

14. august 2016

Õiguslik analüüs „FIDIC lepingutingimuste kooskõla riigihangete seaduse lepingu muutmise regulatsiooniga“

| | | |
|-------|--|----|
| I. | SISSEJUHATUS | 1 |
| II. | KOKKUVÕTE | 1 |
| III. | EUROOPA KOHTU PRAKTIKA HANKELEPINGU MUUTMISE OSAS..... | 3 |
| IV. | HANKELEPINGU MUUTMINE EUROOPA LIIDU HANKEDIREKTIIVIDES..... | 5 |
| V. | HANKELEPINGU MUUTMINE EESTI ÕIGUSES..... | 8 |
| VI. | MUUDATUSE TÄHENDUS FIDIC PUNASES JA KOLLASES RAAMATUS | 9 |
| VII. | EUROOPA LIIDU RIIGIHANKEÕIGUSEST TULENEVAD PIIRANGUD FIDIC ÜLDTINGIMUSTEST TULENEVALE MUUTUSTELE..... | 14 |
| VIII. | KASUTATUD ALLIKAD | 19 |

I. SISSEJUHATUS

1. Advokaadibüroo Eversheds Ots & Co on käesoleva analüüsi teostanud rahandusministeeriumi tellimisel.
2. Analüüsi eesmärgiks on rahandusministeeriumi poolt seatud lähteülesande kohaselt analüüsida FIDIC (Insenerkonsultantide Rahvusvaheline Föderatsioon) punase ja kollase raamatu üldtingimuste punkte, mis käsitlevad lepingu muutmise regulatsiooni ning hinnata nende kooskõla kehtiva RHS § 69 lg 3 ja 4 ja uutest riigihankedirektiividest tuleneva hankelepingute muutmise õigusliku regulatsiooniga ja kohtupraktikas kinnitust leidnud põhimõttega, et lepingu muudatused on lubatud, kui selline võimalus oli hanke algingimustes ette nähtud, ehk kas ja millised FIDIC punase ja kollase raamatu üldtingimuste sätete alusel tehtavad muudatused on kooskõlas kehtiva riigihangete regulatsiooniga.
3. Analüüsi autor advokaadibüroo Eversheds Ots & Co ei võta endale mistahes vastutust analüüsis tehtud järeldustele tuginemise ja sellest tulenevate tagajärgede eest. Kuigi uutes riigihankedirektiivides sisalduva hankelepingu muutmise regulatsiooni näol on tegemist Euroopa Kohtu praktika täpsustamise ja edasi arendamisega, puudub Euroopa Kohtu praktika uute riigihankedirektiivide kohaldamise kohta. Samuti puudub Euroopa Kohtu praktika FIDIC lepingutest tulenevate Muudatuste, korrigeerimiste ja nõuete kooskõla kohta riigihankeõigusest hankelepingu muutmisele tulenevate piirangutega. Seetõttu on analüüsi peatükis VII tehtud järeldused üksnes käesoleva analüüsi autori arvamus.
4. Analüüsis kasutatakse suure algustähga sõnu samatähenduslikult FIDIC üldtingimustes defineerituga.

II. KOKKUVÕTE

EVERSHEDS OTS & CO

5. **Järeldused Euroopa Kohtu praktikast (analüüsi peatükk III)**. Tulenevalt vajadusest kaitsta riigihankemenetluse läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise printsiipi on Euroopa Kohus mitmetes kaasustes analüüsinud riigihanke teel sõlmitud hankelepingu muutmise lubatavust ning asunud seisukohale, et:
- (1) Hankelepingu oluline muutmine ei ole lubatud ehk kui tegemist on olulise muudatusega, siis tuleb selle saavutamiseks viia läbi uus hankemenetlus. Muudatuse olulisust hinnatakse Euroopa Liidu riigihankeõiguse tähenduses (Presstext kaasus).
 - (2) Hankelepingu muutmine, sh oluline muutmine, on lubatud, kui muudatuse võimalus koos detailsete reeglitega on hanke alusdokumentides ette nähtud (Succhi di Frutta kaasus).
 - (3) Hankelepingu ebaoluline muutmine Euroopa Liidu riigihankeõiguse tähenduses on lubatud.
6. **Järeldused Euroopa Liidus kehtivatest hankedirektiividest (analüüsi peatükk IV)**. Euroopa Kohtu seisukohti hankelepingu muutmisele seatud piirangute osas on täpsustatud ja edasi arendatud 2014. aastal jõustunud nn uutes hankedirektiivides. Näiteks direktiivi 2014/24/EL kohaselt on hankelepingu muutmine lubatud järgmistel juhtudel:
- (1) Muutmine on lubatud, kui muudatus on rahaliselt väheväärtuslik (artikli 72 lõige 2).
 - (2) Muutmine on lubatud, kui muudatus on ebaoluline (artikli 72 lõige 4).
 - (3) Muutmine on lubatud, kui muudatuse võimalus on lepingus nõuetekohaselt ette nähtud (artikli 72 lõike 1 punkt a).
 - (4) Muutmine on lubatud, kui lisatarnete tellimine on võimalik vaid seniselt lepingupartnerilt (artikli 72 lõike 1 punkt b).
 - (5) Muutmine on lubatud, kui muudatuse järgi esineb ettenägematu vajadus (artikli 72 lõike 1 punkt c).
 - (6) Muutmine on lubatud, kuid muudatuse sisuks on töövõtja asendamine (artikli 72 lõike 1 punkt d).
7. **Järeldused Eestis kehtivast õigusest (analüüsi peatükk V)**. Eestis kehtiva hankelepingu muutmise regulatsiooni sisu (RHS § 69 lg 3-5) grammatilisel tõlgendamisel võiks asuda seisukohale, et hankelepingu muutmine ei olegi põhimõtteliselt lubatud. Selline järeldus oleks aga ebamõistlik ja vastuolus nii Euroopa Liidus kui ka Eestis kehtivate riigihankeõiguse üldpõhimõtetega. Seetõttu tuleks Eestis kehtivat regulatsiooni tõlgendada:
- (1) Euroopa Kohtu praktika valguses selliselt, et ka Eestis kehtivad hankelepingu muutmisele üksnes samasugused piirangud nagu on nähtud ette Euroopa Kohtu praktika kohaselt.
 - (2) Euroopa Liidus kehtivate hankedirektiivide valguses selliselt, et ka Eestis on hankelepingu muutmine lubatud samadel juhtudel, kui on sätestatud hankedirektiivides. Sellist järeldust toetab asjaolu, et Eesti kavatseb Euroopa Liidu hankedirektiivides toodu üle võtta, kuid ei ole tänaseks suutnud järgida selleks ette nähtud 2-aastast tähtaega.
8. **Järeldused FIDIC üldtingimuste regulatsioonist (analüüsi peatükk VI)**. Ehitus- ja projekteerimistöid sisaldavates lepingutes esineb sageli muutmise järele paratamatu vajadus, mistõttu tellijad on huvitatud endale lepinguga ühepoolsete muudatuste tegemise õiguse andmisest. Ehitus- ja projekteerimistöid reguleerivateks rahvusvaheliselt tuntud mudellepinguteks on FIDIC lepingud (üldtingimused), mille punase ja kollase raamatu kohaselt:
- (1) FIDIC üldtingimustes on detailselt reguleeritud Tellija personali hulka kuuluva Inseneri poolt ühepoolset algatatavate Muudatuste olemus ja protseduur.
 - (2) FIDIC üldtingimuste kohaselt tekib Töövõtjal Inseneri algatatud Muudatuse tulemusel täiendava tasu saamise õigus ja Täitmisaja pikendamise nõudeõigus.
 - (3) FIDIC üldtingimuste kohast Muudatust tuleb eristada ülemõõtmisel põhinevatest muutustest, Inseneri muudest juhustest, Lepingu punktis 13 reguleeritud korrigeerimistest, Lepingust tulenevatest Töövõtja nõudeõigustest.
 - (4) FIDIC üldtingimuste kohaselt ei peeta Muudatust Lepingu muutmiseks, kuna Muudatuse mõju Lepingule ei tulene poolte kokkuleppest, vaid Inseneri ühepoolsest tahteavaldusest, mille andmiseks on talle Lepingu sõlmimisega antud poolte poolt volitus.

9. **Järeldused Euroopa Liidu riigihankeõigusest tulenevatest piirangutest FIDIC üldtingimustest tulenevatele muutustele (analüüsi peatükk VII).** Käesoleva analüüsi autor on seisukohal, et:

- (1) FIDIC üldtingimustel põhineva hankelepingu muutmise allub riigihankeõigusest hankelepingu muutmisele tulenevatele piirangutele.
- (2) Kuigi FIDIC üldtingimuste kohaselt ei peeta Inseneri algatatud Muudatus Lepingu muutmiseks, alluvad ka Muudatused riigihankeõiguse hankelepingu muutmise regulatsioonist tulenevatele piirangutele.
- (3) Enamik FIDIC üldtingimuste kohaseid Muudatusi kvalifitseeruvad eelduslikult direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 2 mõttes kas rahaliselt väheväärtuslikeks või artikli 72 lõike 4 mõttes ebaolulisteks ehk järelikult lubatavateks.
- (4) Isegi, kui vastav Muudatus mingil põhjusel ei osutu lubatavaks eelnimetatud alustel, siis esineb suur tõenäosus, et Muudatus on ikkagi lubatav kas direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti b alusel, kuna lisatarnete tellimine on võimalik vaid seniselt lepingupartnerilt või artikli 72 lõike 1 punkti c alusel, kuna Muudatuse aluseks on ettenägematu vajadus.
- (5) Juhul, kui konkreetne Muudatus siiski ei osutu lubatavaks mitte ühelgi eelnimetatud alusel, tuleb analüüsida, kas Muudatus on lubatav direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel ehk muutmise võimalus on Lepingus nõuetekohaselt ette nähtud. Alternatiivselt, kui Muudatus on lubatav direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel, pole teiste lubatavate aluste analüüs enam vajalik. Sellega seonduvalt:
 - i. Tõenäoliselt FIDIC üldtingimuste alapunktis 13.6. sisaldav Muudatuse regulatsioon on kooskõlas direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktiga a.
 - ii. Tõenäoliselt võib ka FIDIC üldtingimuste alapunktis 13.2. sisalduv Muudatuse regulatsioon olla teatud juhtudel kooskõlas direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktiga a, eelkõige, kui Muudatuse tulemusel väheneb Lepinguhind.
 - iii. Tõenäoliselt FIDIC üldtingimuste alapunktides 13.1., 13.3., 4.6., 7.2., 7.4., 8.11. ja 11.2. sisaldav Muudatuste regulatsioon ei ole kooskõlas direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktiga a.
 - iv. FIDIC üldtingimuste alapunktides 13.7. ja 13.8. lubatud korrigeerimised on tõenäoliselt lubatavad direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel.
 - v. FIDIC üldtingimuste alapunktide 1.9., 2.1., 4.7., 4.12., 4.24., 8.4., 8.5., 8.9., 10.2., 10.3., 11.8., 14.8., 16.1., 16.4., 17.1., 17.4., 18.1., 19.4., 19.6. tulenevad nõudeõigused on tõenäoliselt lubatavad direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel.

III. EUROOPA KOHTU PRAKTIKA HANKELEPINGU MUUTMISE OSAS

10. **Enne 2014. aastat Euroopa Liidus kehtinud nn vanad hankedirektiivid ei sisaldanud hankelepingu muutmise regulatsiooni.** Euroopa Liidu riigihankeõiguse üldpõhimõtetest tulenevalt on hankijal keelatud hankelepingut muuta, kui muudatus kujutab endast sisuliselt uut hanget ehk de facto uut hanget¹. Enne 2014. aastat Euroopa Liidus kehtinud nn vanad hankedirektiivid ei sisaldanud aga regulatsiooni, millal on hankelepingu muutmise sellest reeglist tulenevalt keelatud.

11. **Hankelepingu muutmise lubatavuse hindamisel tuleb arvestada Euroopa Kohtu praktikat.** Kuna Euroopa Liidu hankedirektiivid seda küsimust ei reguleerinud on Euroopa Kohus pika aja vältel mitmetes kohtuasjades analüüsinud hankelepingu muutmise võimalusi.

¹ Mari Ann Simovart "Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses", Juridica IV/2010, lk 249.

12. **Pressetext'i kohtuasjast tulenev olulise muudatuse reegel.** Kõige tuntum Euroopa Kohtu otsus hankelepingu muutmise valdkonnas on tehtud kohtuasjas Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Austria (C-454/06). Selles kohtuasjas leidis kohus riigihanke läbipaistvuse ja pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtetele tuginedes, et kui hankelepingu muudatused on oma iseloomu poolest esialgse lepinguga võrreldes oluliselt erinevad ja seetõttu sellised, et näitavad, et pooled soovivad uuesti läbi rääkida lepingu põhitingimusi, siis tuleb vastavaid muudatusi pidada uueks hankelepinguks². Sellisel juhul pole hankelepingu muutmine lubatud, vaid selle asemel tuleb viia läbi uus hankemenetlus. Seega hankelepingu muutmise lubatavuse üle otsustamisel on võtmeküsimuseks muudatuse olulisus, täpsemalt, kas muudatus on oluliselt erinev (*materially different*) võrreldes esialgse hankelepingu tingimustega ja seda just Euroopa Liidu riigihankeõiguse kontekstis.
13. **Euroopa Liidu riigihankeõiguse eesmärk.** Euroopa Liidu riigihankeõiguse eesmärgiks on tagada kaupade ja teenuste vaba liikumine ning tagada, et turud on avatud moonutamata konkurentsile, mis oleks nii ulatuslik, kui võimalik³. See omakorda tähendab, et hankelepingu sõlmimiseks läbi viidav riigihankemenetlus peab olema läbipaistev ja mittediskrimineeriv ehk kõigil võimalikel pakkujatel peavad olema osalemiseks võrdsed võimalused.
14. **Pressetext'i kohtuasjas avaldatud kohtujuristi arvamuse sisu.** Lähtudes eelviidatud Euroopa Liidu riigihankeõiguse eesmärgist leiti Pressetext'i kaasuses kohtuotsusele eelnevalt antud kohtujurist Kokott'i arvamuses (*Opinion of Advocate General Kokott*), et oluline hankelepingu muudatus on selline, mis moonutab vastaval kaubaturul konkurentsi ja eelistab hankija lepingupartnerit teistele võimalikele pakkujatele⁴. Seega, ei pruugi tavapäraselt oluliseks peetavad lepingumuudatused nagu näiteks lepingu mahu või hinnamuudatus iseenesest olla käsitletavad olulistena riigihankeõiguse kontekstis, kuna nad ei pruugi moonutada konkurentsi ega eelistada konkreetseid pakkujaid teistele võimalikele pakkujatele. Kohtujurist Kokott'i arvates võib muudatust pidada riigihankeõiguse kontekstis oluliseks, kui⁵:
- (1) algselt vähemkasulike tingimuste tõttu olid teised teenuseosutajad hankemenetlusest kõrvale tõrjutud; või
 - (2) teised teenuseosutajad võiksid nüüdsete uute tingimuste korral olla huvitatud hankemenetluses osalemisest; või
 - (3) teenuse osutaja, kes osutus mitteedukaks pakkujaks võiks uute tingimuste puhul osutada edukaks pakkujaks.
15. **Olulise muudatuse test Pressetext'i kaasuses tehtud Euroopa Kohtu otsusest tulenevalt.** Lähtudes eelduslikult muuhulgas ka kohtujurist Kokott'i arvamusest tõi Euroopa Kohus Pressetext'i kohtuasjas kolm näidet, millede kohaselt võib muudatust pidada oluliseks, kui⁶:
- (1) muudatusega kehtestatakse tingimused, mis juhul, kui need oleksid kehtinud algusest peale, võimaldanuks hankemenetluses osaleda ka teistel pakkujatel või oleksid võimaldanud tunnistada edukaks teise pakkumuse;
 - (2) muudatusega laiendatakse oluliselt hanke mahtu, näiteks asutakse ostma teenuseid, mida hankeleping algselt ei sisaldanud;
 - (3) muudatusega muudetakse majanduslikku tasakaalu teenuse osutaja kasuks viisil, mida algne leping ei võimaldanud.
16. **Succhi di Frutta kohtuasjast tulenev muudatuse lubatavus, kui muudatuse võimalus koos detailsete reeglitega on hanke alusdokumentides ette nähtud.** Isegi, kui muudatust tavaolukorras võiks pidada oluliseks Euroopa Liidu riigihankeõiguse kontekstis, siis on muudatus siiski lubatud, kui selle võimalus koos detailsete reeglitega on hanke alusdokumentides selgesõnaliselt ette nähtud. Sellise seisukoha on Euroopa Kohus

² Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Austria (C-454/06) kaasuses kohtuotsuse p 34.

³ Stadt Halle v RPL Recyclingpark Lochau GmbH (C-26/03) kaasuses kohtuotsuse p 44.

⁴ Pressetexti kaasuses kohtujurist Kokott'i arvamuse p 48.

⁵ Samas p 49.

⁶ Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v Austria (C-454/06) kaasuses kohtuotsuse p 35-37.

EVERSHEDS OTS & CO

võtnud kohtuasjas Euroopa Komisjon v CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99)⁷. Euroopa Kohus põhjendas sellist seisukohta sellega, et selliselt on kõigil hankemenetluses osalemisest huvitatud pakkujatel võimalik juba pakkumuse esitamisel olla muutmisvõimalusest teadlikud ja seega võrdsel positsioonil⁸. Sellisel juhul on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid järgitud⁹.

17. **Succhi di Frutta kohtuasjas avaldatud seisukohta on toetanud ka Riigikohus.** Täpselt samamoodi ülalloodud Euroopa Kohtu seisukohta mõistnud ka Riigikohus kohtuasjas nr 3-3-1-31-11¹⁰. Lisaks kannab sama vaimu ka Riigikohtu seisukoht kohtuasjas nr 3-2-1-102-14¹¹.
18. **Ebaolulise muudatuse tegemine on Euroopa Kohtu otsuste kohaselt lubatud.** Eelnevalt oleme Euroopa Kohtu otsuste valguses selgitanud, millistele tingimustele vastavat muudatust võib pidada eelduslikult oluliseks ning et sellise muudatuse tegemine pole lubatud, välja arvatud juhul, kui muutmise võimalus koos detailsete reeglitega on hanke alusdokumentides kirjas. Rõhutame aga sedagi, et viidatud Euroopa Kohtu lahenditest järeldub, et ebaolulise muudatuse tegemine on lubatud hoolimata sellest, kas muudatuse võimalus sisaldub hanke alusdokumentides või mitte.
19. **Ühestki Euroopa Kohtu otsusest ei tulene oluliste ja ebaoluliste muudatuste kataloogi.** Kuigi Pressetext'i kaasuses Euroopa Kohtu poolt avaldatud olulise muudatuse näited võimaldavad teha teatavaid järeldusi selle kohta, millised muudatused on eelduslikult olulised ehk keelatud ja ebaolulised ehk lubatud, rõhutame, et mitte ühestki Euroopa Kohtu otsusest ei tulene oluliste ja ebaoluliste muudatuste kataloogi. Hankelepingu muudatuse pidamine oluliseks või ebaoluliseks sõltub sellest, kas konkreetse muudatusega moonutatakse konkurentsi või mitte. Seda tuleb iga muudatuse puhul eraldi hinnata.

IV. HANKELEPINGU MUUTMINE EUROOPA LIIDU HANKEDIREKTIIVIDES

20. **Uued hankedirektiivid täpsustavad ja arendavad edasi Euroopa Kohtu praktikas tunnustatud põhimõtteid.** 2014. võeti vastu Euroopa Liidu uued hankedirektiivid. Juhindudes just Euroopa Kohtu praktikast on uutes riigihankedirektiivides võrreldes varasemalt kehtinud direktiividega oluliselt täpsustatud hankelepingu muutmise regulatsiooni. Nii klassikalise hankedirektiivi 2014/24/EL artiklis 72, kontsessioonilepingute hankedirektiivi 2014/23/EL artiklis 43 kui ka võrgustikusektori hankedirektiivi 2014/25/EL artiklis 89 on Euroopa Kohtu pretsedente kodifitseerides nähtud ette ulatuslikud võimalused hankelepingu muutmiseks ilma uut hankemenetlust korraldamata. Nende eesmärk on tagada riigihangete regulatsiooni piisav paindlikkus, et hankijatel oleks võimalik enda vajadustele vastavat tulemust saavutada ja seeläbi kasutada oma rahalisi vahendeid otstarbekalt ja efektiivselt. Järgnevalt selgitame direktiivi 2014/24/EL artikli 72 näitel, millistel juhtudel on hankelepingu muutmine lubatud.
21. **Muutmine on lubatud, kui muudatus on rahaliselt väheväärtuslik.** Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 2 kohaselt on muudatus lubatud, kui ei muudeta lepingu üldist olemust ja muudatuse väärtus on väiksem mõlemast järgmisest väärtusest:
 - (1) artiklis 4 sätestatud piirmääradest ning
 - (2) 10% algse lepingu maksumusest teenuste ja asjade hankelepingute puhul ning alla 15% algse lepingu maksumusest ehitustööde hankelepingute puhul.

Nimetatud muutmise kohta on direktiivi 2014/24/EL preambula punktis 107 selgitatud, et hankelepingu muutmine, mille tulemusena muutub lepingu maksumus teatava summani, peaks olema alati võimalik, ilma et oleks vaja korraldada uut hankemenetlust. Sel eesmärgil ja direktiivi õiguskindluse tagamiseks tuleks näha ette miinimumkünnised,

⁷ Euroopa Komisjon v CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99) kaasuses kohtuotsuse p 118.

⁸ Euroopa Komisjon v CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99) kaasuses kohtuotsuse p 118.

⁹ Samas p 126.

¹⁰ Haldusajand nr 3-3-1-31-11 Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsuse p 21.

¹¹ Tsviilasjas nr 3-2-1-102-14 Riigikohtu tsviilkolleegiumi kohtuotsuse p 19.

EVERSHEDS OTS & CO

millest allpool ei ole uue hankemenetluse korraldamine vajalik. Nende künniste ületamise korral hankelepingusse tehtavad muudatused peaksid olema võimalikud, ilma et oleks vaja korraldada uut hankemenetlust, kui need muudatused vastavad käesolevas direktiivis sätestatud asjakohastele tingimustele.

22. **Muutmine on lubatud, kui muudatus on ebaoluline.** Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 4 kohaselt käsitatakse muudatust olulisena, kui sellega muutub leping olemuselt olulisel määral võrreldes algselt sõlmitud lepinguga. Igal juhul on olulised muudatused, kui on täidetud üks või mitu järgmist tingimust:

- (1) muudatusega lisatakse tingimusi, mis oleksid võimaldanud osaleda ka muudel kui algselt välja valitud taotlejatel või aktsepteerida muid kui algselt aktsepteeritud pakkumusi või mis oleksid hankemenetluse kaasanud täiendavaid osalejaid, kui neid oleks rakendatud algses hankemenetluses;
- (2) muudatusega muudetakse lepingu majanduslikku tasakaalu töövõtja jaoks soodsamaks viisil, mida ei olnud algses lepingus ette nähtud;
- (3) muudatusega laiendatakse lepingu reguleerimisala märkimisväärselt;
- (4) kui uus töövõtja asendab seda töövõtjat, kellega avaliku sektori hankija algselt lepingu sõlmis, muudel kui artikli 72 lõike 1 punktis d ette nähtud põhjustel.

Nimetatud muutmise kohta on direktiivi 2014/24/EL preambula punktis 107 selgitatud, et Euroopa Liidu Kohtu asjaomast kohtupraktikat arvesse võttes on vaja selgitada tingimusi, mille puhul lepingu muutmise täitmise ajal nõuab uut hankemenetlust. Uut hankemenetlust on vaja juhul, kui esialgsesse lepingusse tehakse olulisi muudatusi, eelkõige seoses lepingupoolte vastastikuste õiguste ja kohustustega, sealhulgas intellektuaalomandi õiguste jaotumisega. Sellised muudatused näitavad lepingupoolte kavatsust lepingu olulised tingimused uuesti läbi rääkida. Eelkõige tuleb seda teha juhul, kui muudetud tingimused oleksid menetluse tulemusi mõjutanud, kui need oleksid kehtinud esialgse menetluse ajal.

23. **Muutmine on lubatud, kui muudatuse võimalus on lepingus nõuetekohaselt ette nähtud.** Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a kohaselt on lubatud muudatused, mis sõltumata nende rahalisest väärtusest, olid esialgsetes hankedokumentides ette nähtud selgete, täpsete ja ühemõtteliste läbivaatamisklauslitega, mis võivad hõlmata hinna läbivaatamise klausleid või võimalusi. Sellistes klauslites märgitakse võimalike muudatuste või võimaluste ulatus ja olemus ning ka tingimused, mille korral neid võib kasutada. Nendega ei nähta ette muudatusi, millega muudetakse lepingu või raamlepingu üldist olemust.

Nimetatud muutmise kohta on direktiivi 2014/24/EL preambula punktis 111 selgitatud, et avaliku sektori hankijatel peaks olema võimalus individuaalsetes lepingutes ette näha lepingu muutmist läbivaatamis- või valikuklauslite alusel, kuid sellised klauslid ei tohiks anda neile piiramatut kaalutusõigust. Seepärast tuleks direktiivis sätestada, mil määral võib esialgse lepinguga ette näha muudatusi. Sellest tulenevalt tuleks selgitada, et piisavalt selgelt sõnastatud läbivaatamis- või valikuklauslitega võib ette näha näiteks hindade indekseerimist või tagada seda, et teatava ajavahemiku jooksul tarnitavad sideseadmed on jätkuvalt sobivad ka muutuvate sideprotokollide või muude tehnoloogiliste muudatuste korral. Samuti peaks piisavalt selgesõnaliste klauslite korral olema võimalik ette näha hankelepingusse tehtavad kohandused, mille vajaduse on tinginud käitamise või hooldamise ajal ilmnenud tehnilised raskused. Samuti tuleks meelde tuletada, et hankelepingud võiksid hõlmata näiteks nii tavapärasest kui ka erakorralisest hooldusest, mis võib osutada vajalikuks avaliku teenuse jätkumise tagamiseks.

24. **Muutmine on lubatud, kui lisatarnete tellimine on võimalik vaid seniselt lepingupartnerilt.** Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti b kohaselt, kui algne töövõtja osutab täiendavaid ehitustöid või -teenuseid või tarnib täiendavalt asju, mis on muutunud vajalikuks ning mida esialgne riigihange ei sisaldanud, siis on vastav muudatus lubatud juhul, kui töövõtja vahetamine:

- (1) ei ole majanduslikel või tehnilistel põhjustel võimalik, kuna need ei ole omavahel vahetatavad või koostoimivad olemasolevate seadmete, teenuste või rajatistega,
- (2) põhjustaks avaliku sektori hankijale olulist ebamugavust või topeltkulusid.

EVERSHEDS OTS & CO

Siiski ei või maksumuse suurenemine ületada 50% esialgse lepingu maksumusest. Mitme järjestikuse muudatuse korral kohaldatakse seda piirangut iga muudatuse väärtuse suhtes. Selliseid järjestikusi muudatusi ei tohi teha selleks, et hoiduda kõrvale käesoleva direktiivi sätetest

Nimetatud muutmisaluse kohta on direktiivi 2014/24/EL preambula punktis 108 selgitatud, et avaliku sektori hankijad võivad sattuda olukorda, kus on vaja täiendavaid ehitustöid, asju või teenuseid; sellisel juhul võib olla põhjendatud algse lepingu muutmine ilma uut hankemenetlust korraldamata, eelkõige siis, kui lisatarned on ette nähtud kas olemasolevate teenuste, asjade või seadmete osaliseks asendamiseks või nende täiendamiseks ning kui tarnija vahetamine sunniks avaliku sektori hankijat hankima teistsuguste tehniliste omadustega materjali, ehitustöid või teenuseid, mis tooks kaasa ühildamatuse või ebaproportsionaalsed tehnilised raskused käitamisel ja hooldamisel.

25. **Muutmine on lubatud, kui muudatuse järgi esineb ettenägematu vajadus.** Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti c kohaselt on muutmine lubatud, kui on täidetud kõik järgmised tingimused:

- (1) muudatused tulenevad olukorrast, mida hoolas avaliku sektori hankija ei saanud ette näha;
- (2) muudatusega ei muudeta lepingu üldist olemust;
- (3) mis tahes maksumuse suurenemine ei ületa 50% esialgse lepingu või raamlepingu maksumusest. Mitme järjestikuse muudatuse korral kohaldatakse seda piirangut iga muudatuse väärtuse suhtes. Selliseid järjestikkusi muudatusi ei tohi teha selleks, et hoiduda kõrvale käesoleva direktiivi sätetest.

Nimetatud muutmisaluse kohta on direktiivi 2014/24/EL preambula punktis 109 selgitatud, et avaliku sektori hankijaid võivad mõjutada välised asjaolud, mida nad lepingu sõlmimise ajal ei osanud ette näha, eelkõige juhul, kui lepingu täitmine hõlmab pikemat ajavahemikku. Sellisel juhul on vaja teatavat paindlikkust, mis võimaldaks lepingut selliste asjaoludega kohandada ilma uue hankemenetluseta. Ettenägematute asjaolude all mõistetakse asjaolusid, mida avaliku sektori hankija ei saanud hoolimata esialgse lepingu sõlmimisele eelnenud põhjalikust ettevalmistustööst ette näha, võttes arvesse olemasolevaid vahendeid, konkreetse projekti olemust ja omadusi, vastava valdkonna häid tavasid ning vajadust tagada mõistlik tasakaal lepingu sõlmimise ettevalmistamisele kulunud ressurside ja lepingu eeldatava maksumuse vahel. Selle all ei mõisteta siiski olukorda, kus lepingu muudatuse tulemusena muutub kogu riigihanke olemus – kui näiteks riigihanke esemeks olevad ehitustööd, asjad või teenused asendatakse millegi muuga või riigihanke liiki oluliselt muudetakse –, sest sellisel juhul võib eeldada hüpoteetilist mõju esialgse hankemenetluse tulemusel.

26. **Muutmine on lubatud, kuid muudatuse sisuks on töövõtja asendamine.** Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti d kohaselt on lubatud, kui uus töövõtja asendab seda töövõtjat, kellega avaliku sektori hankija algselt lepingu sõlmis, ühel järgmisel põhjusel:

- (1) ühemõtteline läbivaatamisklausel või -võimalus kooskõlas artikli 72 lõike 1 punktiga a;
- (2) algse töövõtja täielik või osaline asendamine, tulenevalt ettevõtte restruktureerimisest, sealhulgas ülevõtmisest, ühinemisest, omandamisest või maksejõuetuks muutumisest, teise algseid kvalitatiivseid kvalifitseerimise tingimusi täitva ettevõtjaga, kui sellega ei kaasne mid olulisi lepingu muudatusi ning selle eesmärk ei ole käesoleva direktiivi kohaldamisest kõrvale hoida, või
- (3) avaliku sektori hankija täidab ise peatöövõtja kohustusi alltöövõtjate ees, kui see võimalus on siseriiklikus õiguses artikli 71 kohaselt ette nähtud.

Nimetatud muutmisaluse kohta on direktiivi 2014/24/EL preambula punktis 110 selgitatud, et kooskõlas võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtetega ei tohiks riigihanget uuesti välja kuulutamata asendada edukat pakkujat teise ettevõtjaga, näiteks kui leping lõpetatakse selle täitmisel esinenud puuduste tõttu. Siiski peaks lepingut täitval edukal pakkujal olema võimalik läbida lepingu täitmise ajal näiteks sisemiste ümberkorralduste, ühinemiste, ülevõtmiste ja omandamiste või maksejõuetuse tulemusena teatavaid struktuurimuutusi, eelkõige juhul, kui leping on sõlmitud rohkem kui ühe ettevõtjaga. Selliste muutuste puhul ei peaks automaatselt nõudma uusi hankemenetlusi kõigi asjaomase pakkuja täidetavate riigihankelepingute suhtes.

V. HANKELEPINGU MUUTMINE EESTI ÕIGUSES

27. **Eesti kehtiva õiguse sisu.** Eesti kehtivas õiguses on hankelepingu muutmine reguleeritud riigihangete seaduse § 69 lõigetes 3-5, mis näevad ette järgmist:

- (1) RHS § 69 lg 3 – *Hankija võib 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 saavutamise.*
- (2) RHS § 69 lg 4 – *Hankija ei või hankelepingu muutmises kokku leppida, kui muutmisega taotletavat eesmärki on võimalik saavutada uue hankelepingu sõlmimisega.*
- (3) RHS § 69 lg 5 – *Käesoleva paragrahvi lõigetes 3 ja 4 sätestatud nõuete rikkumine ei mõjuta hankelepingu kehtivust.*

28. **Eesti kehtiva õiguse probleemid ja nende ületamine Euroopa Kohtu praktika abil.** Kõnealuse kolme sättega seonduvad peamised probleemid on järgmised:

- (1) **RHS § 69 lg 3** – sätte sisu grammatilisel tõlgendamisel võib järeldada, et igasugune hankelepingu muutmine peab vastama sättes esitatud nõudmistele. Järelikult peaks ka hankelepingu ebaoluline muutmine olema lubatud üksnes juhul, kui sättes esitatud nõudmised on täidetud. Selline kitsendus ei pruugi olla mõistlik, kuna hankelepingute muutmise järele esineb sageli paratamatu vajadus. Sealjuures ei pruugi muutmisevajaduse paratamatus sõltuda asjaolust, kas hankijal oli või ei olnud võimalik seda vajadust juba hankelepingu sõlmimisel ette näha. Analüüsi autori hinnangul tuleks siinjuures lähtuda Euroopa Kohtu praktikast, et ebaolulised muudatused Euroopa Liidu riigihankeõiguse tähenduses on lubatud ka Eestis.
- (2) **RHS § 69 lg 4** – sätte sisu grammatilisel tõlgendamisel võib järeldada, et igasugune hankelepingu muutmine on keelatud, kuna pea alati on vähemalt teoreetiliselt võimalik saavutada muudatusega taotlev eesmärk uue hankelepingu sõlmimisega. Praktikast võib see küll olla ebamõistlik, kuid teoreetiliselt siiski võimalik. Ka siin tuleks analüüsi autori hinnangul tõlgendada sätte sisu Euroopa Kohtu praktikast, eelkõige Pressetext'i kaasusest lähtuvalt selliselt, et üksnes hankelepingu oluline muutmine on keelatud ja olulise muutmise asemel tuleb korraldada uus riigihange. Arvestada tuleb sealjuures ka Succhi di Frutta lahendist tulenevat muutmise lubatavust, kui muutmise võimalus koos detailsete reeglitega nähtub juba hanke alusdokumentatsioonist.
- (3) **RHS § 69 lg 5** – sätte sisu grammatilisel tõlgendamisel võib järeldada, et ükskõik kui oluliselt hankelepingut RHS-i rikkudes ka ei muudetaks, on selline muudatus igal juhul kehtiv. Ka selline järeldus võib olla vastuolus Euroopa Kohtu praktikaga, kus jällegi eelkõige Pressetext'i kohtuasjast tuleneb, et oluline hankelepingu muudatus on käsitatav hoopis uue hankelepingu sõlmimisena. Hankelepingu sõlmimine ilma sellele eelneva kohustusliku hankemenetluse läbimiseta on aga tühine ja seda ka kehtiva RHS § 69 lg 1¹ p 1 kohaselt.

29. **Eesti kehtivat õigust tuleks tõlgendada Euroopa Liidu kehtivate hankedirektiivide valguses.** Eesti kehtiv riigihankeõigus on loodud 2014. aastal kehtivuse kaotanud Euroopa Liidu hankedirektiivide ülevõtmise tulemusel. Samas tähtsust omav Euroopa Kohtu praktika hankelepingu muutmise küsimustes on samuti loodud tänaseks kehtivuse kaotanud Euroopa Liidu hankedirektiivide valguses. Nagu eelnevalt selgitatud, analüüsi autori arvates tuleks Eesti kehtivas riigihankeõiguses hankelepingu muutmise regulatsiooni tõlgendada tähtsust omava Euroopa Kohtu praktika valguses. 2014. aastal jõustunud uued Euroopa Liidu hankedirektiivid täpsustavad ja arendavad Euroopa Kohtu praktikast hankelepingu muutmise küsimustes edasi. Seega, uued hankedirektiivid ja Euroopa Kohtu praktika on omavahel kooskõlas. Järelikult tuleks Eestis kehtivat hankelepingu muutmise regulatsiooni tõlgendada lisaks Euroopa Kohtu praktikale ka uute Euroopa Liidu hankedirektiivide valguses.

Sellist seisukohta toetab lisaks eeltoodule ka asjaolu, et need uued hankedirektiivid jõustusid 17.04.2014 ja liikmesriikidele anti 2 aastat aega nende ülevõtmiseks

siseriiklikesse õiguskordadesse. Kuigi Eesti ei ole tänaseks suutnud kõnealust kohustust täita, on direktiivides toodud ülevõttev riigihangete seaduse eelnõu menetlus Riigikogus juba käimas. Seega on Eestis kavas Euroopa Liidu hankedirektiivides sisalduv hankelepingu muutmise regulatsioon siseriiklikku õiguskorda üle võtta. Ka seetõttu on analüüsi autor seisukohal, et juba praegu tuleks Eestis kehtivat hankelepingu muutmise regulatsiooni tõlgendada kooskõlas Euroopa Liidu hankedirektiivides kehtiva regulatsiooniga.

Puudub igasugune mõistlik põhjendus, miks peaks Eestis kehtivat hankelepingu muutmise regulatsiooni tõlgendama Euroopa Kohtu praktikaga vastuolus olevalt ning hankijate ja pakkujate huvide vastaselt oluliselt kitsamalt, kui vastav regulatsioon on sätestatud Euroopa Liidu kehtivates hankedirektiivides. Selline kitsam tõlgendamine oleks seda enam arusaamatum, et Eestil on kavatsus Euroopa Liidu kehtivates hankedirektiivides toodud hankelepingu muutmise regulatsioon üle võtta, kuid mingitel põhjustel pole Eesti seda suutnud teha talle ette nähtud 2 aasta jooksul.

Lähtudes eeltoodust ei erista analüüsi autor käesolevas analüüsis Euroopa Liidu hankedirektiivides sisalduvat hankelepingu muutmise regulatsiooni ja Eestis hetkel kehtivat hankelepingu muutmise regulatsiooni.

VI. MUUDATUSE TÄHENDUS FIDIC PUNASES JA KOLLASES RAAMATUS

30. **Ehitus- ja projekteerimistööid sisaldavates lepingutes esineb sageli muutmise järele paratamatu vajadus.** Ehituslepingute, aga ka projekteerimislepingute puhul on tavapärane, et lepingu täitmise käigus ilmneb paratamatu vajadus nende muutmise järele.

- (1) Erialakirjanduses on muutmise vajadust õigustatud näiteks ehitus- ja projekteerimislepingutele iseloomulike riskidega, mida ei ole alati võimalik detailselt ette näha ega lepingus reguleerida, aga millega kaasneb asjaolude niivõrd oluline muutumine, et lepingu muutmine osutub realselt paratamatuks¹². Sellisteks riskideks võivad olla näiteks vead projekteerimises, mis toovad kaasa projekti parandamise vajaduse ning sellest tulenevalt töövõtjale täiendava täitmisaaja võimaldamise ja täiendavate rahaliste kulutuste kompenseerimise.
- (2) Sageli tellija eelistused ehitise näitajate suhtes muutuvad lepingu täitmise käigus. Projekteerimis- ja ehituslepingute puhul on tavapärane, et tellija soovib projekteerimise edenemise käigus projektile algul esitatud nõudeid muuta või täpsustada ning sellest tulenevad muudatused suurendavad ehitaja kulusid¹³. Oleks ebamõistlik mitte lubada selliseid muudatusi teha ja sundida tellijat tellima tema muutunud vajadustele mittevastavat tööd.
- (3) Töövõtjal on kohustus saavutada tulemus. Kõik, mis on tulemuse saavutamiseks vajalik teha, tulebki ellu viia. Seetõttu ei pruugi hankemenetluse staadiumis olla võimalik kõiki täpseid mahte, materjale ja meetodeid ette näha. Dünaamilise tööprotsessi huvides on uute juhiste andmine ja töövõtja ülesannete täpsustamine mõnikord vältimatu¹⁴. Algses lepingus ette nähtud tööd võivad vajada mitmeid erinevaid muudatusi selleks, et edukalt kohanduda asjaolude ja sündmustega, mida ei ole detailselt ette nähtud¹⁵.
- (4) Muudatuste vajadus võib olla põhjendatud mitmel erineval moel¹⁶:
 - Muutunud tingimused ja asjaolud (näiteks ilm, õiguslikud või looduslikud);
 - Valed eeldused või erinevad tingimused võrreldes nendega, mida pooled olid oodanud (näiteks ettenägematud aluspinnase tingimused);
 - Muutunud mahud (näiteks tänu muutunud mahtudele on tööde edenemine liiga aeglane);
 - Tehniline innovatsioon (näiteks uus tootmisliin võib olla saadaval, mis võimaldab vähendada hoolduskulusid või lõpetada tööd planeeritust varem);
 - Tellija muutunud nõuded (näiteks hoone planeeritud kasutaja soovib projekti lisad lisatöid);

¹² Mari Ann Simovart "Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses", Juridica IV/2010, lk 256.

¹³ Samas.

¹⁴ Axel-Volkmar Jaeger, Gotz-Sebastian Hok "FIDIC - A Guide for Practitioners", Springer-Verlag, 2010, lk 264.

¹⁵ Samas lk 261.

¹⁶ Samas lk 262.

- Hanke alusdokumentides tehnilise iseloomuga vead või defektid;
 - Koostöö teiste töövõtjatega või tellija meeskonnaga.
- (5) Eesti ehituspraktikas on levinud, et hankemenetluses on pakkumuse aluseks tellija poolt ette antud projekt põhiprojekti staadiumis. Sellisel juhul toimub tööprojektide koostamine töövõtja poolt. Põhiprojekt on tööprojektist aga oluliselt väiksema detailsuse astmega¹⁷. Seetõttu võivad tööprojekti staadiumis muutuda tehnilised lahendused olulisel määral.
31. **Lähtudes muudatuste paratamatust vajadusest on tellijad huvitatud endale lepinguga ühepoolsete muudatuste tegemise õiguse andmisest.** Tüüpiliselt ehituslepingud näevad ette nn muudatuste klauslid, mis annavad tellijale õiguse ühepoolset muuta tööde mahtu, järjestust, meetodit või projekti. Selle abil on lepinguliselt võimalik reageerida erinevates projektides tõusetuvatele praktilistele vajadustele. Enamgi veel, muudatused töodes on lausa vältimatud, kuna tõusetuvad sündmused ja tingimused, mis võivad olla poolte kontrolli alt väljas, kuigi samas põhjustatud nende endi poolt¹⁸. FIDIC lepingutingimuste ametlikes kommentaarides on isegi väidetud, et Tellijad tavaliselt ei olegi valmis sõlmima lepinguid, mis keelavad neil töös muudatuste tegemise nõudeõiguse¹⁹.
32. **FIDIC lepingute tähendus.** FIDIC on rahvusvaheline insenere ja konsultante ühendav organisatsioon, kes on juba 1957. aastast mudellepingutes kajastanud ehitus- ja projekteerimisvaldkonnas kehtivat parimat äripraktikat. Praegune punase ja kollase raamatu üldtingimuste versioon kehtib alates 1999. aastast. Arvestades FIDIC organisatsiooni ülemaailmsust, FIDIC mudellepingute pikka ajalugu ja nende ülemaailmset aktsepteeritavust, võib järeldada, et FIDIC lepingud kajastavad adekvaatselt vastava valdkonna tegelikku arengut ja parimat äripraktikat. FIDIC lepingutes on saavutatud tellija ja töövõtja õiguste, kohustuse ja riskide selline tasakaal, mis üldiselt on aktsepteeritav nii tellijatele kui ka töövõtjatele. FIDIC raamatutes on arusaadavalt reguleeritud enamik praktikas ette tulevatel olukordadest. Sellest võib omakorda järeldada, et tellijatel on raske ise koostada ehitus- ja projekteerimislepinguid, kus tegelikkuses ette tulla võivaid olukordi oleks poolte huvide tasakaalu hoidmise vajadust silmas pidades reguleeritud täielikumalt kui FIDIC lepingutes. Selline järeldus käib analüüsi autori arvates muuhulgas ka lepingu muutmise regulatsiooni kohta.
33. **Muudatuse definitsioon FIDIC üldtingimustes.** Muudatuse definitsioon on FIDIC punases raamatus mõnevõrra erinev võrrelduna definitsiooniga kollases raamatus:
- (1) Punase raamatu üldtingimuste alapunkti 1.1.6.9. kohaselt on Muudatus iga **muudatus Töös**, mille tegemine alapunktist 13 [*Muudatused ja täiendused*] tulenevalt on kas juhendatud või heaks kiidetud.
 - (2) Kollase raamatu üldtingimuste alapunkti 1.1.6.9. kohaselt on Muudatus iga **muudatus Tellija Tingimustes või Töös**, mille tegemine alapunktist 13 [*Muudatused ja täiendused*] tulenevalt on kas juhendatud või heaks kiidetud. Praktikast on tellijad lähtuvalt kollase raamatu definitsioonist eelistanud Tellija Tingimusi sätestada üksnes üldiste eesmärkidenä, vältides detailsemate nõudmiste sätestamist. Selliselt on Tellijal võimalik väita, et Lepingu täitmise käigus antavad Inseneri juhised üksnes täpsustavad Tellija Tingimusi, mitte ei muuda neid. Selliselt väldib Tellija Inseneri juhiste käsitlemist Muudatusena, millega võib kaasneda Töövõtjale täiendava tasu maksmise kohustus. Seetõttu on erialakirjanduses leitud, et Inseneri juhiste tuleb käsitleda Muudatusena, kui see mõjutab: (a) Töö tegemise meetodeid, (b) Lepinguhinda või (c) Täitmisaega²⁰.
34. **Muudatuse sisu FIDIC üldtingimustes.** Punases raamatus on alapunktis 13.1. toodud loetelu, mida Muudatus võib sisaldada. Kollases raamatus sellist loetelu pole, välja arvatud alltoodud lit (d) osas. Punase raamatu loetelu on järgmine:
- (a) Muutusi mistahes Lepingus sisalduva töö mahtudes (samas sellised muutused ei tarvitse kujutada endast alati Muudatust).

¹⁷ Vt majandus- ja taristuministri 17.07.2015 määrust nr 97 „Nõuded ehitusprojektile“ § 9 ja § 10.

¹⁸ Axel-Volkmar Jaeger, Gotz-Sebastian Hok "FIDIC - A Guide for Practitioners", Springer-Verlag, 2010, lk 261-262.

¹⁹ The FIDIC Contracts Guide with Detailed guidance of using the first editions of FIDIC's, First Edition 2000, lk 217

²⁰ Axel-Volkmar Jaeger, Gotz-Sebastian Hok "FIDIC - A Guide for Practitioners", Springer-Verlag, 2010, lk 273.

EVERSHEDS OTS & CO

- (b) Muutusi mistahes töö kvaliteedis või muudes parameetrites.
- (c) Muutusi mistahes Töö osa kõrgustes, asukohtades ja/või mõõtudes.
- (d) Mistahes töö ärajätmist välja arvatud juhul, kui see antakse teostamiseks teistele.
- (e) Mistahes tööd, Sisseseadet, Materjali või teenuseid, mis on vajalikud Alalise Töö jaoks, kaasa arvatud mistahes kaasnevad Lõpetamiskatsetused, puuraugud ja muud katsed või uuringud; või
- (f) muutused Tööde elluviimise järgnevuses või ajastuses.

Lisaks tuleneb Muudatuste võimalik sisu ka alapunktide 4.6., 7.2., 7.4., 8.11. ja 11.2.

35. **Muudatuse protseduur FIDIC üldtingimustes.** Kuigi FIDIC punases ja kollases raamatus sisalduv Muudatuse protseduur on mõnevõrra erinev, siis punase raamatu näitel üldistatult võib Muudatuseni jõuda kolmel erineval moel:

- (1) **Inseneri juhised kui Muudatus.** Insener annab juhise Muudatuseks ilma, et Insener oleks eelnevalt küsinud Töövõtjalt ettepanekut Muudatuse teostatavuse või hinna kohta. Tavaliselt rakendatakse kiireloomuliste Muudatuste korral.
- (2) **Inseneri poolt küsitud Töövõtja ettepaneku heakskiitmine Muudatusena või selle alusel antud juhised kui Muudatus.** Insener küsib Töövõtjalt alapunkti 13.3. alusel ettepanekut planeeritava Muudatuse teostatavuse ja hinna kohta. Selline ettepaneku küsimine ise ei pruugi veel olla Muudatus, välja arvatud juhul, kui tegemist on Inseneri juhisega. Inseneri poolne ettepaneku küsimine ja Töövõtja poolt ettepaneku esitamine võivad viia Lepingupoolte poolt vastavas muudatuses kokkuleppimiseni. Sellisel juhul pole samuti tegemist Muudatusega üldtingimuste tähenduses, vaid Lepingupoolte kokkuleppega. Sellist kokkulepet ei saa aga sõlmida Insener, vaid seda peab tegema Tellija. Samas võib Insener Töövõtjalt saadud ettepaneku kiita heaks Muudatusena või anda selle ettepaneku alusel mingi muu juhise, mis on käsitletav Muudatusena. Heakskiitu andes peab Insener aga end selgelt väljendama, et tegemist on Muudatusega. Töövõtjalt ettepaneku küsimine enne Muudatuse andmist vähendab vaidluste riski seoses Muudatuse mõjuga Töövõtjale makstavale tasule ja Täitmisajale.
- (3) **Töövõtja poolt omal initsiatiivil tehtud nn ratsionaliseerimisetpaneku Inseneri poolt heakskiitmine Muudatusena või selle alusel antud juhised kui Muudatus.** Töövõtjal on õigus alapunkti 13.2. alusel teha omal initsiatiivil nn ratsionaliseerimisetpanekuna muudatusettepanek, mis peab vastama alapunktis 13.2. nimetatud tingimustele. Selle pinnalt võivad Lepingupooled leppida kokku Lepingu muutmises. Samas võib Insener selle ka Muudatusena heaks kiita või anda selle alusel mingi muu juhise, mis on käsitletav Muudatusena.

Muudatuse puhul on oluline, et üldtingimuste alapunkti 13.1. kohaselt on Töövõtja seotud iga Muudatusega ja peab selle ellu viima, välja arvatud juhul, kui ta teavitab alapunktis 13.1. sätestatud korras Inseneri, et tal ei ole võimalik Muudatust ellu viia.

36. **Muudatusega kaasnev Töövõtja õigus saavutada täiendava tasu maksmine.** Kollases ja punases raamatus on Muudatuste tasustamine reguleeritud mõnevõrra erinevalt:

- (1) Juhul, kui kollase raamatu alusel antavat Inseneri juhise tuleb käsitleda Muudatusena, siis alapunkti 13.3. kohaselt peab Insener tegema alapunkti 3.5. alusel otsuse, mis võib sisaldada Töövõtjale täiendava tasu maksmist. Selgesõnaliselt on silmas peetud nii kulutuste hüvitamist kui mõistliku kasumi maksmist.
- (2) Punase raamatu alapunkti 13.3. kohaselt tuleb Muudatust hinnata alapunkti 12 kohaselt, mille alapunkt 12.3. näeb samuti ette alapunkti 13.5. alusel Inseneri otsuse tegemise vajaduse, nähes samas ette hindamisele täiendavad erisused. Muudatusega kaasnevalt Töövõtjale makstava täiendava tasu puhul pole mõistliku kasumi arvestamise vajadust millegipärast sõnaselgelt eraldi rõhutatud.

Kuigi see võib olla mõnevõrra vaieldav, kas Muudatusega kaasneva täiendava tasu saamiseks peaks Töövõtja esitama Insenerile alapunkti 20.1. kohase nõude, on analüüsi autor seisukohal, et ei pea. Analüüsi autor toetab ka erialakirjanduses väljendatud seisukohta, et Muudatuse instrueerimine toob Insenerile nii kollase raamatu kui ka punase raamatu alusel kaasa kohustuse võtta vastu otsus Muudatusega kaasnevalt Töövõtjale maksmisele kuuluva täiendava tasu suuruse kohta ilma, et Töövõtjal oleks eelnevalt

EVERSHEDS OTS & CO

kohustus nõuda täiendavat tasu alapunkti 20.1. kohaselt²¹. Nimetatu ei kehti alapunktis 7.4. nimetatud Muudatuse suhtes. Juhul, kui alapunkti 7.4. alusel juhendatud katsetustega seotud Muudatus tekitab Töövõtjale lisakulusid, siis peab Töövõtja neid siiski nõuda alapunkti 20.1. kohaselt.

Mis puudutab Inseneri poolt heakskiidetud alapunkti 13.2. kohast Töövõtja tehtud nn ratsionaliseerimisettepanekut, siis juhul kui Lepingupooled pole kokku leppinud teisiti, tekib Töövõtjal alapunkti 13.2. alusel õigus 50% Tellija hinnavõidule samuti ilma, et Töövõtja peaks selle kohta alapunkti 20.1. kohase nõude esitama.

37. **Muudatuse rahastamine Ettenähtud Summa arvelt.** Üldtingimuste alapunktis 1.1.4.10. sisalduva Ettenähtud Summa definitsiooni kohaselt on Ettenähtud Summa Lepingus ettenähtud summana määratletud summa (olemasolul) Töö mistahes osa tegemiseks või Sisseseade, Materjalide või teenuste hankimiseks alapunkti 13.5 [Ettenähtud Summa] alusel. Üldtingimuste alapunkti 13.5. kohaselt toimub Ettenähtud Summa kasutamine ainult Inseneri juhise alusel. FIDIC lepingutingimuste ametlikes kommentaarides on selgitatud, et Ettenähtud Summa nähakse tavaliselt ette selliste tööde tarbeks, mida ei hinnata Töövõtja riskiks²². Näiteks võib Ettenähtud Summa olla vajalik Inseneri poolt valitavate materjalide hinna katmiseks või kindlalt määratlemata tööde hinna katmiseks. Seetõttu võib Ettenähtud Summat kasutada ka Inseneri poolt instrueeritud Muudatuste eest tasumiseks. Lisaks, juhul kui Lepingu eritingimustes on selline võimalus ette nähtud, võib Ettenähtud Summat kasutada ka mistahes muudel põhjustel toimunud Lepinguhinna suurenemise katteks ehk sellisel juhul kasutatakse Ettenähtud Summat Tellija reservina võimalike kallinemiste katteks. Ettenähtud Summa kasutamine reservina on ka Eestis väga levinud. FIDIC lepingutingimuste ametlike kommentaaride kohaselt pole Tellijal ega Inseneril Lepingu täitmise käigus õigust lisaks Lepingus määratud Ettenähtud Summale määrata mingit täiendavat Ettenähtud Summat ega suurendada Ettenähtud Summat (Muudatuse kaudu või muud moodi)²³. Samas, kui mingi Ettenähtud Summana määratletud summat ületatakse, siis peab Töövõtja ikkagi järgima Inseneri juhist vastav töö teostada, kuid tal võib siiski olla õigus nõuda tehtud töö eest tasu maksmist ka Ettenähtud Summat ületavas ulatuses²⁴.
38. **Muudatusega kaasnev Töövõtja õigus saavutada Täitmisaja pikendus.** Juhul, kui Inseneri algatatud Muudatuse või Töövõtjalt ettepaneku küsimuse tulemusel pole Täitmisaja korrigeerimist Lepingupoolte vahel eraldi kokku lepitud, siis tekib Töövõtjal alapunkti 8.4. lit (a) alusel õigus Täitmisaja pikendusele, kuid seda üksnes juhul, kui ta esitab Insenerile sellekohase nõude alapunkti 20.1. alusel. Seega erinevalt Muudatusega kaasnevast täiendavast tasust ei pea Insener ise automaatselt Täitmisaja pikendamise võimaldamist otsustama, vaid ta teeb seda üksnes juhul, kui Töövõtja seda alapunkti 20.1. kohaselt taotleb (sh järgib seal toodud 28-päevast nõudest teatamise tähtaega).
39. **Muudatuse eristamine ülemõõtmise tulemusel tuvastatud muutusest.** FIDIC punane raamat on oma olemusel ülemõõtmisel põhinev leping. See tähendab, et punase raamatu kohaselt pole Heakskiidetud Lepingusumma mitte midagi rohkemat, kui hinnang eeldusliku hinna kohta. Kõik Tööd, kas algselt kokku lepitud või hiljem Lepinguga kooskõlas kohandatud, mõõdetakse ja hinnatakse üle vastavalt alapunktile 12.3. Seega Töövõtja ei võta endale seoses projektiga mingit riski. Seetõttu tuleb esile tuua, et Insener on see, kes peab teostama ülemõõtmise²⁵. Seetõttu on ka Lepingu sõlmimise aluseks olnud Töömahuloendid ja Joonised üksnes indikaatiivsed ega määratle lõplikult Tööde mahtu. Need on olulised üksnes kui meetod Tööde võimaliku hinna kalkuleerimiseks või prognoosimiseks. Lõplikud mahud selguvad mõõtmise tulemusena ja nende eest makstakse kokku lepitud ühikhindade alusel²⁶. Seetõttu muutused töö mahtudes ei pruugi kujutada endast alati Muudatust, kuna Lepingu sõlmimisel Tellija poolt ette antud indikaatiivsete mahtude muutumine vastavalt tegelikule olukorrale ongi eelduslik. FIDIC üldtingimused ei sätesta, millal ülemõõtmine peab toimuma. Seetõttu võib ülemõõtmine toimuda igal

²¹ Axel-Volkmar Jaeger, Gotz-Sebastian Hok "FIDIC - A Guide for Practitioners", Springer-Verlag, 2010, lk 267.

²² The FIDIC Contracts Guide with Detailed guidance of using the first editions of FIDIC's, First Edition 2000, lk 225.

²³ Samas.

²⁴ Samas.

²⁵ Axel-Volkmar Jaeger, Gotz-Sebastian Hok "FIDIC - A Guide for Practitioners", Springer-Verlag, 2010, lk 179.

²⁶ Samas lk 264.

EVERSHEDS OTS & CO

akteerimisel, sh ka Vahemaksete tarbeks toimuval akteerimisel. Samas võib Vahemaksete tarbeks toimuda akteerimine ka tingliku Tööde valmiduse alusel ning ülemõõtmine teostatakse alles enne Tööde lõplikku vastuvõtmist.

40. **Muudatuse eristamine Inseneri muudest juhistest.** Nii kollase kui ka punase raamatu kohaselt peab Inseneril paljudel erinevatel juhtudel andma Töövõtjale täitmiseks kohustuslikke juhiseid, kuid mitte kõik juhised ei moodusta Muudatust. Paljud juhised on tavapärasel nn tööpplatsil antavad juhised, mis ei oma mõju Lepinguhinnale ega Täitmisajale. Juhul, kui tegemist on juhiseiga Muudatuseks, peaks Insener seda oma juhises märkima. Kui ta seda ei tee, on üheks võimaluseks tuvastada, kas tegemist on juhiseiga Muudatuseks, selle järgi, kas selle juhiseiga muudetakse alapunktis 1.5. toodud dokumentide pädevusjärjestust või mitte.
41. **Muudatuse eristamine FIDIC üldtingimuste punktis 13. reguleeritud korrigeerimistest.** Inglisekeelse FIDIC üldtingimuste punkti 13 pealkirjas ja ka punkti 13 alapunktide pealkirjas eristatakse Muudatusi (Variations) ja korrigeerimisi (Adjustments). Eestikeelses tõlkes punkti 13 pealkirjas toimub sama eristus, kuid alapunktide pealkirjas seda eristust enam millegipärast ei sisaldu. Korrigeerimistega seonduv on reguleeritud järgmistes alapunktides:
- (1) **Alapunkt 13.7.** näeb ette Töövõtjale õiguse nõuda Lepinguhinna korrigeerimist temal tekkivate täiendavate Kulude võrra, mis on tekkinud Lepingu täitmise käigus toimunud riigi õigusaktide muudatusest. Näiteks, kui mitmeaastase suure maanteeehitusprojekti täitmise ajal muudetakse seadust selliselt, et tõstetakse oluliselt kütuseaktsiisi, siis võib see oluliselt suurendada Töövõtja täitmiskulusid. Sellisel juhul on Töövõtjal õigus taotleda Kulude hüvitamist ja Lepinguhinna korrigeerimist alapunkti 20.1. alusel, mille kohta teeb Insener alapunkti 3.5. alusel otsuse. Seega ei teki Töövõtjal täiendav tasunõue mitte Inseneri algatatud Muudatuse, vaid õigusakti muutuse alusel. Sealjuures ei teki Töövõtjal sellist tasunõuet automaatselt, vaid selleks peab ta esitama Insenerile alapunktiga 20.1. kooskõlas eraldi nõude. Tähelepanuväärne on ka see, et alapunkti 13.7. kohaselt võib õigusakti muudatus tuua kaasa ka Tellija nõude Töövõtjale makstava tasu alandamiseks, kui õigusaktide muudatus vähendab Töövõtja täitmiskulusid.
 - (2) **Alapunkti 13.8.** näeb ette Töövõtjale tasutavate summade suurenemist ja vähenemist Pakkumuslisas toodud Kulude korrigeerimise tabeli alusel. Kui Pakkumuslisas sellist tabelit pole, siis kõnealune alapunkt ei kehti. Erinevus tavapärasest Muudatusest seisneb asjaolus, et korrigeerimise aluseks olevad andmed tulenevad juba Lepingu sõlmimisel kokku lepitud Kulude korrigeerimise tabelist.
42. **Muudatuste eristamine FIDIC üldtingimustes sätestatud poolte nõudeõigustest tulenevatest muutustest.** Üldtingimuste kohase Inseneri poolt algatatud Muudatuse järgimine on Töövõtja kohustus. Töövõtja kohustusele viia Muudatus ellu vastab Inseneri kohustus hinnata, kas Töövõtjal tekib Muudatuse ellu viimisega õigus lisatasule. Insener peab seda hindama ilma Töövõtja täiendava alapunkti 20.1. alusel esitatava nõudeta. Insener peab otsustama siin kollase raamatu puhul alapunkti 3.5. alusel ning punase raamatu puhul alapunkti 12.3. ja 12.4. ning neist tulenevate viidete tõttu samuti alapunkti 3.5. alusel. Muudatusega põhjustatud ajapikenduse saavutamiseks peab Töövõtja esitama eraldi nõude alapunkti 20.1. alusel.
- Samas näevad üldtingimuste alapunktid Töövõtjale ette veel palju erinevaid võimalusi nõuda täiendava tasu maksmist (teatud juhtudel üksnes Kulutuste hüvitamise läbi, kuid teistel juhtudel lisaks ka mõistliku kasumi hüvitamise läbi) või Täitmisaja pikendamist. Üldtingimuste alapunktid, mis annavad Töövõtjale nõudeõiguse, mis pole seotud Muudatuste ega üldtingimuste punktis 13 sisalduvate korrigeerimistega, on järgmised: 1.9., 2.1., 4.7., 4.12., 4.24., 8.4., 8.5., 8.9., 10.2., 10.3., 11.8., 14.8., 16.1., 16.4., 17.1., 17.4., 18.1., 19.4., 19.6.. Nimetatud Töövõtja nõuete esitamise ja neile reageerimise protseduur sisaldub üldtingimuste alapunktis 20.1.
43. **Muudatuste eristamine Lepingu muutmisest.** FIDIC üldtingimuste alapunktis 13.1. sätestatud Muudatuste algatamise õigus on üldtingimuste alapunkti 13.1. kohaselt antud Insenerile. Samas üldtingimuste alapunkti 3.1. kohaselt ei ole Inseneril volitusi Lepingu muutmiseks ega volitusi vabastada kumbagi Lepingupoolt nende kohustustest ega vastutusest, mis neil Lepingu kohaselt on. Järelikult eristatakse FIDIC üldtingimustes

EVERSHEDS OTS & CO

Muudatust ja Lepingu muutmist. Kuna Inseneril on Muudatuste tegemise õigus, kuid mitte Lepingu muutmise õigust, siis järelikult ei peeta FIDIC üldtingimustes Muudatust suure algustähena Lepingu muutmiseks. Järelikult saab Lepingu muutmise FIDIC üldtingimuste tähenduses käsitleda olukorda, kus muudetakse mõnda üldtingimuse või eritingimuse või mõne muu Lepingu dokumendi punkti. Erialakirjanduses on sellist eristust põhjendatud järgmiselt:

- (1) FIDIC lihtsalt paneb poolte nõuded ja õigused sõltuvusse Inseneri õiglasest otsusest. See muudab õigused pooltele siduvaks ja sissenõutavaks. Aga tegelikult vastavad õigused juba eeleksisteerivad. Seega Inseneri roll on muuta eeleksisteerivad õigused ajutiselt jõustatavateks, kuna tema otsused on Vaidluste Lahendamise Komisjoni poolt ülevaadatavad. See on kooskõlas alapunktiga 3.1., kus on selgelt sätestatud, et Inseneril puudub Lepingu muutmise õigus. Kõik need küsimused, mida Inseneril on vaja otsustada, on juba eelnevalt poolte vahel kokku lepitud ja Insener on sellega otseselt seotud. Kui Lepingus pole vastavat viidet, siis pole ka vajadust Inseneri poolse tegutsemise järele. Aga kui Leping näeb ette nõudeõiguse või õiguse täiendava tasu saamiseks, siis Insener jõustab selle kokkuleppe²⁷.
- (2) Insener peab tegutsema kui otsuste tegija ja seega on temalt nõutud ka õiguse kohaldamist. Seega iga otsus peab olema kooskõlas Lepinguga ja seal viidatud õigusega. Alapunkt 3.5. ei anna Insenerile diskretsiooniotsuste tegemise volitusi ega vahekohtu rolli. Insener peab tegema otsuseid nõuete, uute ühikhindade (punane raamat) ja Muudatuste hindamise kohta. Samas ei ole Inseneril õigust muuta Lepingut või vabastada kumbagi poolt mistahes kohustustest ja vastutusest. Kuigi Inseneri otsus on poolte jaoks siduv, ei kehtesta see pooltele ühtegi uut kohustust²⁸.
- (3) Kõik Inseneri volitused tulenevad ja põhinevad Lepingul. Selgelt on sätestatud, et Insener ei tohi Lepingut muuta (alapunkt 3.1.). Tal ei ole lubatud ka vabastada kumbagi poolt Lepingulistest kohustustest ega vastutusest. Täpsemalt, ükski heakskiit, kontroll, tõendamine, nõusolek, ülevaatamine, inspekterimine, juhis, teade, ettepanek, nõudmine, test või sarnane tegevus ei tohi vabastada Töövõtjat mistahes vastutusest, mis tal Lepingust tulenevalt on (alapunktid 3.1. ja 7.3.). Seega Insener mitte kunagi ei muuda Lepingut ega kaldu kõrvale sellest, mis on poolte vahel kokku lepitud²⁹.
- (4) Ulatus, milles Muudatused on lubatavad, tuleneb alapunktist 13.1. Inseneril ei ole lubatud mingit tööd ära jätta selleks, et anda selle tegemine kellelegi teisele. Tal ei ole ka Lepingu muutmise õigust. Järelikult Muudatus ei tohi erineda radikaalselt sellest, mida Töövõtja on juba lubanud teha³⁰. Insener ei saa instrueerida midagi, mis on väljaspool üldist Tööde ulatust³¹.

Kokkuvõtvalt ei peeta FIDIC üldtingimustes Muudatust Lepingu muutmiseks, kuna võimalike Muudatuste sisu ja nende tegemise kord on üldtingimuste kaudu lepitud kokku juba Lepingu sõlmimisel. Seega juba Lepingu sõlmimisel on lepitud kokku Inseneri volitustes algatada Muudatusi, mis toovad nii Töövõtjale kui ka Tellijale kaasa üldtingimustes nimetatud õigused ja kohustused. Lepingu muutmine on seevastu midagi, mille võimaliku sisu ja elluviimise korda algne Leping ette ei näinud.

VII. EUROOPA LIIDU RIIGIHANKEÕIGUSEST TULENEVAD PIIRANGUD FIDIC ÜLDTINGIMUSTEST TULENEVALE MUUTUSTELE

44. **FIDIC üldtingimustel põhineva hankelepingu muutmine allub riigihankeõigusest hankelepingu muutmisele tulenevatele piirangutele.** Mitte kusagilt ei tulene välistust, et riigihanke tulemusena sõlmitud FIDIC üldtingimustel põhineva hankelepingu muutmine ei allu riigihankeõigusest tulenevatele hankelepingu muutmise piirangutele. Järelikult hoolimata sellest, kas tegemist on FIDIC üldtingimustel põhineva hankelepinguga, mingil

²⁷ Samas lk 105.

²⁸ Samas lk 227-228.

²⁹ Samas lk 228-229.

³⁰ Samas lk 269.

³¹ Samas lk 271.

muul mudellepingul põhineva hankelepinguga või hankija enda poolt välja töötatud hankelepinguga, hankelepingu muutmisel tuleb igal juhul järgida riigihankeõigusest tulenevaid piiranguid.

45. **Kuigi FIDIC üldtingimuste kohaselt ei peeta Inseneri algatatud Muudatust Lepingu muutmiseks, alluvad ka Muudatud riigihankeõiguse hankelepingu muutmise regulatsioonist tulenevatele piirangutele.** Nagu eelnevalt selgitatud, FIDIC üldtingimuste tekstist järeldub, et Inseneri algatatud Muudatusi ei peeta FIDIC üldtingimuste kohaselt Lepingu muutmiseks. Analüüsi autori arvates ei tähenda see aga seda, et Muudatus ei alluks riigihankeõigusest tulenevatele hankelepingu muutmise piirangutele. Nimelt:
- (1) FIDIC üldtingimused on mudelleping. Tavaliselt korrigeeritakse seda veel Tellija suva järgi koostatud eritingimustega. Igal juhul on tegemist lepinguga. **Asjaolu, et lepingus on lepitud kokku, et miski pole lepingu muudatus, ei tähenda, et seda miskit ei tuleks lepingu muudatusena käsitleda, kui ta seda sisuliselt siiski on.** Vastasel juhul piisaks riigihankeõigusest tulenevatest hankelepingu muutmise piirangutest mõõdaminekuks sellest, kui pooled lepiks lepingus kokku, et näiteks: mistahes ulatuses lepinguhinna suurendamine pole lepingu muutmise või mistahes ulatuses lepingu esemeks olevate tööde muutmise pole lepingu muutmise.
 - (2) Asjaolu, et FIDIC üldtingimuste kohaselt pole Inseneri algatatud Muudatuse näol tegemist Lepingu muutmiselega **ei tähenda, et Muudatuse iseloom ei võiks olla selline, mida tavapäraselt peetakse Lepingu muutmiseks.** Asjaolu, et Inseneri algatatud Muudatus on enamasti Inseneri ühepoolne juhis, mida Töövõtja on kohustatud järgima ehk tegemist pole pooltevahelise kokkuleppega millegi muutmiseks, ei tähenda, et Muudatust ei saaks käsitleda Lepingu muutmisenäiteks VÕS § 13 lg 1 kohaselt võib Lepingut muuta lepingupoolte kokkuleppel või lepingus või seadusega ettenähtud muul alusel. Seega võib Lepingu muutmisenäiteks käsitleda ka FIDIC üldtingimustes reguleeritud Inseneri algatatud Muudatust.
 - (3) **Muudatuse eristamine Lepingu muutmiseks võib praktikas olla ka üsna keeruline.** Näiteks peetakse üldtingimuste alapunkti 13.1. kohaselt Muudatuse algatamiseks ka Inseneri nõuet Töövõtjale esitada ettepanek. Samas alapunktis 13.3. on räägitud Inseneri poolt Töövõtjalt ettepaneku küsimisest enne Muudatuseks juhise andmist. FIDIC lepingutingimuste ametlikes kommentaarides on seda erisust selgitatud selliselt, et alapunkti 13.3. alusel küsib Insener Töövõtjalt ettepanekut eesmärgiga jõuda muutmises kokkuleppele. Kokkuleppetuleb Inseneri juhisele eelistada seetõttu, et selliselt väheneb pooltevahelise vaidluse tõenäosus muudatusega kaasneva võimaliku Töövõtja tasunõude, Täitmisaja pikendamise nõude vms osas. Selline Inseneri poolne ettepaneku küsimine ise ei moodusta Muudatust, välja arvatud juhul, kui tegemist on Inseneri juhisega. Hoolimata sellest, kuidas Insener on ettepanekut küsinud, siis võib Insener Töövõtjalt saadud ettepaneku aktsepteerida Muudatusena või anda selle ettepaneku alusel mingi muu juhise, mis on käsitletav Muudatusena³². Järelikult võib Muudatuse eristamine Lepingu muutmiseks olla keeruline.
 - (4) **Inseneri algatatud Muudatuse eesmärk on üldtingimuste alapunkti 13.1. kohaselt suunatud millegi muutmisele algselt kokkulepitud tingimustes.** Järelikult kinnitab Muudatuse eesmärk selle Lepingut muutvat iseloomu. Samuti kinnitab seda ka Muudatuse enda nimetus (Variation, mis eesti keelde on tõlgitud kui Muudatus). Nimetusest endast ei saa küll tõsikindlaid järeldusi veel teha, kuid lepinguõiguses siiski kehtib arusaam, et nimetus loob vähemalt eelduse, et vastav sõna peegeldab ka selle sisu. Järelikult peab ka üldtingimuste kohane Muudatus alluma riigihankeõigusest tulenevale hankelepingu muutmise piirangutele.
46. **FIDIC üldtingimuste alusel tehtava Muudatuse lubatavuse testimise võimalik meetodika riigihankeõigusest tulenevate piirangute valguses.** Nagu eelnevalt selgitatud, erialakirjanduses on asutud seisukohale, et Muudatustega ei tohi Lepingut muuta radikaalselt ehk Muudatusega ei tohi muuta Lepingu olemust. Arvestades eeltoodut ning üldtingimuste alapunktis 13.1. nimetatud lubatavate Muudatuste iseloomu võib eeldada, et:

³² The FIDIC Contracts Guide with Detailed guidance of using the first editions of FIDIC's, First Edition 2000, lk 222

- (1) enamik FIDIC üldtingimuste kohaseid Muudatusi kvalifitseeruvad direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 2 mõttes eelduslikult kas rahaliselt väheväärtuslikeks või artikli 72 lõike 4 mõttes ebaolulisteks ehk järelikult lubatavateks.
- (2) isegi, kui vastav Muudatus mingil põhjusel ei osutu lubatavaks eelnimetatud alustel, siis esineb suur tõenäosus, et Muudatus on ikkagi lubatav kas direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti b alusel, kuna lisatarnete tellimine on võimalik vaid seniselt lepingupartnerilt või artikli 72 lõike 1 punkti c alusel, kuna Muudatuse aluseks on ettenägematu vajadus.

Juhul, kui konkreetne Muudatus siiski ei osutu lubatavaks mitte ühelgi eelnimetatud alusel, tuleb analüüsida, kas Muudatus on lubatav direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel ehk muutmise võimalus on Lepingus nõuetekohaselt ette nähtud.

Eeltoodud käsitluse võib pöörata ka tagurpidi. Nimelt, kui asuda seisukohale, et konkreetse Muudatuse puhul või teatud Muudatuste grupi puhul või kõigi FIDIC üldtingimuste kohaste Muudatuste puhul on täidetud direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktis a toodud muudatuse võimaluse Lepingus sätestatuse nõuded, siis ei olegi vajalik ülejäänud artiklis 72 nimetatud muudatuste lubatavuse aluste esinemist kontrollida. Teisisõnu, kui Muudatus on lubatav artikli 72 lõike 1 punkti a alusel, siis pole oluline, kas ta on lubatav või mittelubatud mõnel muul artiklis 72 nimetatud alusel.

47. **Kas FIDIC üldtingimuste alusel tehtavad Muudatused on lubatavad direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel ehk põhjusel, et muutmise võimalus on Lepingus nõuetekohaselt ette nähtud.** Tegemist on olulise küsimusega, kuna juhul, kui sellele vastata jaatavalt, siis polegi ühegi üldtingimustega kooskõlas tehtava Muudatuse puhul mingite muude riigihankeõigusest tulenevate lubatavuse kriteeriumite olemasolu või puudumist vaja kontrollida. Tegemist on aga keerulise küsimusega, mida kinnitab käesoleva analüüsi tellimise vajadus, mis kinnitab, et erinevad juristid ja valdkonna spetsialistid on selles küsimuses erinevatel seisukohtadel. Kahjuks ei ole Euroopa Kohus ega ka Riigikohus FIDIC üldtingimustes reguleeritud Muudatuse tähendust riigihankeõiguse kontekstis analüüsinud ega hinnanud, kas FIDIC üldtingimustes sätestatud Muudatuse regulatsioon täidab *Succhi di Frutta* kohtuasjas sätestatud kriteeriumid, mida on täpsustatud ja edasi arendatud direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktis a. Käesoleva analüüsi autori arvamus selles küsimuses on järgmine:

- (1) **FIDIC üldtingimustes Muudatuse protseduuri, olemuse, ulatuse ja tingimuste selge, täpne ja ühemõttelisest sätestamisest.** Direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktis a esitatud nõuete eesmärgiks on välistada, et Muudatust reguleerivad klauslid annaks Insenerile Muudatuste tegemiseks piiramatut kaalutusõigust. Seega peaks igal Lepingu sõlmimisel huvitatud isikul olema juba pakkumuse esitamisel ajal võimalik prognoosida eeldatava Muudatuse protseduuri, olemust, ulatust ja selle andmist põhjustavaid tingimusi.
 - (a) **Muudatuste protseduuri** osas on FIDIC üldtingimuste regulatsioon käesoleva analüüsi autori hinnangul pigem selge ja arusaadav. Tänu FIDIC üldtingimuste rahvusvaheliselt laiale kasutatavusele on vastavas valdkonnas tegutsevatele pakkujatele üldjoontes teada FIDIC üldtingimustes sisalduv Muudatuste protseduur. Selles küsimuses on kõik pakkujad hankemenetluse ajal seega võrdses seisus. Tänu FIDIC üldtingimuste rahvusvaheliselt laiale tunnustatusele kui valdkonna parimat praktikat koondavale mudellepingule võib arvata, et reeglina ei ole hankijatel Muudatuste protseduuri enam läbimõeldavamalt võimalik sätestada.
 - (b) **Muudatuste olemuse** suhtes on FIDIC üldtingimustes Inseneri kaalutusõigust mingil määral piiratud. Muudatuse võimalik sisu ehk olemus on reguleeritud eelkõige alapunktis 13.1., aga ka alapunktides 4.6., 7.2., 7.4., 8.11. ja 11.2., ning protseduur alapunktis 13.3. Lisaks tuleneb alapunktist 3.1., et Insener ei tohi muuta Lepingut ega vabastada Lepingupooli Lepingust tulenevatest kohustustest ja vastutusest. Seega pigem on Muudatuse olemus üldtingimustes selgelt ja arusaadavalt reguleeritud.
 - (c) **Muudatuste ulatusele** ei ole FIDIC üldtingimustes sisuliselt piiranguid seatud. Järelikult ei ole ka piiratud Inseneri kaalutusõigust otsustada mistahes ulatuses Muudatuste teostamist. Olukorda võiks mõnevõrra leevendada eritingimustes selge määratlus, et Muudatusi võib rahastada üksnes Ettenähtud Summa arvelt ja Insener ei tohi algatada Muudatust, mille maksumust ei ole võimalik

rahastada Ettenähtud Summa arvelt. Samas sellisel juhul võiks prognoosida Muudatuste kogumi maksumuse ulatust, kuid mitte iga konkreetse Muudatuse ulatust. Lisaks ei kõrvaldaks see Muudatuste ebaselget ulatust Täitmisajale.

- (d) **Muudatuste andmist põhjustavaid tingimusi** ei ole enamike FIDIC üldtingimuste kohaselt lubatavate Muudatuste puhul samuti sätestatud, erandiks võivad olla alapunktid 13.2. (väärtuse kujundamine) ja 13.6. (päevatöö), kus on põhimõtteliselt reguleeritud, missuguste tingimuste esinedes võib Muudatust teha ja ka missugustele tingimustele peab Muudatus vastama.
- (2) **Keelust Muudatusega muuta Lepingu üldist olemust.** Nagu öeldud, erialakirjanduses ollakse seisukohal, et ka FIDIC üldtingimuste kohase Muudatusega ei tohi muuta Lepingu üldist olemust. Seega printsiibis üldtingimuste kohane Muudatus vastab sellele kriteeriumile. Samas on kõnealuse kriteeriumi näol tegemist faktiotsustusega, mis tähendab, et igakordselt tuleb konkreetset Muudatust selle kriteeriumi valguses hinnata ehk puudub võimalus anda eelhinnangut FIDIC üldtingimustes reguleeritud Muudatuste regulatsioonile üldiselt.
- (3) **Järeldus.** Käesoleva analüüsi autor on arvamusel, et:
- (a) Tõenäoliselt FIDIC üldtingimuste **alpunktis 13.6.** sisaldav Muudatuse regulatsioon on kooskõlas direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktiga a. Selles alapunktis reguleeritud Muudatuse puhul on hankemenetluses osalemisest huvitatud pakkujatel võimalik teha Muudatuse protseduuri, olemuse, ulatuse ja tingimuste kohta piisavalt selge, täpne ja ühemõtteline prognoos.
- (b) Tõenäoliselt võib ka FIDIC üldtingimuste **alpunktis 13.2.** sisalduv Muudatuse regulatsioon olla teatud juhtudel kooskõlas direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktiga a. Siinkohal on eriti oluline kontrollida, kas sellise Muudatusega on ikka järgitud Lepingu üldise olemuse mittemuutmise kohustust. Mis puudutab Muudatuse protseduuri ja olemust, siis analüüsi autori arvates on nendes kriteeriumites direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktis a toodud nõuded järgitud. Muudatust õigustavate tingimuste puhul on direktiivi nõuded tõenäoliselt samuti täidetud, kuna need on esitatud alapunkti esimeses lõigus. Peamine on, et Muudatus peab mingil moel tooma kasu Tellijale. Muudatuse ulatuse puhul on direktiivi nõude täidetuse küsimus mõnevõrra keerulisem. Kui selline Töövõtja nn ratsionaliseerimisettepanek päädib Muudatusena käsitletava Inseneri juhise või heakskiiduga, mis samas suurendab Lepinguhinda, siis pole Muudatuse ulatusele direktiivist tulenevad piirangud tõenäoliselt järgitud. Kui sellise Muudatuse tulemusena Lepinguhind hoopis alaneb ja rakendub alapunkti 13.2. lit (c), siis saab Muudatuse ulatusele direktiivist tulenevad piirangud tõenäoliselt ka järgituks lugeda. Seda kinnitab ka Presstexti kohtuasjas avaldatud Euroopa Kohtu seisukoht³³. Sellisel juhul on Töövõtjal võimalik prognoosida, et talle makstakse 50% Tellija rahalisest võidust, mis ületab töö väärtuse vähenemist. Selliste ratsionaliseerimisettepanekute esitamist tuleks pigem tervitada ning seeläbi motiveerida Töövõtjaid Tööde teostamise käigus mõtlema paremate ja targemate lahenduste peale. Kuna sellise Muudatuse mõjul Tellija poolt Töövõtjale tasumisele kuuluv summa kokkuvõttes väheneb, siis ei toimu siin ka eelduslikku ebavõrdset kohtlemist, mis võib olla teemaks tasu suurendamise korral.
- (c) Tõenäoliselt FIDIC üldtingimuste **alpunktides 13.1., 13.3., 4.6., 7.2., 7.4., 8.11. ja 11.2.** sisaldav Muudatuste regulatsioon ei ole kooskõlas direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktiga a. Nendest alapunktidest on hankemenetluses osalemisest huvitatud pakkujatel võimalik teha küll piisavalt selgeid, täpseid ja ühemõttelisi järeldusi Muudatuste protseduuri kohta ja tõenäoliselt ka olemuse kohta. Samas ei ole pakkujatel aga tõenäoliselt võimalik teha Muudatuste ulatuse ja tingimuste kohta piisavalt selgeid, täpseid ja ühemõttelisi prognoose. Käesoleva analüüsi autor ei jaga lõpuni seisukohta, et kõikide Muudatuste võimalus on Lepingu sõlmimisega juba kokku lepitud ning Insener üksnes jõustab neid. Kuigi Lepingut sõlmides on teada, milline on Muudatuste protseduur ja olemus, pole võimalik teha siiski mistahes prognoose

³³ Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Austria (C-454/06) kaasuses kohtuotsuse p 85-87.

Muudatuste ulatuse ja tingimuste kohta. Järelikult on Inseneril siin sisuliselt piiramatu kaalutusõigus. Siinkohal on vajalik aga rõhutada, et tegemist on üksnes käesoleva analüüsi autori arvamusega. Põhimõtteliselt ei saa välistada, et Euroopa Kohus või Riigikohus jõuavad siin teistsugusele järeldusele. Samas käesoleva analüüsi autor siiski ei pea kehtivat Euroopa Kohtu ja Riigikohtu praktikat arvestades sellisele teistsugusele järeldusele jõudmist tõenäoliseks.

48. **FIDIC üldtingimuste alapunktides 13.7. ja 13.8. lubatud korrigeerimised on tõenäoliselt lubatavad direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel.** Nimetatud alapunktides toodu näol pole tegemist mitte FIDIC üldtingimuste kohaste Muudatuste, vaid korrigeerimistega. Lähtudes eelmises punktis toodud metoodikast on käesoleva analüüsi autor arvamusel, et FIDIC üldtingimuste alapunktides 13.7. ja 13.8. on võimalik teha kõnealuste korrigeerimiste protseduuri, olemuse, ulatuse ja tingimuste kohta piisavalt selgeid, täpseid ja ühemõttelisi prognoose. Sisuliselt on alapunktis 13.7. antud Lepingupooltele mõistlik nõudeõigus Lepinguhinda korrigeerida Lepingupooltest mittedõlitud vahetustest välisest mõjust (õigusaktide muutumine) tulenevale Töövõtja täitmiskulude muutuse tõttu. Alapunktis 13.8. sisalduv korrektsiooni vajadus võib küll Lepingupooltest olla sõltuv, kuid selle protseduur, olemus, ulatus ja tingimused on piisavalt selged, täpsed ja ühemõttelised juba Lepingu sõlmimisel.

49. **FIDIC üldtingimuste alapunktides 1.9., 2.1., 4.7., 4.12., 4.24., 8.4., 8.5., 8.9., 10.2., 10.3., 11.8., 14.8., 16.1., 16.4., 17.1., 17.4., 18.1., 19.4., 19.6. tulenevad nõudeõigused on tõenäoliselt lubatavad direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel.** Nimetatud alapunktides:

- (1) alapunktides 1.9., 2.1., 10.2., 10.3., 14.8., 16.1., 16.4. toodu on sisuliselt Töövõtjale Lepinguga antud õiguskaitsevahendid reageerimaks Tellija rikkumistele või üldtingimustega Tellija vastutusalasse pandud sündmustele ja asjaoludele. Vahemärkusena olgu öeldud, et Tellija vastutab ka Inseneri rikkumiste eest, kuna Insener kuulub üldtingimuste alapunkti 1.1.2.6. kohaselt Tellija personali hulka.
- (2) Alapunktides 4.7., 17.1., 17.4., 18.1. toodu on sisuliselt Töövõtjale Lepinguga antud õiguskaitsevahendid esitamaks nõudeid, mis on seotud sündmuste või asjaoludega, mis on Lepingu kohaselt Tellija vastutusalas ehk Tellija riskiks.
- (3) alapunktides 4.12., 4.24., 8.4., 8.5., 8.9., 11.8., 19.4. ja 19.6. toodu on sisuliselt Töövõtjale Lepinguga antud õiguskaitsevahendid esitamaks nõudeid, mis on seotud sündmuste või asjaoludega, mis Lepingu kohaselt ei ole Töövõtja vastutusalas ehk Töövõtja riskiks.

Peamine on siin see, et nende nõuete aluseks ei ole Inseneri kaalutusõigus, vaid tegemist on sisuliselt Töövõtja õiguskaitsevahenditega. Inseneri kaalutusõigus tuleb mängu üksnes Töövõtja nõude osas seisukoha võtmisel, kuid ka sellele on alapunktis 3.5. nähtud ette teatud piirangud. Juhul, kui Insener keeldub Töövõtja nõuet aktsepteerimast, siis on Töövõtjal alapunkti 20.2. alusel õigus esitada oma nõue lahendamiseks Vaidluste Lahendamise Komisjonis. Kui Vaidluste Lahendamise Komisjoni otsuse peale esitatakse alapunkti 20.4. alusel mittenõustumisteade, on võimalik vaidluse lahendamine alapunkti 20.5. alusel heatahtliku kokkuleppega. Kui ka selliselt ei õnnestu vaidlust lahendada näeb alapunkt 20.6. ette arbitraažikohtusse pöördumise võimaluse. Eritingimustega on võimalik vaidluste lahendamise korda oluliselt muuta. Tähelepanuväärne on ka see, et kui Insener teeb otsuse Töövõtja kahjuks ja Töövõtja saavutab hiljem oma nõude rahuldamise näiteks arbitraažikohtus, siis vahepealse aja eest on Töövõtjal õigus nõuda Tellijalt viivise maksimist ning lisaks peab Tellija hüvitama Töövõtja menetluskulud. Seetõttu võib Inseneri ebaõigus otsus tekitada Tellijale olulisi lisakulusid.

Käesoleva analüüsi autor arvates on küsitav, kas analüüsi käesolevas punktis nimetatud FIDIC üldtingimuste alapunktides reguleeritud Töövõtja nõuete suhtes peaks hankedirektiivi 2014/24/EL artikkel 72 üleüldse kohaldatav olema. Analüüsi autori arvates ei saa riigihankeõigusest tulenevad hankelepingu muutmise piirangud takistada Töövõtjal Lepingust või seadusest tulenevate õiguskaitsevahendite või muude nõudeõiguste teostamist. Seetõttu on analüüsi autor näiteks seisukohal, et näiteks VÕS §-st 97 lepinguliste kohustuste vahekorra olulisest muutumisest tulenevad Töövõtja nõudeõigused ei ole piiratud RHS §-ga 69 lg 3 või lg 4. Seega analüüsi autori arvates ei ole RHS § 69 lg 3 ega lg 4 erisätteks VÕS § 97 suhtes.

EVERSHEDS OTS & CO

Samas ei oma hankedirektiivi 2014/24/EL artikkel 72 kohaldatavuse küsimus analüüsi autori jaoks erilist tähtsust, kuna analüüsi autor on arvamisel, et nimetatud üldtingimuste alapunktidest tulenevate nõuete protseduur, olemus, ulatus ja tingimused on igale vastavas valdkonnas tegutsevatele professionaalsele ja kogunud töövõtjale selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt arusaadavad ja prognoositavad. Järelikult on täidetud direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punktis a esitatud tingimused ehk vastavatest Töövõtja nõuetest tulenevad muutused Täitmisajas või Lepinguhinnas on lubatavad juba direktiivi 2014/24/EL artikli 72 lõike 1 punkti a alusel, rääkimata võimalusest, et nad võivad olla lubatavad ka teistel artiklis 72 toodud alustel.

VIII. KASUTATUD ALLIKAD

- (1) Mari Ann Simovart "Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses", Juridica IV/2010.
- (2) Presstext Nachrichtenagentur GmbH v Austria (C-454/06) kaasuses kohtuotsus.
- (3) Stadt Halle v RPL Recyclingpark Lochau GmbH (C-26/03) kaasuses kohtuotsus.
- (4) Presstexti kaasuses kohtujurist Kokott'i arvamus.
- (5) Euroopa Komisjon v CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99) kaasuses kohtuotsus.
- (6) Haldusajajas nr 3-3-1-31-11 Riigikohtu halduskolleegiumi kohtuotsus.
- (7) Tsiviilajajas nr 3-2-1-102-14 Riigikohtu tsiviilkolleegiumi kohtuotsus.
- (8) Axel-Volkmar Jaeger, Gotz-Sebastian Hok "FIDIC - A Guide for Practitioners", Springer-Verlag, 2010.
- (9) The FIDIC Contracts Guide with Detailed guidance of using the first editions of FIDIC's, First Edition 2000.

Lugupidamisega

Raiko Lipstok
Vandeadvokaat
Advokaadibüroo Eversheds Ots & Co