 10 nõuetele vastavalt 90 päeva alates pakkumuse esitamise kuupäevast, s.o 11.03.2008.
- 5.1.4. RHS § 45 sätestab võimaluse pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendada. Nimetatud paragrahvi lõike 1 kohaselt võib pakkuja pikendada pakkumuse jõusoleku tähtaega hankija kirjalikul ettepanekul ja sama paragrahvi lõike 2 kohaselt on hankija kohustatud tegema nimetatud ettepaneku vähemalt 10 päeva enne pakkumuse jõusoleku tähtaja lõppu. 26.02.2008, s.o vähemalt 10 päeva enne pakkumuse jõusoleku tähtaja lõppu (11.03.2008), saatis Klient teiste seas KMG-le kirja ettepanekuga pikendada pakkumuse jõusoleku tähtaega kuni 15.04.2008. KMG andis 4.03.2008 kirjaga Kliendile nõusoleku pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 15.04.2008. 4.04.2008, s.o vähemalt 10 päeva enne pakkumuse jõusoleku pikendatud tähtaja lõppu (15.04.2008), saatis Klient KMG-le uue kirja, milles tegi ettepaneku pikendada pakkumuse jõusoleku tähtaega kuni 30.05.2008. KMG andis 10.04.2008 kirjaga nõusoleku pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 30.05.2008. Eelnevast võib järeldada, et Klient on järginud pakkumuse jõusoleku tähtaegade pikendamisel seadusest tulenevaid nõudeid.
- 5.1.5. Siinkohal tuleb märkida, et tegelikel asjaoludel ei põhine Riigikontrolli aruandes (p.65) esitatud väide, mille kohaselt halvendas kliendipoolne viivitamine hankelepingu sõlmimisega oluliselt Kliendi positsiooni suhtes hankekonkursil osalenutega, kuna pärast pakkumuste esitamist oli terase hind maailmaturul hüppeliselt tõusnud, mistõttu võis arvata, et lepingu sõlmimisel tõstatavad pakkujad küsimuse pakkumuse hinna muutmisest. Klient tegi 26.02.2008 a kirjaga kõigile pakkujatele ettepaneku nende pakkumuse jõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 15.04.2008 a ning kuuest pakkujast viis andis selleks oma nõusoleku. Konkursil osalemisest otsustas loobuda vaid kõige kõrgema pakkumise teinud isik (aruande p. 8). 04.04.2008 a kirjaga tegi Klient kõigile oma pakkumuste juurde jäänud pakkujatele veelkordselt ettepaneku pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamiseks kuni 30.05.2008 a, millega kõik nõustusid. Seega

olid kõik pakkujad endiselt oma esialgsete pakkumustega seotud ning küsimust pakkumuste hinna muutmise ei saanud hankelepingu sõlmimisel tõusetada.

- 5.1.6. Samuti ei ole õige Riigikontrolli väide (aruande p. 66), et kuivõrd klient ei nõudnud pakkujatel pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamisel enam pakkumuste tagatiste esitamist, võttis Klient endale riski, et pakkumuse teinud firmad võivad pakkumustest taganeda sanktsioonide rakendamist kartmata. Pakkumuse tagatis tagab RHS § 34 lg 1 kohaselt pakkuja poolt hankemenetluse käigus kohustuste täitmata jätmisega tekitatud kahjude hüvitamise. Kui vastavat tagatist ei nõuta, ei tähenda see seda, et hankija ei saaks nõuda pakkujalt hankemenetluse käigus kohustuste täitmata jätmisega tekitatud kahjude hüvitamist, vaid üksnes seda, et vastavat nõuet ei saa maksma panna tagatise arvel. Teisisõnu öeldes ei tähenda pakkumuse tagatise mittenõudmine, et pakkujad võiksid oma pakkumustest taganeda sanktsioonide rakendamist kartmata, kuna hankijal on igal juhul võimalik nõuda pakkujalt hankemenetluse käigus kohustuste täitmata jätmisega tekitatud kahju hüvitamist.
- 5.1.7. Kliendi ehitusriigihangete komisjon otsustas 6.05.2008 kvalifitseerida HD-s nõutud tingimustele teiste seas KMG esitatud pakkumuse. 7.05.2008 otsusega tunnistas sama komisjon KMG pakkumuse vastavaks ning 8.05.2008 tunnistas komisjon KMG pakkumuse edukaks ja otsustas sõlmida KMG-ga lepingu.
- 5.1.8. Klient teavitas KMG-d ja teisi pakkujaid KMG pakkumuse edukaks tunnistamisest 9.05.2008 kirjadega, kusjuures KMG-le saadetud kirjas avaldas ka soovi sõlmida KMG-ga leping ja teavitas KMG-d lepingu allkirjastamiseks ettevalmistamisest.
- 5.1.9. RHS § 4 lg 1 ls 2 järgi kohaldatakse hankelepingule õigusaktides vastava lepingu liigi kohta sätestatud. Antud juhul oli hankelepingu näol tegemist võlaõigusliku töövõtulepinguga. Võlaõigusseaduse (VÕS) § 9 lg 1 järgi sõlmitakse leping pakkumuse esitamise ja sellele nõustumuse andmisega, täpsemalt kui pakkumuse tegija nõustumuse kätte saab tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TsÜS) § 69 lg 2 mõttes.¹ Järelikult – kui riigihankemenetluses on pakkuja teinud pakkumuse, on ta sellega seotud pakkumuse jõusoleku tähtaja lõpuni (RHS § 43 lg 1) ja selle aja jooksul võib hankija anda pakkumusele nõustumuse ning sellega loetakse ka leping sõlmituks. RHS sätestab lepingu sõlmimisele eelneva protseduuri erireeglid, aga lepingu sõlmimine toimub põhimõtteliselt ikkagi pakkumuse tegemise ja sellele nõustumuse andmise skeemi järgi. Seda võib ühemõtteliselt järeldada RHS § 43 lg 1 ja RHS § 69 lg 1 sõnastusest.
- 5.1.10. Seega, iseenesest saab juba hankija 9.05.2008 kirja KMG-le lugeda nõustumuse andmiseks KMG pakkumusele VÕS § 20 lg 1 mõttes, millega võiks lugeda hankelepingu ka sõlmituks. KMG sai antud juhul hankija kirja 9.05.2008 ka kätte. VÕS seab tingimuseks, et aktseptant väljendaks tahet sõlmida leping², mida hankija antud juhul oma 09.05.2008 kirja viimases lõigus kahtlemata ka tegi. RHS seab aga siinkohal nõustumuse andmisele tähtajalise piirangu. RHS § 69 lg 1 kohaselt ei või hankija anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne 14 päeva möödumist pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate edastamisest arvates. Enne eelnimetatud tähtaega hankelepingut sõlmituks lugeda ei saa – see oleks tühine RHS § 69 lg 1 ls 2 järgi.
- 5.1.11. Kuigi RHS § 69 lg 1 kohaselt ei või hankija anda nõustumust hankelepingu sõlmimiseks enne 14 päeva möödumist pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate edastamisest arvates, on kliendi 9.05.2008 väljendatud nõustumust võimalik käsitleda tingimusliku nõustumuse/tahteavaldusena. Ka riigihangete juhise järgi ei tohi hankija tingimusteta nõustumust hankelepingu sõlmimiseks anda enne 14 päeva möödumist pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse kohta teate edastamisest, kuid hankija võib kohe anda tingimusliku

¹ Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 42.

² Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 78.

nõustumuse – s.t nõustumus jõustub vastava tähtaja möödudes³, kui hankija otsuseid selleks ajaks vaidlustatud pole.

- 5.1.12. Järelikult – hankija 9.05.2008 nõustumust KMG-ga lepingu sõlmimiseks tuleb tõlgendada kui tingimuslikku nõustumust – see jõustus tingimuse saabumisel, milleks oli konkurentide poolt eduka pakkuja otsuse vaidlustamata jätmine ja 14 päeva möödumine edukaks tunnistamise teatest. Nõustumus on pakkuja ehk kindlale isikule tehtud tahteavaldus, mida tuleb tõlgendada vastavalt tahteavalduse tegija tahtele, mis antud juhul oli RHS nõuete tõttu ka pakkuja teada TsÜS § 75 lg 1 ls 1 mõttes. Ka mõistliku isiku positsioonilt⁴ on selge, et hankija soovis KMG-ga sõlmida just kehtiva hankelingu. 14 päeva möödumisel ehk 24.05.2008 oli hankija nõustumuse tingimused täidetud ning hankelingu võis RHS nõuetele vastavalt lugeda sõlmituks – selleks ajaks polnud laekunud ühtegi vaidlustust KMG edukaks tunnistamise otsuse peale.
- 5.1.13. RHS § 5 lg 1 järgi tuleb hankelingu sõlmida kirjalikus vormis. Kirjalik vorm tähendab TsÜS § 78 lg 1 järgi tehingudokumendi omakäelist allkirjastamist poolte poolt. TsÜS § 80 lg 1 loeb sellega võrdseks ka digiallkirja andmist. Antud juhul 24.05.2008 poolte vahel kirjalikus vormis hankelingu sõlmitud ei olnud, kirjalik dokument allkirjastati 7.07.2008. RHS § 5 lg 3 järgi ei mõjuta hankelingu kehtivust selle sõlmimise vorm. Järelikult võis hankija antud nõustumuse tingimuse täitumisel (14 päeva möödumisel) hankelingu sõlmituks lugeda, hoolimata kirjaliku vormi puudumisest sel hetkel.
- 5.1.14. Tekib küsimus, milline tähendus anda 7.07.2008 allkirjastatud lepingudokumendile kliendi ja KMG vahel. RHS § 69 lg 2 võimaldab hankelingu pooltel vormistada hankelingu eraldi dokumendina. Seda, et antud teguviis on vabatahtlik, rõhutab ka riigihangete juhise sõnastus.⁵ Kuna enne 24.05.2008 ei saanud klient ja KMG lepingut sõlmida, on loogiline, et neil ei olnud otstarbekas enne seda ka lepingu dokumenti allkirjastada – sellisel juhul oleks hankelingu tulnud muuta samuti tingimuslikuks. Asjaolu, et 24.05.2008 polnud poolte vahel kirjalikus vormis hankelingu, ei mõjuta RHS § 5 lg 3 tulenevalt 24.05.2008 sõlmitud hankelingu kehtivust. 24.05.2008 sõlmiti hankelingu hankija varem antud tingimusliku nõustumuse jõustumisel HD lisas olnud hankelingu näidatud tingimustel. Lepingu kirjalik dokument allkirjastati täpselt samadel tingimustel – selline hankelingu sõlmimine ja kirjaliku dokumendi eraldi hilisem vormistamine on lubatud nii RHS § 69 lg 1 ja 2 kui ka riigihangete juhise nähtuvalt.⁶
- 5.1.15. Hankelingu punkti 3.2. järgi tuli lepingujärgsed tööd lõpetada 18 kuu jooksul hankelingu jõustumisest. Klient ja KMG arvestasid tööde valmimise tähtaega alates 07.07.2008. Leiam, et see ei tähenda, et lepingu peaks lugema sõlmituks alles 07.07.2008. Terminit „hankelingu jõustumine“ kasutab RHS vaid RHS § 34 lg 6 punktis 1, mille järgi tagastab hankija pakkuja pakumuse tagatise 3 tööpäeva jooksul pärast sõlmitud hankelingu jõustumist. Järelikult eristab RHS hankelingu sõlmimist selle jõustumisest, andmata terminile siiski mitte mingisugust definitsiooni. Kuivõrd ka RHS § 69 lg 1 ja 2 eristavad hankelingu sõlmimist ja kirjaliku dokumendi vormistamist, saaks lepingut ja seadust koosmõjus tõlgendada vaid nii, et hankelingu jõustumise all on silmas peetud hankelingu kirjaliku dokumendi vormistamist. Ka RHS § 5 lg 1 nõuab hankelingu kirjalikkude vormi ning kuna RHS § 5 lg 3 võimaldab hankelingu ka ilma selleta kehtivalt sõlmida, tuleks antud juhul hankelingu sõlmituks pidada 24.05.2008 ning jõustunuks pidada 07.07.2008. Viimasest tähtsust alates loeti hankelingu punkti 3.2 järgi ka tööde teostamise tähtaega.
- 5.1.16. Veelgi enam – VÕS § 29 lõikest 1 tulenevalt tõlgendatakse hankelingu lepingupoolte ühisest tegelikust tahtest tulenevalt. Hankelingu puhul tuleb mõnda, et terminite

³ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 161.

⁴ Varult, P. jt. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2010, lk 239.

⁵ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 161.

⁶ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 161.

sisustamisel tuleb lähtuda siiski sõnade üldlevinud tähendusest – vastasel juhul sattuks ohtu riigihangete üldprintsiipide täitmine. Terminit „hankelepingu jõustumine“ RHS ei sisusta. Küll aga on hankelepingu punktis 3.1. selgelt sätestatud, et töövõtjal on õigus tööd alustada lepingu allakirjutamisele järgnenud päeval. Selge on, et hankelepingu kirjaliku dokumendi vormistamise eelselt KMG-l võimalust töid alustada ei olnud. Seega oli igati mõistlik ning poolte tahte vastav, et tööde tegemise tähtaega hakati arvestama alates lepingu kirjaliku dokumendi vormistamisest, mitte lepingu sõlmimisest RHS tähenduses. Põhjus, miks lepingu sõlmimine ja allakirjutamine langesid erinevatele aegadele, olid objektiivsed – lepinguliste tööde täitmise lõplik planeerimine tulenevalt poole aasta pikkusest viivitusest pakkumismenetluses.

- 5.1.17. Seega tuli hankelepingut tõlgendada igal juhul muutunud olude kontekstis – ehkki hankedokumendid ning hankeleping ise lepingu sõlmimist, allakirjutamist ja jõustumist ei defineeri, tuleb mõnda, et lepingu punkte 3.1. ja 3.2. saab RHS-iga kooskõlas tõlgendada vaid nii, et leping jõustus kirjaliku dokumendi allkirjastamisel 07.07.2008, ent leping tuli riigihangete seaduse tähenduses (s.t olenemata terminite hilisemast kasutusest) lugeda sõlmituks juba 24.05.2008. RHS § 69 lg 1 ja 2 võimaldavad lepingu sõlmimist ning kirjaliku dokumendi allkirjastamist eraldada.
- 5.1.18. Lisaks tuleb rõhutada, et pakkumuste jõusoleku tähtaeg on mõeldud eelkõige pakkuja kaitseks. Nimelt on pakkuja oma pakkumusega RHS § 43 lg 1 järgi seotud pakkumuse jõusoleku tähtaja lõpuni. Sellist käsitlust toetavad RHS § 29 lg 1 punktid 1 ja 7, mille järgi hankemenetlus lõpeb muu hulgas hankelepingu sõlmimisega või alternatiivselt kõigi pakkumuste jõusoleku tähtaja lõppemisega, kui ükski pakkuja ei ole nõus pakkumuse jõusoleku tähtaega pikendama. Antud juhul oli kõigi pakkujate pakkumuste jõusoleku tähtaeg vastavalt Kliendi 04.04.2008 tehtud ettepaneku vastustele 30.05.2008. Siiski palus KMG oma 30.05.2008 kirjas lugeda end oma pakkumusega seotuks vähemalt kuni 31.07.2008. Järelikult – isegi kui mingil põhjusel pidada hankelepingut sõlmituks alles 07.07.2008, luges pakkuja end 30.05.2008 kirja järgi ka siis veel pakkumusega seotuks. Veelgi enam – pakkumus peab RHS § 69 lg 1 mõtte järgi olema jõus kuni nõustumuse andmiseni – nõustumus (ehkki tingimuslik) anti aga juba 09.05.2008. Kui KMG oleks leidnud, et 09.05.2008 antud tingimuslik nõustumus ei vasta tema pakkumuse tingimustele, oleks ta VÕS § 21 lg 2 mõttest lähtuvalt pidanud sellest kohe teada andma. Selle asemel teatas KMG veel 30.05.2008, et soovib pakkumusega ka edaspidi seotud olla. Seega ei ole küsimust, et lepingu sõlmimise momendil (24.05.2008 või alternatiivina 07.07.2008) oli KMG pakkumus igal juhul jõus. Samuti tuleb rõhutada, et KMG poolt pole laekunud ühtegi pretensiooni kirjaliku dokumendi vormistamise kohta alles 07.07.2008 – KMG ise sooviski oma 30.05.2008 kirja kohaselt allkirjastamisega oodata.
- 5.1.19. RHS § 29 lg 3 punkti 1 kohaselt lõpeb hankemenetlus hankelepingu sõlmimisega. Kuivõrd antud juhul võib pidada lepingu sõlmimise kuupäevaks 24.05.2008, on ilmne, et vaadeldav hankemenetlus lõppes enne pakkumuste jõusoleku tähtpäeva 30.05.2008. Seda seisukohta ei muuda tõsiasi, et lepingu dokumendi allakirjastamiseni ehk lepingu jõustumiseni jõuti 7.07.2008. Ent isegi kui lugeda leping sõlmituks 7.07.2008, väljendas pakkuja oma 30.05.2008 kirjas selgelt tahet olla ka edaspidi oma hankemenetluses antud pakkumusega seotud ning seega ei saa kuidagi hankelepingut pidada sõlmituks väljaspool riigihanget.
- 5.1.20. Täiendavalt tuleb märkida, et riigihangete seaduse mõtte kohaselt ei ole hankelepingu dokumendi allkirjastamine pakkumuse jõusoleku tähtaja kestel oluline. Väide, et hankeleping ei ole sõlmitud kehtivalt seetõttu, et hankija on küll pakkumuse jõusoleku tähtaja kestel teinud pakkumuse edukaks tunnistamise otsuse, kuid pole jõudnud erinevatel põhjustel lepingu dokumendi allkirjastamiseni, ei ole mitte kellegi huvides, eriti arvestades konkurentide nõustumist hankija valikuga. RHS § 69 lg 1 sätestatud 14-päevaline periood on kehtestatud konkureerivate pakkujate huvides selleks, et neil oleks võimalik oma õiguste kaitseks pöörduda vaidlustusega riigihangete vaidlustuskomisjoni. Kui hankija on teinud pakkumuste jõusoleku ajal otsuse pakkumuse edukaks tunnistamiseks ja seda ei ole ükski pakkumises osalenud pakkuja vaidlustanud, ei ole kellegi õigusi või huve kahjustatud. Seega võib nii

hankija kui ka pakkujate arvestada vastastikuste tahteavalduste kehtimisega ja lepingu sõlmimise lugemisega 14 päeva möödudes eduka pakkumise otsuse tegemisest arvates ka juhul, kui lepingu kirjalik dokument allkirjastatakse pakkumuse jõusoleku tähtajast veidi hiljem.

- 5.1.21. Veelgi enam – hankija 9.05.2008 otsust KMG pakkumuse edukaks tunnistamise kohta said pakkujad vaidlustada RHS § 121 lg 1 järgi hiljemalt 20.05.2008. Selleks kuupäevaks ei olnud laekunud mitte ühtegi vaidlustust. Tähtaeg pakkumuste jõusoleku pikendamise ettepaneku tegemiseks oli RHS § 45 lg 2 järgi kümme päeva enne 30.05.2008 ehk 21.05.2008. Kui tähtajaks polnud laekunud mitte ühtegi vaidlustust, tekib küsimus, miks oleks hankija pidanud veel 1 päev hiljem tegema kõigile pakkujatele ettepaneku pakkumuste jõusoleku tähtaja pikendamiseks. Ainuke võimalus hankemenetluse raames lepingu sõlmimiseks oli 21.05.2008 seisuga vaid pakkujaga KMG. Kuivõrd KMG soovis objektiivsetel põhjustel lepingudokumendi allkirjastamist edasi lükata ning ühtlasi avaldas soovi olla oma pakkumusega seotud ka edaspidi, ei saa kuidagi väita, et hankeleping sõlmiti väljaspool hankemenetlust või RHS nõudeid rikkudes.
- 5.1.22. Tuleb rõhutada, et Riigikontroll ei ole aruandes vähimalgi määral käsitletud KMG poolt Kliendile 30.05.2008 a edastatud kirja õiguslikku tähendust ja tagajärgi, leides, et hankeleping sõlmiti riigihankemenetluse väliselt. Riigikontroll on osundanud vaid sellele, et KMG 30.05.2008 a kirja ei ole registreeritud Kliendi dokumendiregistris (aruande p.71), kuid see asjaolu ei saa mõjuta KMG 30.05.2008 a kirjas sisalduva tahteavalduse kehtivust ja selle tagajärgi. Ka Riigikontroll ei ole aruandes viidanud ühelegi seadusele, mis seaks hankelepingu poole tahteavalduse kehtivuse sõltuvusse sellest, kas see on registreeritud teise poole dokumendiregistris. Tahteavalduse kehtivuse eelduseks on selle kättesaamine teise poole poolt (TsÜS § 69 lg 1) ning praegusel juhul ei ole vaidlust, et Klient on KMG 30.05.2008 a kirja kätte saanud. Seega on Riigikontroll oma hinnangu andmisel jätnud kõnealuse kirjas sisalduva tahteavalduse põhjendamatult arvestamata. Nagu eespool märgitud, väljendas KMG oma 30.05.2008 a kirjas üheselt tahet olla esitatud pakkumusega seotud kuni 31.07.2008 a. Järelikult Riigikontrolli järeldus, mille kohaselt sõlmiti 07.07.2008 a leping KMG ja kliendi vahel hankemenetluse väliselt, kuna RHS § 29 lg 3 p 7 kohaselt lõppes hankemenetlus kõigi pakkumuste jõusoleku tähtaja möödumisel 30.05.2008 a, on ilmselgelt ebaõige.
- 5.1.23. Eeltoodust tulenevalt toome välja, et:
- 5.1.24. a) hankeleping tuli lugeda sõlmituks 24.05.2008 ja seega ei olnud hankemenetlus lepingu sõlmimise ajaks lõppenud RHS § 29 lg 3 p 7 kohaselt
- 5.1.25. b) isegi kui hankeleping lugeda sõlmituks alles 7.07.2008 kirjaliku dokumendi allkirjastamisega, ei olnud ka selleks kuupäevaks hankemenetlus RHS § 29 lg 3 p 7 alusel lõppenud, kuna KMG pikendas oma seotust pakkumusega vähemalt kuni 31.07.2008.

5.2. Kas klient on rikkunud riigihanke läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid?

- 5.2.1. RHS § 3 p 2 kohaselt peab hankija tagama riigihanke läbipaistvuse. Riigihankemenetluse lahutamatuks osaks on ka võrdse kohtlemise põhimõte, mille kohaselt peab hankija kohtlema kõiki isikuid võrdselt ega tohi neid diskrimineerida. Võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetest tulenevalt peab hankija olema hankemenetluses avaldatud tingimustega seotud kuni hankelepingu täitmise lõpuni.⁷ Riigihangete juhisest tulenevalt on „läbipaistvuse tagamise põhimõtte kui võrdse kohtlemise põhimõtte „paarilise” eesmärk tagada ennekoike see, et puuduks oht, et hankija eelistaks kedagi.“⁸
- 5.2.2. Kliendi poolt välja kuulutatud hanke näol oli tegemist projekteerimis-ehitustööde hankega. See nähtub riigihangete registris sisalduva hanketeate punktist II.1.2), mille kohaselt oli riigihanke

⁷ Riigikohtu 12. oktoobri 2011. a lahend asjas nr 3-3-1-31-11.

⁸ Rahandusministeerium. Riigihangete juhis. Tallinn, 2012, lk 13.

nr 101968 objektiks „projekteerimine ja teostamine“. Hanketeade punktis II.1.5) sisalduva hanke lühikirjelduse kohaselt hõlmas hange endas:

- 1) kaide ehitamist: kai nr 16 pikendamist 102 m võrra; kai nr 17 ehitamist kogupikkusega 377,5 m;
- 2) kaidele sajuvee kanalisatsioon, elektri ja veevõtu kohad, vendrid ja vendrikaitse, pollarid PTT1000, päästepostid, navigatsioonimärgid, ca 427 m rööbas-kraanateed ehitamist;
- 3) graniidist nõlvakindlustuse rajamist mahus ca 27 000 m³;
- 4) ca 202 122 m² mereala täitmist. (täite maht ca 1 153 000 m³, millele lisandus ülekoormamiseks vajalik maht 180 000 m³);
- 5) süvendustöid alas ca 161 100 m², süvenduse maht ca 575 000 m³.

5.2.3. Kõik hankedokumendid (edaspidi HD) olid avaldatud ja pakkujatele kättesaadavad. HD punkti 1.7.5 kohaselt pidi pakkujatele olema teada, et tehnilise kirjelduse moodustab eelprojektdokumentatsioon ning töödeks vajalik põhjalikum projektdokumentatsioon tuli esitada hankijale enne ehitustöödega alustamist. Vajalike tööprojektide koostamine kuulus hanke mahtu sama punkti kohaselt.

5.2.4. HD-s sisalduva „tööde mahtude ja maksumuste kokkuvõtte“ tabeli koostamise aluseks oli AS Merin poolt koostatud eelprojekt, mille olemus pidi samuti olema kõikidele (s.h potentsiaalsetele) pakkujatele teada. Seda, et tegu on vaid eelprojektiga, rõhutas hankija ka kõigile pakkujatele 23.11.2007 saadetud kirja nr 9-6/2472 punktis 1.

5.2.5. Ka hankelepingu projektist, mis oli HD osa ja seega kõikidele pakkujatele kohustuslik ja nähtav, pidi kõigile pakkujatele olema arusaadav, et hange hõlmab ka projekteerimistöid, sh põhiprojekti koostamist. Hankelepingu projekti p. 1.1 kohaselt oli lepingu objektiks projekteerimise ja ehitamise töövõtt. Lepingu projekti p. 5.2 järgi pidi töövõtja koostama töö osaks oleva projektdokumentatsiooni, lähtudes lepingust ja lähteülesandest. Lepingu projekti p. 5.16 kohaselt pidid projekteerimistööd vastama mh Eesti Vabariigi standarditele. Sarnase nõude kehtestab hankelepingu preambulas viidatud Projekteerimise Töövõtulepingu Üldtingimused 2004 punktile 1.3. Vastavalt HD juhiste lisa 1 vorm II tabelile (rida 14) pidid pakkujad esitama pakkumustes ka projekteerimistööde maksumuse.

5.2.6. Projekteerimistegevust reguleeris hanke teostamise ajal standard EVS 811:2006.

5.2.7. Standardi EVS 811:2006 (edaspidi Standard) punkti 3.4 kohaselt on eelprojekt ehitusprojekti esimene kõiki projektiosi sisaldav staadium, mis koosneb seletuskirjast ja joonistest ning on kooskõlastamiseks, ehitusloa taotluse menetlemiseks ja ehitusloa väljaandmiseks. Punkti 11.2 kohaselt lisanduvad eelprojektile ülesanded konstruktsioonide, tehnosüsteemide ja tehnoloogia projekteerijatelt. Punkti 11.3 kohaselt tuleb eelprojektiis määratleda üksnes hoone põhiliste konstruktsioonelementide tehnilised näitajad ja ligikaudsed mõõtmed.

5.2.8. HD juhiste lisa 1 vorm II tabeli märkuste punkt 6 nägi ette, et muud materjalid ja tooted, mida Tabelis pole, kuid mis on tööde teostamiseks vajalikud, arvatakse töövõtu hulka. Sama tuleneb HD punktist 8.6. HD juhiste lisa 1 vorm II tabeli märkuste punkti 7 kohaselt võisid pakkujad pakkuda Tabelis nimetatud seadmete ja materjalide tootjate asemel ka samadele tehnilistele nõuetele ja kvaliteedile vastavaid analooge.

5.2.9. Eelneva põhjal on selge, et pakkujad pidid lähtuma eelprojektist ja koostama põhiprojekti, milles võisid näha ette muudatusi eelprojektiga võrreldes. Muudatuste tegemise võimaldamine eelprojekti ei ole aga hankemenetluse/hankedokumentide tingimuste muutmine. Standardi punkti 3.5. kohaselt on põhiprojekt ehitusprojekti staadium, mis määratleb tehnilised lahendused ehituspakkumiste korraldamiseks vajaliku detailsusega. Punkti 10 kohaselt peab põhiprojekt

olema sellise detailsusega, mis võimaldab ehitusmaksumuse määramist. Punkti 12.3 kohaselt tuleb projektis määratleda kandekonstruksioonide tehniline lahendus, materjalid ja mõõtmed. Eeltoodust tulenevalt ei saanud HD tehnilises kirjelduses sisalduv projekt olla kuidagi põhiprojekt – vastasel juhul ei oleks lubatud selle muutmist, mis aga selgesõnaliselt lubatud oli. Rõhutame, et HD tehnilises kirjelduses sisalduv tabel materjalide ja tööde hindadega. Tabeli põhjal (s.t ilma jooniste, plaanide, skeemide, arvutusteta) ei ole võimalik tööprojekti koostada ega ehitama asuda. Seega ei saanud HD tehnilises kirjelduses kuidagi olla põhiprojekt, vaid kindlasti eelprojekt.

- 5.2.10. Nagu ülal märgitud, on klient korduvalt ka kirja teel suunanud pakkujate tähelepanu asjaolule, et HD-s sisalduv tabel on koostatud eelprojekti alusel, mis tähendab, et pakkumuses on lubatud teha muudatusi võrreldes eelprojektiga (näiteks on klient lubanud pakkujatel kasutada teiste parameetritega terastoru vaiu, kui tagatud on vajalik kandevõime).⁹ Klient on teavitanud kõiki pakkujaid asjaolust, et kui projektis toodud tööde teostamiseks on vajalikud täiendavad tööd, muud materjalid või tooted, siis võib täiendavaid töid teha, materjale ja tooteid kasutada, need kuuluvad töövõtu hulka ning need tuleb lisada tabelisse.¹⁰ Ühetimõistetavuse huvides on klient pakkujatele teatanud, et muudatused eelprojekti on lubatud eeldusel, et tegemist ei ole alternatiivse lahendusega ning et tabelisse lisatakse uus positsioon ja olemasolev eemaldatakse, mitte ei muudeta.¹¹ Samuti on klient pakkujaid teavitanud ka sellest, mida käsitletakse alternatiivse lahendusena. Alternatiivseks lahenduseks loeb klient teistsuguse kaitüübi projekteerimist, kui on ette nähtud eelprojekti.¹²
- 5.2.11. Klient on järginud hankemenetluse algatamisel avaldatud tingimusi kogu hankemenetluse kestel. Muu hulgas on Klient hoolitsenud selle eest, et kõik pakkujad oleksid informeeritud hankemenetluse tingimustest ja hankemenetluses toimuvast. Näiteks on Klient kõiki pakkujaid informeerinud asjaolust, et kai konstruktsioonide maksumuse hindamisel peavad pakkujad lähtuma kogu hanke, s.o Muuga sadama konteinerterminali laiendamise, lõpphinnast – tööde käigus projekteerimisel ja mahtude muutmisel kogu lepingu hind ei muutu.¹³ Täiendavalt on Klient teavitanud pakkujaid asjaolust, et kõik pakkujate küsimustele antud vastused kuuluvad lepingu juurde.¹⁴ Sama klausel sisaldub HD-s avaldatud hankelingu punkti 5.2. esimeses lauses.
- 5.2.12. Järelikult on Klient teavitanud kõiki pakkujaid sellest, et HD tehnilises kirjelduses sisalduv on eelprojekt. Samuti anti kõigile pakkujatele teada, et kai konstruktsioonide muutmisel lepingu lõpphind ei muutu. Lisaks täpsustati, et alternatiivse lahenduse all mõeldakse teistsuguse kaitüübi projekteerimist. Kai konstruktsiooni ning seega ka ühtlasi eelprojekti järgse töö muutmine oli lubatud ning see tuli välja nii HD tingimustest¹⁵ kui pakkujate küsimustele antud vastustest.¹⁶
- 5.2.13. Lisaks tuleneb juba projekteerimis- ja ehitustöövõtu hanke olemusest, et töövõtjal on õigus ja isegi kohustus ise määrata ning koostada projekt, mille kohaselt ta tellitud objekti rajab. Kõigile potentsiaalsetele pakkujatele oli see ka HD sõnastusest lähtuvalt teada. Projekteerimistöö etapilisuse põhimõttest tulenevalt eelnebki eelprojekt põhi- ning tööprojektile. Lisaks on üldteada põhimõtte, et ükski järgnev projekteerija ei lähtu „pimesi“ eelmise projekteerija koostatud projektist ning arvestades, et pakkuja pidi ühtlasi projekti ka ellu viima, on loomulik,

⁹ 28.11.2007 kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele KMG poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

¹⁰ 23.11.2007 kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

¹¹ 23.11.2007 kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele KMG poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

¹² 23.11.2007 kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

¹³ 29.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele KMG poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

¹⁴ 4.12.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele Dredging International N.V poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest. Vastus nr 3.

¹⁵ HD punkt 1.7.5; HD lisa I vormi II tabeli märkused 6 ja 7.

¹⁶ 23.11.2007 Kliendi kiri nr 9-6/2472 pakkujatele AS Merko Ehitus poolt esitatud küsimustest ja kliendi antud vastustest.

et ta teeb sinna ka enda töökorraldusest ja –plaanist tulenevaid muudatusi. Eelprojekt on koostatud vaid ja ainult põhjusel, et anda mingisugunegi tehniline kirjeldus ning suunis pakkujatele, nagu RHS § 31 lg 2 p 2 seda nõuab. Eelprojekti järgi ei ole mitte kuidagi võimalik objekt kohe ka valmis ehitada.

- 5.2.14. Võttes arvesse asjaolu, et HD-s on avaldatud hankemenetluse tingimused ning hankemenetluse kestel on Klient avaldatud hankedokumente koos lisadega järginud ja täiendavalt teavitanud kõiki pakkujaid hankemenetluse tingimustest ja hankemenetluses toimuvast, on Klient taganud nii pakkujate võrdse kohtlemise kui hankemenetluse läbipaistvuse ega ole seetõttu loonud mõnele pakkujale soodustingimusi või eeliseid. Veelgi enam – ebavõrdselt ei ole koheldud ka potentsiaalseid pakkujaid – kogu riigihange viidi läbi HD tingimuste kohaselt, nagu RHS § 31 lg 1, § 43 lg 2 ja § 46 lg 1 seda nõuavad.
- 5.2.15. Tulenevalt eeltoodust on ekslikud Riigikontrolli aruandes (p. 37) esitatud väited, mille kohaselt ei olnud pakkumuse kutse dokumentidest võimalik aru saada, et pakkujad võivad hanke tehnilist kirjeldust mitte järgida ning et Klient andis pakkujatele selle kohta vastakaid selgitusi. Tegelikult said kõik pakkujad üheselt aru, et hanke tehnilise kirjelduse järgimine ei ole kohustuslik (sh võib muuta kai konstruktsiooni), mida kinnitab ka Riigikontrolli aruandes väljatoodud asjaolu, et esitatud kuuest pakkumusest neli nägid ette kaide kandekonstruktsiooni muutmist (aruande p.39). Kuna hanke tehnilise kirjelduse (sh kaide konstruktsiooni) mittejärgimise lubatavus tulenes juba algsetest pakkumuse kutse dokumentidest, on ekslik ka Riigikontrolli seisukoht, et kaide konstruktsiooni muutmise lubamist tuleb käsitleda hankedokumentide muutmisenä, mida RHS-i kohaselt tohtinuks teha mitte hiljem kui 26 päeva enne pakkumuste esitamise tähtaega (aruande p.38). Nagu Riigikontroll on viidanud, ei tõstatanud ükski hankekonkursil osalenutest küsimust riigihangete korraldamise reeglite rikkumisest, mis on ka igati mõisteta, kuivõrd riigihangete reeglite rikkumist tegelikult ei esinenud.
- 5.2.16. Riigikontrolli väited kliendi poolt riigihangete reeglite rikkumise kohta põhinevad lõppastmes sisuliselt arusaamal, et pakkujatele esitatud hanke tehniline kirjeldus kujutas endast tegelikult põhiprojekti, mille järgimine oli pakkujatele kohustuslik. Nagu eespool selgitatud, on selline käsitus ekslik – tegemist oli tehnilise kirjeldusega, mille koostamist nõudis RHS (§ 31 lg 2 p.2, § 32) ja mis sisaldas seaduses ettenähtud andmeid. Siinkohal on kummastav asjaolu, et Riigikontroll ei ole oma aruandes RHS §-s 32 sätestatule mingit tähelepanu pööranud, vaid on asunud hindama hanke tehnilise kirjelduse olemust lähtudes majandus- ja kommunikatsiooniministri määrusest „Nõuded ehitusprojektile“ (aruande p.-d 25 ja 36). Siinkohal on Riigikontroll jättnud tähelepanuta, et eelnimetatud määrus on võetud vastu majandus- ja kommunikatsiooniministri poolt alles 17.09.2010 a ning seega on täiesti meelevaldne kasutada nimetatud määruses sätestatud 2007 a sügisel alanud hankemenetluses koostatud dokumentide analüüsimisel ja hindamisel.
- 5.2.17. Kokkuvõtlikult tuleb nentida, et Riigikontrolli aruandes esitatud etteheited kliendile seoses hankedokumentide ebaselgusega on põhjendamatud. Klient on hankemenetluses küsinud hankekonkursil osalenutelt pakkumusi hanke tehnilises kirjelduses kavandatud omadustega kai projekteerimiseks ja ehitamiseks, mitte pakkumusi hanke tehnilises kirjelduses näidatud konstruktsiooniga kai rajamiseks. Seega on Klient toiminud täpselt nii, nagu ta Riigikontrolli seisukoha (aruande p. 44) järgi olekski pidanud toimima. Klient ei ole riigihanke läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtteid kuidagi rikkunud.

5.3. Kas 9.02.2009 kokkuleppe puhul on tegemist hanklepingu muutmisega?

a) Kas 9.02.2009 kokkuleppe on hanklepingu muutmine?

- 5.3.1. 9.02.2009 kokkuleppe kohaselt on tegemist lisaga 7.07.2008 allkirjastatud töövõtulepingule. Klient ja KMG leppisid kokku, et edaspidise lepingu täitmise käigus lähtutakse täiustatud projektdokumentatsioonist, sest hanke objektiks oli nii projekteerimine kui ka ehitus.

Projektdokumentatsiooni täiustati kaikonstruktsiooni koormustaluvuse osas. Täpselt samasuguse lahenduse esitas juba oma pakkumuses üks pakkujatest – Skanska EMV – küsides sellest aga oluliselt kallimat hinda. Järelikult ei ole kuidagi võimalik seda hankelepingu muudatuseks pidada.

- 5.3.2. Projektdokumentatsiooni täpsustamine ei ole käsitletav lepingu muutmisenä eelnevalt nimetatud põhjustel – projektdokumentatsiooni täpsustamine ja seejärel objekti valmishitamine oligi pakkuja ülesandeks. HD-s sisaldus üksnes eelprojekt ja pakkujad pidid alles peale lepingu sõlmimist alustama põhiprojekti koostamist HD punkti 1.7.5. ja HD lisas olnud hankelepingu punktide 1.1, 5.1 ja 5.2 kohaselt. Järelikult on selge, et võrreldes esialgse eelprojektiga oli edasise projekteerimise käigus teatavate muudatuste tegemine lubatud ja võimalik.
- 5.3.3. Veelgi enam – kokkuleppe punkti 3 järgi jäid hankelepingu sätted muutmata. Muutmata jäid sealhulgas ka hankelepingu olulised tingimused: täitmise hind – 860 630 056 krooni (ilma käibemaksuta) ja täitmise tähtaeg. Nimelt oli hankelepingu lisas oleva tööde tabeli järgi juba alguses (s.t ka 07.07.2008 dokumendi järgi) hankelepingu täitmise summa sisse arvestatud ettenägematute tööde varu 5 % (umbes 2,5 miljonit eurot). Kuivõrd kai kandekonstruktsioonide tugevdamise lisakulu 1,85 miljonit eurot oli ettenägematu kulutus ning mahtus ühtlasi nimetatud reservi piiridesse, ei ole kuidagi õigustatud 9.02.2009 kokkuleppe nimetamine hankelepingu muutmiseks. Samuti jäi piisavalt üle ka edaspidisteks ettenägematuteks kulutusteks (lõpptulemusena kogu reservi ära ei kasutatudki). Tegemist oli 07.07.2008 allkirjastatud hankelepingu lisaga, sest täpsustas, milleks ettenägematute kulutuste reservi osaliselt kasutama hakatakse.
- 5.3.4. **b) Kui 09.02.2009 kokkuleppe on käsitletav hankelepingu muutmisenä, siis kas see oli RHS kohaselt lubatud?**
- 5.3.5. Isegi kui käsitleda projektimuudatust ja 9.02.2009 kokkulepet ka hankelepingu muutmisenä, oleks see RHS § 69 lg 3 sätestatud regulatsioonist tulenevalt lubatud. Nimelt võimaldab viidatud säte hankelepingu muutmises kokku leppida, 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 hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine. RHS § 69 lg 4 seab täiendava eelduse – hankija ei või hankija hankelepingu muutmises kokku leppida, kui muutmise taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega.
- 5.3.6. Järelikult on hankelepingu muutmine lubatud järgnevatel kumulatiivsetel tingimustel:
- a) muutmise tingivad objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha
 - b) hankelepingu muutmata jätmise korral satuks täielikult või olulises osas ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine
 - c) muutmise taotletavat eesmärki ei ole võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega
- 5.3.7. Järgnevalt põhjendame, miks antud juhul olid kõik nimetatud tingimused täidetud. Põhjendustes lähtume sellest, et 9.02.2009 kokkuleppe puudutas suurema tõstejõuga kraana paigaldamisest tingitud projektimuudatusi kai konstruktsioonide koormustaluvuse osas.
- 5.3.8. a) muutmise tingisid objektiivsed asjaolud, mida ei olnud hankijal võimalik hankelepingu sõlmimise ajal ette näha
- 5.3.9. Klient planeeris hankemenetlust Muuga konteinerterminali laiendamiseks väga pika aja (umbes 7 kuud) vältel – kaaluti erinevaid lahendusi, analüüsiti turuolukorda jne. Seejuures oli Kliendil võimalik lähtuda vaid ja ainult ettenähtavast turusituatsioonist ning konkurentsiolekorrast konteinerterminalide turul. RHS § 3 punktist 1 tuleneva rahaliste vahendite säästliku kasutamise

põhimõttest lähtudes ei saanud klient kuidagi ehitada „igaks juhuks“ konteinerterminali laiendust, mis oleks võimaline prognoositust oluliselt suuremaid laevu ja kaubakoguseid vastu võtma.

- 5.3.10. Hankemenetluse ajal sai Klient seega lähtuda varasemast kogemusest, mille järgi piisas, et kai kandevvaid taluksid kraana koormust 500 kN/m. Sellise ratta- ehk rööpakoormusega kraana oleks olnud täiesti piisav Muuga ning teisi Läänemere sadamaid tavaliselt külastanud aluste ja kaubakoguste vastuvõtmiseks. Veelgi enam – hankemenetluse lõpuni ei olnud Muuga sadamat külastanud mitte ükski kaubalaev, mis suuremat kraanat vajanuks ning polnud ka ettenähtav, et selline laev nähtavas tulevikus Muuga sadamasse satuks. Tegelikult lähtus isegi planeeritud rööpakoormus 500 kN/m kohta sellest, et Muuga sadamat hakkavad külastama võimsamad laevad kui kunagi varem. Seega jättis Klient hankemenetlust ning hankedokumentide tehnilist kirjeldust koostades endale optimaalse kasvuruumi konteinervedude turul.
- 5.3.11. 2008. aasta aprillis pöördusid kliendi poole Hiina ettevõtja Ninbo Port Group Ltd spetsialistid, kellega algasid läbirääkimised Maardusse konteinerterminali opereerimiseks. Läbirääkimiste faasis ei olnud Kliendil mitte ühtegi põhjust eeldada, et Hiina ettevõtte on plaanis Maardu sadamat hakata kasutama senistest oluliselt suuremate laevade lastimiseks ja lossimiseks – sellist infot ei olnud. Seega ei saanud Klient isegi arvata, et partnerlus Hiina ettevõttega võinuks toona kulgenud ning läbirääkimiste kestel ka lõppenud hankemenetlust mõjutada. Muuga sadama kai nr 17 kraana rööpakoormuse küsimus tõusetus esialgu vaid korra ning ka siis leidis Hiina ettevõtte esindaja oma 16.05.2008 kirjas Kliendile, et soodsate tuuleolude tõttu võiks kraana kandevõimet isegi vähendada.
- 5.3.12. Lootus, et Hiina ettevõtjast võiks saada Muuga konteinerterminali operaator tekkis aga alles 21.07.2008, kui Eestit külastas Ninbo Port Group ametlik delegatsioon. Alles läbirääkimiste lõppfaasis ehk oluliselt pärast 24.05.2008 hankelepingu sõlmimist ja 07.07.2008 hankelepingu kirjaliku dokumendi allkirjastamist, ilmnes vajadus kraana rööpakoormuse tõstmiseks ning seega kai kandevõime suurendamiseks. Varem ei olnud teada, et Hiina ettevõtjad plaanivad Muuga sadamasse väga suuri konteinerlaevu laskima asuda. Senisest turuolukorrast lähtudes võis vastupidi eeldada, et kui ka Hiina ettevõttest saab kliendi partner, jäävad Muuga sadamat siiski külastama vaid sama suured alused kui varem. 28.08.2008 saatis Klient vastupidise vajaduse ilmnemisel kohe ka kirja KMG-le kai merepoolsete vaiade kandevõime suurendamiseks ja palus edaspidi aluseks võtta rattakoormus 79 tonni.¹⁷
- 5.3.13. Eeltoodust tulenevalt oli senisest olulisest suuremate konteinerlaevade Muuga sadamasse sisenemise soov ja seega vajadus võimsama kraana järele Kliendile ettenägematu objektiivne asjaolu. Hankemenetluse planeerimise ajal, hankemenetluse käigus ega ka hankemenetluse sõlmimise hetkeks ei olnud selline sündmuste kulg kuidagi ette ennustatav. Konteinerterminalide turu põhjaliku analüüsi tulemused ning konkurentsituatsioon Läänemere sadamate vahel ei õigustanud „igaks juhuks“ võimsama kraana paigaldamisega arvestamist. Oluline on märkida, et suurema kandevõimega kraana kasutamise tegelik vajadus sõltus ja sõltub siiani terminali operaatori, mitte kliendi otsusest ja see pidi selguma lõplikult operaatori leidmise järgselt. Kliendilt ei saanud oodata senise turuolukorra põhimõttelise muutumise ette nägemist ega sellega arvestamist.
- 5.3.14. Lisaks tuleks analüüsida, kas Kliendi juhtorgani liikmed pidid oma hoolsuskohustust järgides konteinerterminali laiendamise riigihanke korraldamisel kohe arvestama oluliselt suuremate laevadega. Vastus sellele on eitav. Nimelt näeb nn Business Judgment Rule ehk ärilise õigustatuse reegel ette, et juhtorgani liige peab käituma (1) heas usus, (2) nagu tegutseks samas olukorras mõistlik juhtorgani liige ja (3) tegutsema aktsiaseltsi parimates huvides.¹⁸ Kusjuures loetelust teise kohustuse alla käib nii otsuste vastuvõtmiseks piisav informeeritus kui põhjendamatute riskide mittevõtmine. Selge on, et hankemenetluse planeerimise faasist kuni

¹⁷ Kliendi 28.08.2008 kiri nr 9-7-31/614.

¹⁸ Vt RKTKKo nr 3-2-1-36-06, 3-2-1-41-05, 3-2-1-45-03.

hankelepingu sõlmimiseni ei olnud Kliendil mitte mingisugust kindlat infot, mis võimaldanuks oletada, et sadamat asuvad külastama suuremad laevad kui seni. Samuti oli selge, et „igaks juhuks“ võimsama konteinerterminali ehitamine oleks põhjendamatult riski võtmine – Hiina ettevõtjate esialgne huvi koostöö vastu ei saanud ei ärilisest kultuurist ega mastaapide erinevusest tulenevalt kuidagi tähendada, et ka koostööks läheb. Seda on kinnitanud ka järgnev sündmuste kulg. Seega oli hankemenetluse vältel igati põhjendatud ja isegi nõutav riskeerimise ning liigsete lootuste ülespuhumise vältimine. Lähtudes vaid tollal kindlalt teada olevast infost ja statistikast, käitus Klient ning selle juhatuse liikmed igati õiguspäraselt ja oma hoolsuskohustusele vastavalt.

- 5.3.15. Järelikult oli Klient piisavalt põhjalikult analüüsinud konteinervedude turgu ja konkurentsituatsiooni ning sellest lähtuvalt ei saanud kuidagi ette näha vajadust suurema kraana järele. Asjaolu, et hiljem selline vajadus ilmnes, ei saa *a priori* tähendada, et klient oleks pidanud seda hankeprotsessi läbi viies ning hankelepingut sõlmides ette nägema. Ettenähtavuse hindamiseks tuleb end objektiivse *ex ante* vaatlejana paigutada toonasesse ajahetke. Eelnimetatud põhjustel ei olnud siis suurte laevade tulek ettenähtav.
- 5.3.16. b) hankelepingu muutmata jätmise korral oleks täielikult või olulises osas sattunud ohtu hankelepinguga taotletud eesmärgi saavutamine
- 5.3.17. Hanke eesmärgiks oli Muuga sadama konteinerterminali laiendamine selleks, et tagada Tallinna Sadama konkurentsivõime Läänemere regioonis. Selleks oli vaja muu hulgas pakkuda Muuga sadamas kaasaegseid konteinerterminalteenuseid, milleks oli ja on omakorda vaja kaasaegset taristut. Vajaliku infrastruktuuri hulka pidid kuuluma muu hulgas ka piisava võimsusega kraanad ja neile vastupidavate konstruktsioonidega kaid.
- 5.3.18. Nagu eelpool märgitud, oli esmalt tuvastatud vajadus kuni 500 kN/m rööpakoormusega kraanade järele. Läbirääkimiste käigus operaatorfirmaga selgus, et hanke eesmärgi täitmiseks ehk konkurentsivõimelise sadamainfrastruktuuri loomiseks on vaja 790 kN/m rööpakoormusega konteinerkraanat. Järelikult hanke eesmärgi täitmiseks vajalike tööde omadused muutusid selles osas.
- 5.3.19. Klient otsustas taotletud eesmärgi saavutamiseks ootamatult muutunud oludes esialgselt kavandatud kraana rööbastee alust kandekonstruktsiooni tugevdada lasta, et tulevasele terminali operaatoril oleks soovi korral võimalik kasutada esialgselt kavandatust võimsamat kraanat.
- 5.3.20. Projektimuudatuse teostamine alles eelprojekti staadiumis oli kõikidest lahendustest kahtlemata kõige odavam ega kujutanud endast muudatust riigihanke objektis, milleks oli Muuga sadama konteinerterminali laiendamine. Oluline on märkida, et suurema kandevõimega kraana kasutamise tegelik vajadus sõltus ja sõltub siiani terminali operaatori, mitte Kliendi otsusest ja see pidi selguma lõplikult operaatori leidmise järgselt.
- 5.3.21. Kliendi eesmärk ja vajadus oli tagada konkurentsivõimelise terminali rajamine selleks, et leida terminalile perspektiivikas operaator. Kui kandevaia tugevust ei oleks eelprojekti faasis muudetud, võinuks see seada ohtu Tallinna Sadama konkurentsivõime säilimise. Juhul kui strateegilise tähtsusega ning tulevikus kasvuväljavaatega Aasia konteinertransiidi vood oleks lastud suunduda teistesse Läänemere sadamatesse, mis oleksid kiiremini reageerinud, oleks Muuga konteinerterminali laiendamine üldse mõttetuks muutunud – ei oleks olnud mingit ratsionaalset põhjust laiendada terminali, mida tulevikus keegi kasutada poleks soovinud. Seega oleks hankelepinguga taotletud eesmärk kui mitte täielikult, siis ebaproportsionaalselt olulises osas ohtu sattunud.
- 5.3.22. Selge on, et Klient pidi ülalnimetatud hanke eesmärgi täitmiseks kiirelt vastama võimaliku operaatorfirma soovide muutustele, eriti kuna hankelepingu kogumaksumusega (55 miljonit eurot) võrreldes moodustas tugevamate kandevaiade paigaldamise summa (1,85 miljonit eurot) vaid 3,4 % ning mahtus hankelepingu 07.07.2008 allkirjastatud kirjalikus dokumendis ettenägematuteks kulutusteks ette nähtud summa (2,5 miljonit eurot) piiresse.

- 5.3.23. Järelikult ei ole kahtlust selles, et hankelingu 09.02.2009 lisakokkuleppe nr 1 sõlmimata jätmisel oleks hanke eesmärk – Muuga sadamasse konkurentsivõimelise sadamainfrastruktuuri loomine kontainervedudeks – olulises osas kui mitte isegi täielikult ohtu sattunud.
- 5.3.24. c) muutmisega taotletavat eesmärki ei olnud võimalik saavutada uue hankelingu sõlmimisega
- 5.3.25. RHS § 69 lg 4 keelab hankelingu muutmises kokku leppida, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelingu sõlmimisega.
- 5.3.26. Hankelingu muutmisega taotletav eesmärk oli, et projekteeritav ja ehitatav sadamakai taluks suuremat kraana rööpakoormust. Laiem eesmärk seejuures oli Muuga sadama konkurentsivõime säilitamine muutunud turusituatsioonis ning kiire reageerimine võimalike lepingupartnerite muutuvatele soovidele.
- 5.3.27. Selge on, et 24.05.2008 sõlmitud ja 07.07.2008 allkirjastatud ning Muuga sadama kontainerterminali projekteerimiseks ja ehitamiseks mõeldud hankelingu üheks esemeks oli ka Muuga sadamakai nr 17 ehitamine. Kui selle sama kai osade kandelementide omaduste muutmiseks tulnuks korraldada uus riigihange ja sõlmida uus hankelingu, oleks uue hankelingu ese kattunud kai ehitamise osas vana omaga. Tekkinud oleks absurdne olukord, kus kahe erineva lepingu järgsed kaks erinevat töövõtjat oleksid pidanud mõlemad ehitama sama kai, samasse kohta, aga erinevate omadustega. Veelgi enam – KMG-ga sõlmitud hankelingu lõpetamiseks poleks olnud mitte ühtegi seaduslikku alust. Riigihangete juhises on välja toodud, et hankija peaks sõlmima uue hankelingu, kui uute asjaolude ilmnemisel tekkivate lisatööde tegemine on esialgse hankelingu esemest lahutatav.¹⁹ Antud juhul on selge, et muuta tuli sama töö omadusi, mitte lisatöid teha. Samuti poleks uue hankelingu ese olnud vana omast kai ehitamise küsimuses kuidagi (ei juriidiliselt ega füüsiliselt) lahutatav. Oleks tekkinud küsimus, kuidas saavad kahe kehtiva hankelingu alusel teha kaks töövõtjat ühte ja sama tööd täpselt samas kohas ja saavutada seejuures kaks erinevate omadustega tulemust.
- 5.3.28. Lisaks on riigihangete juhises nagunii sätestatud, et RHS § 69 lõiget 4 tuleb tõlgendada kitsendatult kooskõlas Euroopa Kohtu seisukohtadega – vastasel juhul välistaks kõnealune säte igasuguse hankelingu muutmise.²⁰
- 5.3.29. Euroopa Kohtu lahendi kohaselt keelab Euroopa Liidu hankeõigus hankelingu selliste muudatuste tegemise, mis oma sisult kujutavad *de facto* uut hanget.²¹ Samas lahendis on välja toodud, et menetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamiseks tuleb kehtiva riigihankelingu klauslite muutmist pidada uue riigihankelingu sõlmiseks juhul, kui need muudatused on algse riigihankelingu tingimustest oluliselt erinevad ja kui neist ilmneb järelikult poolte soov pidada uusi läbirääkimisi lepingu oluliste tingimuste osas.
- 5.3.30. Järelikult tuleb 09.02.2009 kokkuleppe lubatavuse hindamisel analüüsida, kas sellega muudeti oluliselt hankelingu selle oluliste tingimuste osas või mitte. Olulisteks tingimusteks peetakse üldiselt lepingu eset ja hinda.²² Antud juhul võiks lepingutingimuste oluliseks muudatusteks pidada seega lepinguliste tööde mahu olulist muutust või lepingu hinna olulist muutust.
- 5.3.31. 09.02.2009 kokkuleppe kohaselt muudeti projektdokumentatsiooni osas, mis võimaldas kai merepoolsed kandevaiad projekteerida võimsamaks. Projektdokumentatsiooni, mis käsitleb hanke muid osi, s.o terve Muuga sadama kontainerterminali laiendamist, ei muudetud. Kai merepoolsete kandevaiade võimsamaks projekteerimine kui projektdokumentatsioonis lubatud

¹⁹ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 163.

²⁰ Rahandusministeerium. Riigihangete juhise. Tallinn, 2012, lk 162.

²¹ C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH vs. Republik Österreich (Bund)*.

²² Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 101.

muudatuste tegemine puudutas vaid üht ja maksumuselt väga väikest osa kogu hanke maksumusest, mistõttu ei kujuta selliste muudatuste tegemine endast mitte mingil juhul *de facto* uut hanget. Seetõttu ei saa 09.02.2009 kokkulepet hanke ühe osa projektdokumentatsiooni täiustamise kohta käsitleda hankelepingu kui terviku muudatusena. Samuti ei olegi ülal toodud põhjustel võimalik kandevaiade osas uut hankelepingut sõlmida – muutunud tööd ei oleks ei füüsiliselt ega juriidiliselt saanud teha keegi muu kui juba lepingupartneriks olnud KMG.

- 5.3.32. 09.02.2009 kokkuleppega kliendi ja KMG vahel ei muutunud 07.07.2008 allkirjastatud kirjalikus lepingudokumendis sätestatud hind üldse või kui muutus, siis ebaoluliselt. Nimelt oli nii 07.07.2008 kui 09.02.2009 kokkuleppe järgi hankelepingu täitmise hinnaks ikka 860 360 056 krooni ehk umbes 55 miljonit eurot. Kusjuures, 07.07.2008 allkirjastatud hankelepingu lisas oleva tööde tabeli järgi kuulus sinna sisse varu ettenägematuteks töödeks summas umbes 39 miljonit krooni ehk 2,5 miljonit eurot (5% tööde maksumusest, arvestamata projekteerimistöid ja muid kulusid). Seda, et tööde lõppsumma sisse jääb ka 5-protsendiline varu, oli teada juba HD lisas olnud sama tabeli järgi. 09.02.2009 kokkuleppe järgi lepingu lõppsumma (860 360 056 krooni) ei muutunudki, vaid tugevamale kaikonstruktsioonile kulunud lisasumma u 29 000 000 krooni ehk 1,85 miljonit eurot arvestati ettenägematute tööde varu sisse, nagu algses hankelepingus ette nähtud oligi. Tähelepanu tuleb juhtida sellele, et eelnimetatud põhjustel oli kai konstruktsiooni muutmise vajadus ettenägematu töö ning sellisteks ootamatusteks töö lõpphinna sisse planeeritud varu mõeldud oligi. Teiseks on 1,85 miljonit eurot väiksem summa kui reserviks ette nähtud 2,5 miljonit eurot ehk tegelikult jäi ka 09.02.2009 kokkuleppe järgselt varu ettenägematuteks kulutusteks summas umbes 9,9 miljonit krooni ehk 650 000 eurot. Seega, lõppsumma osas 09.02.2009 hankeleping tööde hinda ei muutnudki – see jäi täpselt samaks. Kui aga isegi pidada ettenägematuteks töödeks mõeldud varu osalist kulutamist hinna muutmiseks, siis kai konstruktsioonide tugevdamiseks mõeldud 1,85 miljonit eurot moodustas hankelepingu kogumaksumusest (55 miljonit eurot) vaid 3,4%. Rõhutada tuleb seda, et isegi pärast seda jäi ettenägematuteks kulutusteks veel varu. Lisaks ei saa 3,4-protsendilist hinnamuutust kuidagi oluliseks pidada, eriti kuna tegelikult jäi lõpphind täpselt samaks.
- 5.3.33. Riigihangete portaali korduma kippuvate küsimuste rubriigis²³ on välja toodud, et ehitustööde hankelepingu puhul saab hankelepingut muuta, kui tellitakse samalt pakkujalt esialgses projektis või hankelepingus mittesisaldunud, kuid esialgses hankelepingus kirjeldatud ehitustöödeks või teenuste osutamiseks ettenägematute asjaolude tõttu vajalikuks osutunud täiendavaid ehitustöid või teenuseid kuni 20 protsendi ulatuses esialgse hankelepingu maksumusest, kusjuures selliseid täiendavaid ehitustöid või teenuseid ei saa tehniliselt või majanduslikult esialgse hankelepingu esemest eraldada ilma hankijale suuri kulutusi põhjustamata või on täiendavad ehitustööd või teenused esialgse hankelepingu täitmiseks vältimatult vajalikud.
- 5.3.34. Eeltoodud põhjendustel võib kindlasti väita, et nii tööde maht kui hinna muutus jäid oluliselt alla 20% piiri (u 3,4%). Veelgi enam – tööde lõppsumma tegelikult ei muutunudki, kuna reserv oli juba algselt ette nähtud. Samuti ei olnud võimalik uut hankemenetlust korraldada, kuna uue hankelepingu ese oleks täielikult kattunud KMG-ga sõlmitud hankelepingu omaga. Riigikontrolli seisukoht, mille kohaselt oleks algses hankelepingus fikseeritud kvalitatiivselt (tegelikult küll üksnes kandevõimelt) erineva kai ehitamiseks pidanud klient korraldama uue hankemenetluse (aruande p. 88), on ülaltoodud põhjustel ekslik. Riigikontrolli seisukohta utreerides võiks väita, et hoone ehitamise tellinud hankija peaks korraldama uue hankemenetluse nt hoonele algselt kavandatud põrandakatetest erineva (vastupidavamate) põrandakatete kasutamiseks. See ei oleks ilmselgelt kooskõlas ehitustööde riigihanke eesmärgi ja mõttega. Samuti tekiks jällegi küsimus, kuidas kahe kehtiva hankelepingu alusel hakkavad kaks erinevat töövõtjat sama tööd (ehkki erinevate omadustega) tegema.
- 5.3.35. Eeltoodust tulenevalt leiame, et 09.02.2009 kokkuleppega tegelikult hankelepingut ei muudetudki. Kui aga isegi 09.02.2009 kokkulepet hankelepingu muudatuseks nimetada, oli see RHS ja EL kohtu praktika nõuetele vastav ning seega kõigiti lubatud ja seaduslik.

²³ <https://riigihanked.riik.ee/lr1/web/guest/105>

5.4. Kas kliendile on hankemenetluse tulemusena tekkinud kahju?

- 5.4.1. Riigikontrolli hinnangu kohaselt on kliendile tekkinud kahju esiteks selle tulemusena, et klient aktsepteeris põhjendamatult kai kandevõime suurendamisest tulenevat töövõtja nõuet summas 28,9 miljonit krooni (umbes 1,85 miljonit eurot). Teiseks leiab Riigikontroll, et klient põhjustas endale 9 miljoni krooni suuruse lisakulu sellega, et jättis hankekonkursil osalenutele edastamata info Naissaare maardlas esineda võivate lõhkekehade kohta. Alljärgnevalt on käsitletud kahju tekkimise küsimust samas järjekorras.
- 5.4.2. HD-s sisalduva tabeli punkti 13 kohaselt oli pakkujatele ettenägemata tööde puhuks võimaldatud 5% varu. 07.07.2008 allkirjastatud lepingu punkti 2.1 kohaselt oli lepingu hinnaks 860 630 056 krooni ehk umbes 55 miljonit eurot. Kliendi ja KMG vahelise lepinguga ette nähtud varu suurus umbes 39 miljoni krooni ehk 2,5 miljonit eurot. 09.02.2009 kokkuleppe järgse täiustatud tabeli kohaselt lepingu lõpphind (55 miljonit eurot) ei muutunud, vaid lisakulutused 1,85 miljonit eurot arvestati niigi ettenähtud reservkulude hulka. Samuti jäi varusse endiselt umbes 650 000 eurot.
- 5.4.3. 09.01.2009 kirjaga nr 002 teavitas KMG Klienti asjaolust, et projektdokumentatsioonis tehtud konstruktsiooniline muudatus toob kaasa lisakulutuse 28 857 499 krooni (umbes 1,85 miljonit eurot). Eelnevast on üheselt selge, et projektdokumentatsioonis tehtud muudatus mahub lepingus ette nähtud 5-protsendilise varu (kokku umbes 2,5 miljonit eurot) sisse, mistõttu ei ole kliendile projektdokumentatsioonis tehtud muudatuste näol kuidagi kahju tekkinud.
- 5.4.4. Täiendavalt tuleb märkida, et 31.12.2009 Kliendi ja KMG vahel sõlmitud teise lisakokkuleppega vähendati lepingu hinda 849 204 744 kroonini ehk umbes 54,3 miljoni euroni, mis on vähem, kui esialgses hankelepingus sisaldunud hind 55 miljonit eurot. Eelnevast arvesse võttes võib järeldada, et kliendile ei ole hankemenetluse tulemusena tekkinud kahju, küll aga on võrreldes esialgse kokkuleppega tekkinud kasu. Veelgi enam – väiksema summa eest on saadud parem ja turusituatsioonile vastav objekt.
- 5.4.5. Analoogselt võiks kahju tekkimise tuvastamisel kasutada võlaõiguses tuntud diferentsihüpoteesi. Selle järgi on isikule kahju tekkinud, kui tema hüpoteetiline varaline olukord (ilma väidetavalt kahju tekitanud tegevuseta) oleks parem kui praegune tegelik olukord.²⁴ Antud juhul oleks Kliendi hüpoteetiline olukord olnud see, et hankelepingu täitmise eest oleks algse kokkuleppe järgi tulnud maksta umbes 55 miljonit eurot. Lisaks oleks saanud klient sellisel juhul nõrgema kandevõimega kai. Tegelik olukorra järgi on klient maksnud umbes 700 000 eurot vähem ja saanud tugevama kandevõimega (ehk eelduslikult ka väärtuslikuma) kai. Järelikult ei ole ei diferentsihüpoteesi ega puhtalt matemaatilise loogika järgi Klient Muuga sadama kontainerterminali laiendamise riigihankel ja hankelepingu täitmisel mingit kahju saanud.
- 5.4.6. Riigikontrolli hinnang Kliendile kahju tekkimise kohta põhineb sisuliselt väitel, et selleks hetkeks, kui Klient teatas töövõtjale projekteeritava kai kandevõime suurendamise vajadusest, oli töövõtja juba koostanud uue projekti, mis nägi ette kai esiseinas suuremate (jämedamate) toruvaiade kasutamise, mis võimaldas kasutada kail Kliendi poolt soovitud võimsamaid kraanasid. Riigikontroll leiab sellest tulenevalt, et vaiu ei olnud vaja enam suuremate vastu vahetada (kuna töövõtja oli suuremate vaiade kasutamise uues projektis juba ette näinud), mistõttu töövõtja nõue lepinguliste tööde maksumuse suurendamiseks (esialgses hankelepingus ettenähtud varu arvel) ligi 28,9 miljoni krooni (1,85 miljoni euro) võrra oli alusetu. Riigikontroll on märkinud, et Klient oleks pidanud sellest aru saama, kui ta oleks töövõtja tellimusel koostatud uue projektiga tutvunud, ning leiab, et Klient ei näidanud siinkohal üles piisavat hoolsust.

²⁴ Varul, P. jt. Võlaõigusseadus I kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura, 2006, lk 437.

- 5.4.7. Ülaltoodud Riigikontrolli hinnangud on ebaõiged. Esiteks ei ole Riigikontrolli aruandes viidatud mingitele asjaoludele ega dokumentidele, millest saaks järeldada, et teatades töövõtjale kai kandevõime suurendamise vajadusest oli Klient teadlik töövõtja poolt koostatud uue projekti olemasolust. Riigikontroll on viidanud sellele, et töövõtja oli uue projekti saatnud ekspertiisi 2 päeva enne Kliendilt kai kandevõime suurendamist nõudva kirja saamist, kuid jääb arusaamatuks, miks oleks Klient pidanud sellest asjaolust teadlik olema. Siinkohal tuleb arvestada, et projektile ekspertiisi teinud isikud olid töövõtja lepingupartnerid, mitte Kliendi lepingupartnerid. Teiseks, isegi juhul, kui Klient oleks olnud teadlik, et töövõtja on koostanud uue projekti, mis võimaldab saavutada võimsamate kraanade jaoks vajaliku kandevõime, puudus Kliendil igasugune alus nõuda töövõtjalt kai ehitamist just uue (ja kallima) projekti alusel. Nagu Riigikontrolli aruandeski märgitud, oli töövõtja algselt kavandanud kai ehitamise väiksemate toruvaiadega ning olukorras, kus sellisel viisil oleks saavutatud hankelepingu järgi nõutav kai kandevõime, olnuks töövõtjal kahtlemata õigus ehitada kai odavamalt esialgselt kavandatu kohaselt.
- 5.4.8. Riigikontroll on aruandes (p. 107) märkinud, et Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi hinnangu kohaselt oli 17. kai töövõtja poolt algselt kavandatud kujul (väiksemate toruvaiadega) ebapiisava kandevõimega, et sinna oleks saanud paigaldada Kliendi poolt algselt kavandatud kraanasid. Sellest on Riigikontroll järeldanud, et algselt kavandatud toruvaiade asendamise vajadus ei tulenenud mitte Kliendi nõudest kai kandevõime suurendamiseks, vaid sellest, et suuremate toruvaiade kasutamine oli mõõdapääsmatu juba töövõtja poolt algselt valitud lahenduse teostamiseks. Siinkohal on Riigikontroll jätnud täielikult arvestamata temale auditi käigus esitatud dokumendid ja asjaolud, mis kinnitavad üheselt, et 17. kai töövõtja poolt algselt kavandatud kujul oli sinna algselt kavandatud kraanade jaoks täiesti piisava kandevõimega. Samas ei ole Riigikontroll selliste dokumentide ja asjaoludega mitteametlikult ka millegagi põhjendanud.
- 5.4.9. Klient on 09.04.2012 kirjaga edastanud Riigikontrollile OÜ Estkonsult poolt teostatud kontrollarvutuste tulemused, mis näitavad töövõtja poolt algselt kavandatud kai kandevõime piisavust ning milles on ära näidatud ka põhjused, millest tulenes Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi (hr A. Parts'i) poolt Riigikontrollile algselt antud hinnangu ekslikkus. Kliendile teadaolevalt on OÜ Estkonsult esindajad ja hr A. Parts omavahel arutanud hinnangute erinevusi ning selle tulemusena on jõutud üksmeelele, et Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi poolt Riigikontrollile antud hinnang ei olnud õige. Sellest on informeeritud ka Riigikontrolli (Kliendi finantsjuhi 09.04.2012 a e-kiri peakontrolör Tarmo Olgo'le), kuid kummalisel kombel ei ole Riigikontroll seda asjaolu oma aruandes kajastanud ega arvestanud. Samuti ei ole Riigikontroll arvestanud asjaolu, et üks pakkujatest (Skanska EMV AS) oli hankemenetluses esitatud pakkumuses näinud põhimõtteliselt ette samasuguse lahenduse nagu KMG poolt algselt kavandatu, mis samuti kinnitab töövõtja poolt algselt kavandatud kai kandevõime piisavust. Seega Riigikontrolli väide, et 17. kai oli töövõtja poolt algselt kavandatud kujul ebapiisava kandevõimega ka algselt kavandatud kraanade jaoks, on ebaõige ning vastuolus Riigikontrollile esitatud dokumentidega ja asjaoludega, mida arusaamatutel põhjustel ei ole aruandes käsitletud.
- 5.4.10. Hankelepingu juurde 09.02.2009 a sõlmitud lisast 1 tuleneb üheselt, et Klient nõustus lepinguliste tööde maksumuse suurendamisega 28,9 miljoni krooni võrra (esialgses hankelepingus ettenähtud varu arvel) konkreetset seetõttu, et tasuda töövõtjale kai kandevõime suurendamisest tulenevad kulud. Seega on meelevaldne Riigikontrolli järeldus (aruande p. 101), et töövõtja tasu suurendamist võib käsitleda terase hinna tõusust tekkinud lisakulutuste osalise või täieliku hüvitamiseni, mis ei olnud kooskõlas hankelepinguga. Esitatud dokumentidest ei nähtu, et töövõtja oleks mistahes ajal nõudnud Kliendilt terase hinna tõusu hüvitamist või et Klient oleks seda töövõtjale pakkunud. Sellest tulenevalt on täiesti asjakohatud ka Riigikontrolli arutlused seoses terase hinna tõusu ja langusega hankemenetluse ja hankelepingu täitmise perioodil ning sellest töövõtjale tekkida võinud kasu või kahjuga.

- 5.4.11. Eeltoodust tulenevalt on täiesti meelevaldne väide, et eelnimetatud 28,9 miljonit krooni (1,85 miljonit euro) on Kliendile tekkinud kahju.
- 5.4.12. Riigikontroll on asunud seisukohale, et Klient põhjustas endale ligi 9 miljoni (8 990 179) krooni (u 575 000 euro) suuruse lisakulu, jättes hankekonkursil osalenud isikud informeerimata lõhkekehade esinemise võimalikkusest Naissaare maardlates, kust pidi tarnitama ehitustöödeks vajalik kogus liiva. Riigikontroll on viidanud, et lõhkekehade tingitud plahvatuste tõttu tekkisid töövõtjale lisakulud ca 16,7 miljoni krooni suuruses summas, mille hüvitamist töövõtja Kliendilt nõudis, ning kompromissina lepidi hankelepingu juurde 31.12.2009 a sõlmitud lisas nr 2 kokku töövõtja tasu suurendamises ligi 9 miljoni krooni võrra.
- 5.4.13. Esiteks on ebatäpne väita, et Kliendile ülalmärgitud kulu tekkimine oli tingitud asjakohase informatsiooni avaldamata jätmisest hankekonkursil osalenud isikutele. Lõhkekehade olemasolu tekitas kahju konkreetsele töövõtjale (KMG), kes oli lõhkekehade esinemise võimalikkusest vaieldamatult teadlik. Nagu Riigikontrolli aruande projektis (p. 51) on märgitud, oli Klient varasemal Muuga sadama laienduseks korraldatud hankekonkursil kõiki konkursil osalenud isikuid lõhkekehade olemasolu võimalikkusest informeerinud, kusjuures varasemal konkursil olid osalenud ka KMG konsortsiumikaaslased (Per Aarsleff A/S ja Rohde Nielsen A/S). Seega olid nii Klient kui töövõtja hankelepingu sõlmimisel lõhkekehade olemasolu võimalikkusest Naissaare maardlas tegelikult teadlikud.
- 5.4.14. Samas olid mõlemad pooled hankelepingu sõlmimisel olukorras, kus täpsemad andmed võimalike lõhkekehade koguse ja asukoha kohta puudusid ning neid ei olnud võimalik ka hankida. Tallinna Tehnikaülikooli Meresüsteemide Instituut oli 2006. aastal teostanud Naissaare maardla magnetomeetrilise uuringu, mille käigus tuvastati üksikud suuremad metallesemad, st võimalikud lõhkekehad (millede asukoht tehti töövõtjale teatavaks), kuid viidatud uuring ei võimaldanud tuvastada väiksemaid (alla 5 kg kaaluvaid) metallesemeid. Sellist uuringut, mis võimaldaks tuvastada väiksemaid lõhkekehasid (enamik lõhkekehasid Naissaare maardlates on nimelt sellised), ei ole Eestis teadaolevalt võimalik teha.
- 5.4.15. Ülaltoodust tulenevalt ei ole praegusel juhul küsimus selles, et Klient ei teavitanud töövõtjat lõhkekehade võimalikust esinemisest Naissaare maardlas (ka hankelepingu juurde 31.12.2009 a sõlmitud lisas nr 2 ei ole märgitud, et töövõtja sellisest ohust teadlik ei olnud), vaid selles, et pooled ei leppinud hankelepingu sõlmimisel kokku lõhkekehade tuleneda võiva kahju jagunemises. See oli Kliendi teadlik valik, kuivõrd ühelt poolt oleks olnud ilmselgelt ebamõistlik jätta kõik võimalikest lõhkekehade tulenevad riskid töövõtja kanda ning teisalt puudusid mõistlikud ja majanduslikult otstarbekad võimalused vastavate riskide maandamiseks. Nagu Riigikontrolli aruandes (p. 51) on märgitud, oli Klient varasemal Muuga sadama laienduseks korraldatud hankekonkursil seadnud tingimuseks, et kõik pakkujad kindlustaksid end lõhkekehade plahvatusest tekkida võivate kahjude vastu vähemalt 15 miljoni krooni ulatuses, samuti et töövõtja kohustuks mitte esitama Kliendi vastu nõudeid tulenevalt lõhkekehade (sealhulgas lõhkekehade plahvatusega) seotud kahjudest. Kuna varasem hankemenetlus lõppes lepingut sõlmimata (mõlemad esitatud pakkumised lükati tagasi kui hanke piirmäära ületavad), ei selgunud ka asjaolu, kas Eestis tegutsevad kindlustusandjad pakuvad üldse kindlustust taolise kindlustusrisi vastu. Teiseks oli Klient varasemal hankekonkursil palunud pakkumistes ära näidata ka nende töövõtja tööde maksumuse, mis on vajalikud laskemoona ja lõhkeainete väljaselgitamiseks ja eemaldamiseks. Esitatud pakkumiste kohaselt oli vastavate tööde maksumuseks ühel juhul 15 406 369 krooni (KMG konsortsiumikaaslaste Per Aarsleff A/S ja Rohde Nielsen A/S pakkumine) ja teisel juhul 11 562 710,51 krooni. Seda arvestades pidas Klient põhjendatult tõenäoliseks, et samasuguste tingimuste esitamine ka uues hankemenetluses tooks kaasa pakkumiste kallinemise suuremas ulatuses, kui oleks lõhkekehade olemasolust tekkida võiva kahju suurus. Samuti tuli arvestada, et isegi kui töövõtja oleks kindlustanud end lõhkekehade plahvatusest tekkida võivate kahjude vastu Kliendi poolt nõutavas ulatuses, kuid tegelik kahju oleks osutunud suuremaks, oleks töövõtja tõenäoliselt nõudnud kliendilt ikkagi kindlustussummat ületava kahju hüvitamist.

- 5.4.16. Kokkuvõtlikult tuleb asuda seisukohale, et Kliendil puudus mõistlik ja majanduslikult otstarbekas võimalus lisakulude vältimiseks seonduvalt võimalike lõhkekehade esinemisega Naissaare maardlas. Kliendi vastutus lõhkekehade tuleneda võiva kahju eest oleks olnud välistatud üksnes juhul, kui selles oleks hankelepingus sõnaselgelt kokku lepitud. Olukorras, kus lõhkekehade kogus ja täpne asukoht oli teadmata ning seetõttu ei olnud võimalik lõhkekehade lähtuvat ohtu vältida ega nende tõttu tekkida võiva kahju suurust ka ligikaudselt hinnata, oli ebareaalne, et pakkujad (töövõtjad) nõustuksid vastava riski võtma täies ulatuses enda kanda.
- 5.4.17. Lisaks tuleb märkida, et Riigikontrolli poolt viidatud summa (8 990 179 krooni) tasumine KMG-le ei olnud tingitud üksnes lõhkekehade esinemisest Naissaare maardlas ja töövõtjale sellest tulenenud lisakuludest. Nagu selgelt nähtub hankelepingu lisast nr 2, mis allkirjastati Kliendi ja KMG vahel 31.12.2009 a, oli lisaks erimeelsustele lõhkekehade esinemisest tingitud kahju hüvitamise küsimuses tekkinud poolte vahel vaidlus ka hankelepingu sõlmimisel töövõtjale esitatud geoloogilise aruande õigsuse üle (kokkuleppe preambula p. 4). Töövõtja leidis, et IPT Projekti juhtimise OÜ poolt koostatud aruanne (hankelepingu lisa nr 4.2.4) ei vastanud tegelikkusele, st pinnas oli aruandes näidatust teistsugune, mistõttu hakkasid vaiad vajuma ja tõusetus küsimus lisatööde tegemise vajadusest. Oma väidete tõendamiseks oli töövõtja asunud teostama täiendavaid pinnaseuuringuid, kontrollimaks Kliendi poolt esitatud aruande vastavust tegelikkusele. 31.12.2009 a allkirjastatud kokkuleppe p.-s 4 leppisid aga pooled kokku, et töövõtja loobub kõikidest (sh lõhkekehade olemasolust tingitud) kahjunõuetest Kliendi vastu, samuti kõikidest töövõtja poolt teostatavate pinnaseuuringute tulemustest sõltuvatest võimalikest nõuetest Kliendi vastu ning sama kokkuleppe p. 1 kohaselt muudetud projekti või muude poolte vahel kokku lepivate lahenduste alusel teostatavate töödega seonduvalt. Seega on ebaõige väita, et KMG tasu suurendati ligi 9 miljoni krooni võrra üksnes selleks, et hüvitada töövõtjale Naissaare maardlas lõhkekehade esinemisest tingitud lisakulutused (aruande p-d 49 ja 55).
- 5.4.18. Täiesti arusaamatuks jääb siinkohal Riigikontrolli aruandes märgitu (p. 55 ja 110), mille kohaselt võttis klient endale osavastutuse lõhkekehade inimestele tekkida võivate vigastuste eest. Seda, millistel asjaoludel ja õigusaktidel selline järeldus põhineb, ei ole Riigikontroll vähimalgi määral põhjendanud.
- 5.4.19. Samuti tuleb märkida, et 31.12.2009 a kokkuleppe sõlmimine ja kompromissina töövõtjale makstava tasu suurendamine tagas ka hankelepingu täitmise jätkamise ja lõpetamise töövõtja poolt. Eksisteeris reaalne oht, et kui töövõtja poolt Kliendile esitatud nõuete (sealhulgas, kuid mitte ainult, lõhkekehade tingitud lisakuludest tulenevate nõuete) osas kokkuleppele ei jõuta, siis oleks töövõtja tööde teostamise peatanud või sootuks lõpetanud. Nagu Riigikontrolli aruande projektis (p. 103) on nenditud, võib töövõtja kulutuste suurenemine temast sõltumatutel asjaoludel sellises ulatuses, et temale töö eest lubatud tasust ei piisa nende katmiseks, tuua kaasa töövõtjale rahaliste raskuste tekkimise ja seetõttu tööde katkestamise, mis ei ole kindlasti ka hankija huvides.
- 5.4.20. Rõhutame ka seda, et kui eeltoodud 1,85 miljonile eurole liita 31.12.2009 kokkuleppe järgne 575 000 eurot, jäi see ikkagi väiksemaks kui ettenähtud reserv (2,5 miljonit eurot).
- 5.4.21. Eeltoodust tulenevalt on nii formaalselt kui sisuliselt selge, et Kliendile ei ole tekkinud kahju.

6. ÕIGUSLIKU ARVAMUSEGA SEONDUVA KLAUSLID

- 6.1. Käesolev õiguslik arvamus on koostatud vastavalt kliendi poolt püstitatud ülesandele meie analüüsiks esitatud dokumentide ja muu info põhjal ja lähtudes arvamuses toodud eeldustest. Käesolev õiguslik arvamus on antud tuginemiseks ainult kliendile ja ainult kliendi poolt osundatud konkreetse juhtumiga seonduvalt.

- 6.2. Õigusliku arvamuse näol on tegemist advokaadi asjatundliku seisukohaga konkreetses õiguslikku laadi küsimuses. Arvamus ei ole seadusjõuga.
- 6.3. Õigusliku arvamuse koostamisel on eeldatud kliendi poolt esitatud andmete vastavust tõesust. Arvamuse koostamisel ei ole kliendi poolt esitatud andmeid kontrollitud. Oleme eeldanud, et meile on kliendi poolt antud teada kõigist asjaoludest, mis võivad olla käesoleva arvamuse seisukohalt olulised.
- 6.4. Analüüsitud dokumentide puhul on sõltumata sellest, kas tegu on originaaldokumentide või koopiatega, eeldatud dokumentide autentsust, välja arvatud õiguslikus arvamuses välja toodud erandid.
- 6.5. Kui ülaltoodud eeldused ei pea paika, võivad õigusliku arvamuse järeldused olla olulisel määral ebaõiged.
- 6.6. Õiguslikust arvamusest juhendumisel võivad tähtsust omada seda täpsustavad ja täiendavad suulised või kirjaliku selgitused.
- 6.7. Advokaadibüroo Tamme Otsmann Ruus Vabamets ja Advokaadibüroo Kaevando & Partnerid ei võta endale kohustust arvamust ilma igakordse täiendava kokkuleppeta täiendada või muuta lähteandmete või asjakohase õigusliku regulatsiooni muutumisel.

Küsimuste ja kommentaaride korral palun võtke meiega kindlasti ühendust.

Lugupidamisega

ALLKIRJASTATUD DIGITAALSELT

Taivo Ruus

vandeadvokaat

ALLKIRJASTATUD DIGITAALSELT

Marko Kaevando

vandeadvokaat

Lisa 4: Tallinna Tehnikaülikooli ehitiste projekteerimise instituudi täiendav selgitus oma eksperdihinnangu kohta

Lp hr. Tarmo Olgo

Peakontrolör

Riigikontroll

Vastuseks Teie e-mailile 04. septembril 2012

Pärast kohtumisi OÜ Estkonsult inseneridega ei pea vajalikuks Muuga sadama kai nr 17 kohta esitatud ekspertarvamuse tulemusi muuta. Põhjendan:

1. Minu arvutuste alusmaterjal on loetletud ekspertarvamuses. See loetelu sisaldab ka OÜ Estkonsult poolse projektdokumentatsiooni arvutusi, mis vastavad tegelikule kai olukorrale. Nimetatud alusmaterjal andis algtingimused ekspertarvamuse arvutuste teostamiseks.
2. OÜ Estkonsulti arvutus „Muuga sadama kai nr 17 alternatiivse konstruktsioonilahenduse kontrollarvutus“ 05.04.2012 on teostatud teiste algtingimuste kohta. See on uute andmetega ülesanne, mis annabki teise tulemuse. Miks see annab teise tulemuse, on esitatud nimetatud arvutuse lõpus: tegelikus olukorras on esiteks täitepinnas kõrgem ja teiseks kinnitussmoment on väiksem.

OÜ Estkonsult esindajate ja Aldur Parts'i vahel peetud arutluste käigus taibati mõlemapoolselt koheselt, et erinevate tulemuste põhjuseks on erinevad algandmed. TTÜ Ehitiste projekteerimise instituudi poolt esitatud hinnang Muuga sadama kai nr 17 kohta on õige.

Lugupidamisega

Aldur Parts

Allkirjastatud digitaalselt

06. september 2012

Lisa 5: ASi Tallinna Sadam 9.5.2008. a kiri KMG Inseneriehituse ASile



Sadama 25, 15051 TALLINN
Registri kood 10137319

tel 631 8555, faks 631 8166

Aktsiaselts **TALLINNA SADAM**

www.ts.ee ts@ts.ee

Hr Indrek Pappel
Ühispakkumuse volitatud esindaja
KMG INSENERIEHITUSE AS
Pirita tee 20p
10127 TALLINN

Teie 08.05.2008 nr 5-8/005

Meie 09.05.2008 nr 9-6/614

Muuga sadama konteinerterminali laiendamine
Riigihange 101968

Lugupeetud härra Pappel

Täname KMG INSENERIEHITUSE AS (11399376), PER AARSLEFF A/S (CVR kood 24 25 77 97) ja ROHDE NIELSEN A/S (CVR kood 19 68 55 35) esitatud ühispakkumuse eest Muuga sadama konteinerterminali laiendamise projekteerimis-ehitustöövõtu riigihanke 101968 avatud hankemenetlusele.

Teavitame Teid, et AS Tallinna Sadam ehitusriigihangete komisjon otsustas 09.05.2008:

Turnistada edukaks ühispakkujate KMG INSENERIEHITUSE AS (11399376), PER AARSLEFF A/S (CVR kood 24 25 77 97) ja ROHDE NIELSEN A/S (CVR kood 19 68 55 35) ühispakkumuse maksumusega 860 630 056 (kaheksasada kuuskümmend miljonit kuussada kolmkümmend tuhat viiskümmend kuus) krooni, millele lisandub käibemaks.

Soovime sõlmida KMG INSENERIEHITUSE AS-iga lepingu Muuga sadama konteinerterminali laiendamise projekteerimis-ehitustööde teostamiseks vastavalt esitatud ühispakkumusele ja maksumusega 860 630 056 (kaheksasada kuuskümmend miljonit kuussada kolmkümmend tuhat viiskümmend kuus) krooni, millele lisandub käibemaks.

Lepingu allkirjastamiseks valmistab ette pr Miina Halilova, tel 6 319 553.

Lugupidamisega


Peeter Nõgu
Ehitusjuht

M-A Stöör 6 318 012

VANASADAM
Sadama 25
15051 TALLINN
tel 631 8454
faks 631 8377
e-post vanasadam@ts.ee

MUUGA SADAM
Maardu tee 57
74115 MAARDU
tel 631 9502
faks 631 9144
e-post muuga@ts.ee

PALDISKI LÖUNASADAM
Rae põik 10
76806 PALDISKI
tel 631 8800
faks 631 8803
e-post paldiski@ts.ee

PALJASSAARE SADAM
Paljassaare 28d
10213 TALLINN
tel 631 8800
faks 631 8803
e-post ts@ts.ee

SAAREMAA SADAM
Ninase küla, Mustjala vald
93613 SAAREMAA
tel 610 0703
faks 610 0704
e-post saaremaa@ts.ee