

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND

Avaliku õiguse osakond

Angela Kase

**ALLTÖÖVÕTJATELE TASUDE TAGAMINE.
HANKEDIREKTIIVIDE EESMÄRK vs RIIGISISENE REGULATSIOON – KAS
KAITSE VÕI KATSE?**

Magistritöö

Juhendaja: dr iur. Mari Ann Simovart

Tallinn 2018

Sisukord

Sissejuhatus	4
1. Alltöövõtjatele tasu tagamise õiguslik alus Euroopa Liidu õiguses	8
1.1. Vajadus ja poliitilise eesmärgi kujunemine	8
1.2. Hankedirektiividest tulenev regulatsioon	10
1.3. Regulatsiooni rakendamisel kaasnev mõju osapoolte halduskoormusele	15
2. Alltöövõtjate tasu tagamise regulatsioon riigisiselt	20
2.1. Hankeõiguse positsioon Eesti õigussüsteemis	20
2.1.1. Hankeõiguse alluvus	20
2.1.2. Hankeõiguse põhimõtete ulatus	21
2.2. Alltöövõtjate kaitse vajadus	24
2.3. Regulatsioon riigihangete seaduses	26
2.3.1. Pakkujale maksete peatamise regulatsioon	26
2.3.2. Sätte konformsus hankedirektiividega	32
2.3.2.1. Eelistuste lubatavus	33
2.3.2.2. Kohaldamise viis	34
2.3.2.3. Vastuolu kontsessioonidirektiiviga	36
2.3.3. Vastavus hanke üldpõhimõtetele	37
2.3.3.1. Läbipaistvus	38
2.3.3.2. Võrdne kohtlemine	39
2.3.3.3. Proportsionaalsus	40
2.4. Regulatsioon võlaõigusseaduses	43
2.4.1. Kolmanda isiku kasuks sõlmitava lepingu olemus	43
2.4.2. Sätte konformsus hankedirektiividega	47
2.5. Regulatsioonide mõju osapoolte halduskoormusele	48
2.6. Ettepanek alltöövõtja taotluse põhjendatuse hindamiseks	50
2.6.1. Omanikujärelevalve olemus	50
2.6.2. Omanikujärelevalve kohustused ja õigused	52
2.6.3. Omanikujärelevalve vastutus	56
Kokkuvõte	58
Summary	62

Allikad	69
Kasutatud kirjandus	69
Kasutatud normatiivmaterjal	71
Kasutatud kohtupraktika	72
Muud kasutatud allikad	72

Sissejuhatus

Väike- ja keskmise suurusega ettevõtted¹ (edaspidi *VKE*) on ükskõik millise riigi majanduses kesksel kohal, mh seetõttu, et need loovad võrreldes suurte ettevõtetega rohkem töökohti ja pakuvad majanduslikku stabiilsust ka majanduskriiside ajal. Just seetõttu on VKE jätkusuutliku majanduse jaoks olulise tähtsusega, selgitab õigusteadlane Trybus². Näiteks Euroopa Liidus (edaspidi *EL*) on ligi 20,8 miljonit VKE-d ja need moodustavad 99,8% kõigist ettevõtetest ja 2/3 kõigist töökohtadest³. Siinkirjutaja, olles 12.a olnud mikroettevõtja, nõustub, VKE-d on paindlikumad ja turu ning majanduskeskkonna muutustega kiiremad kohanejad. Paljuski seetõttu sätestatigi 2014.a vastu võetud uutes direktiivides⁴ varasemate direktiividega võrreldes liikmesriikidele oluliselt laiemad kohustused ja võimalused VKE-de hanketurule aktiivsemalt kaasamise ja hangetes osalemise soodustamiseks.

Alltöövõtjate kaitse vajadus tuleneb direktiivide 2014/24/EL (edaspidi *klassikaline direktiiv*) ja 2014/25/EL (edaspidi *võrgustikudirektiiv*, koos eelnevaga *hankedirektiivid*) preambuli⁵ kohaselt eesmärgist soodustada VKE-de osalemist riigihanketurul. Tavapärastele suurtele hangetele

¹ Euroopa Komisjoni 6.05.2003.a soovitusel kohaselt on väikeettevõtte ettevõtte, mis annab tööd kuni 50 inimesele ning mille käibe või bilansi maht ei ületa 10 miljonit eurot, ning keskmise suurusega ettevõtte ettevõtte, mis annab tööd kuni 250 inimesele ning mille käibe ei ületa 50 miljonit eurot või bilansi maht ei ületa 43 miljonit eurot. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:EN:PDF>.

² Trybus, M. Small and Medium Sized Enterprises and public procurement regulation: the division of public contracts into lots. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/32-TRYBUS-Small_and_medium-sized_enterprises_and_the_division_of_contracts_into_lots.pdf.

³ PriceWaterhouseCoopers, ICF GHK, Ecorys. SMEs access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU. European Commission, February 2014. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15459?locale=en>.

⁴ 31. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26. veebruar 2014 direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-64. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26. veebruar 2014 direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65-242. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu, 26. veebruar 2014 direktiiv 2014/25/EL milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 243-374.

⁵ Klassikalise direktiivi preambuli p. 78, võrgustikudirektiivi preambuli p. 87.

puudub VKE-del pakkujana piiratuma finantssuutlikkuse, kogemuse ja tehniliste nõuete tõttu⁶ sageli ligipääs⁷, st VKE-del puudub lihtsalt suutlikkus suuri hankelepinguid tervikuna hallata⁸ ja seetõttu tuleb soodustada neid hangetel osalema muul viisil, näiteks pakkuja alltöövõtjatena. Ühed sellised uuendused on neli meetet⁹ alltöövõtjate kaitse tagamiseks ja neist meetmetest üks on alltöövõtjate otsemaksete regulatsioon, millega tehakse ettepanek riigisisestl sätetada alltöövõtjatele otsemaksete tegemise võimalus. Direktiiv 2014/23/EL (edaspidi *kontsessioonidirektiiv*) alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni ette ei näe. Liikmesriigid kohustusid siseriikliku hankeõiguse normid kohaldama direktiividele vastavateks hiljemalt 18. aprilliks 2016 a.

Liikmesriikidel tuleb riigihankeõiguse loomisel, iseäranis valdkondades, mida direktiiv ei reguleeri, pöörata tähelepanu esmase õiguse vabadustele ja põhimõtetele¹⁰, kuna hankedirektiivide ülevõtmise järel kaob enamasti nende otsene mõju ning hankija ja pakkuja tuginevad eeskätt riigisisese õigusaktis kehtestatud¹¹. Valdkondades, mida hankedirektiivid ei reguleeri või jätavad liikmesriikidele nende rakendamisel valikuvõimaluse, on liikmesriigil õigus kujundada siseriikliku hankeõigust iseseisvalt ent siiski piiratud loomevabadusega. EL õiguse ülevõtmisel tuleb riigisiseseid õigusakte Euroopa Liidu õigusega konformselt tõlgendada. Eeltoodu laieneb ka üldpõhimõtete sisustamisele ja kohaldamisele¹².

⁶ Ehituses näiteks spetsiifilise tarkvara või tehniliste seadmete olemasolu.

⁷ Euroopa Parlamendi Siseturu- ja tarbijakaitse 25.06.2008.a töödokument „Euroopa parimate tavade juhend, millega lihtsustatakse VKEde juurdepääsu riigihankelepingutele”. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-414.361+01+DOC+PDF+V0//ET&language=ET>.

⁸ Trybus, M. Small and Medium Sized Enterprises and public procurement regulation: the division of public contracts into lots. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/32-TRYBUS-Small_and_medium-sized_enterprises_and_the_division_of_contracts_into_lots.pdf.

⁹ Need neli meetet on: suurte hankelepingute osadeks jagamine, alltöövõtjate otsemaksed, hankemenetluse lihtsustamine (sh elektroonilise süsteemi e-Certis kohustuslik hooldamine ja kasutamine) ning majandus- ja finantssuutlikkuse nõuete proportsiooni viimine hankelepingu esemega.

¹⁰ Ojasalu, T. Euroopa ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja prof. Aare Reenumägi. Tallinna, 2006, lk 24.

¹¹ Normitehnika käsiraamat, Justiitsministeerium, lk 53. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/heaõigusloomejanormitehnikaeeskiri.pdf

¹² Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2016, lk 33.

Eesti uus riigihangete seadus (edaspidi *RHS*) jõustus hilinemisega, 01.09.2017 a., ent alltöövõtjate kaitse tagamise osas võib *RHS* tulenevaid regulatsioone pidada pigem tagasihoidlikeks. Näiteks alltöövõtjatele otsemaksete regulatsiooni sätestamist, eesmärgiga kaitsta alltöövõtjaid pahatahtlikele peatöövõtjatele tehtud töö eest tasu saamata jäämise eest, ei peetud vajalikuks. Leiti, et selline regulatsioon on võlaõigusseaduses¹³ (edaspidi *VÕS*) olemas eeldusel, et peatöövõtja nõustub alltöövõtjale otsemakse tegemisega. Alltöövõtjate otsemaksete regulatsioon jäeti küll *RHS* välja, ent viimasel hetkel lisati nn üllatussätted,¹⁴ millega hankija peatab alltöövõtja põhjendatud taotluse korral maksed peatöövõtjale kuniks peatöövõtja täidab oma rahalise kohustuse alltöövõtja ees. Regulatsiooni järgi ei peeta sellist hankija poolset käitumist isegi mitte hankelepingu rikkumiseks¹⁵. Üllatussätted jõustuvad 01.01.2019.a, juhul, kui neid enne ümber ei sõnastata.

Käesoleva magistritöö eesmärk on avada alltöövõtjate kaitse tagamise regulatsioon, täpsemalt alltöövõtjate otsemaksete regulatsioon, mis on hankedirektiivides üks neljast tööriistast, millega soovitakse edendada *VKE*-de osalust riigihangetes¹⁶. Autorit huvitab, kas alltöövõtjatele otsemaksete regulatsiooni puudumine *RHS* ja alates 01.01.2019.a jõustuv *RHS* säte, mis puudutab hankija poolt peatöövõtjatele alltöövõtja põhjendatud taotluse korral maksete peatamist, on vastuolus hankeõiguse üldpõhimõtete ja alltöövõtjate kaitse eesmärgiga, st järelikult mittekonformne hankedirektiivide suhtes. Autor püstitab hüpoteesid, et kui (i) liikmesriik on otsustanud rakendada alltöövõtjate otsemakseid puudutavaid sätteid, siis peab see regulatsioon esmajärjekorras tulenema *RHS*-st ja (ii) *RHS* § 122 lg 9, mis jõustub 01.01.2019.a, ei ole direktiiviga konformne ja seetõttu *RHS* alltöövõtjate kaitseks sobimatud. Siit tuleneb ka teema aktuaalsus, sest praktikast on teada hulgaliselt näiteid, kus pahatahtlikud peatöövõtjad alltöövõtjad põhjendamatult kokkulepitud tasuta jätavad. Töö väljundina pakub autor välja ühe võimaliku juhise, kuidas hankijal on võimalik ilma halduskoormuse märkimisväärse suurenemiseta kontrollida alltöövõtja taotluse põhjustatust ning seeläbi tagada alltöövõtjate kaitse olukorraks, kus peatöövõtja pahatahtlikult kavatses alltöövõtjale tasumata jätta.

¹³ Võlaõigusseadus - RT I, 31.12.2017, 8, vt § 80.

¹⁴ Laanemäe, K. Kutsumata külaline riigihangete seaduses. Äripäev, 14.09.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/arvamused/2017/09/14/kadi-laanamae-kutsumata-kulaline-riigihangete-seaduses>.

¹⁵ Riigihangete seadus – RT I, 01.07.2017, 1, Vt § 9 ja 10.

¹⁶ Trybus, M., Andrecka, M. Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? EPPPL, 3/2017, lk 224 – 238, lk 235.

Töö uurimismeetodina on leidnud kasutamist süsteemne ja analüütiline meetod ning töö põhilisteks allikateks on õigusteadlaste Sue Arrowsmith, Martin Trybus ja Mari Ann Simovarti publikatsioonid, kohtupraktika, ajakirja Juridica artiklid, asjakohaste seaduste seletuskirjad ja kommenteeritud väljaanded ning Euroopa Komisjoni tellitud analüüsid ja raportid.

Magistritöö on ülesehitatud kaheosalisena. Esmalt analüüsib autor hankedirektiividest tulenevat alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni, millega liikmesriikidel antakse võimalus reguleerida alltöövõtjate kaitset eesmärgiga kaasata hanketurule seeläbi enam VKE-sid. Seejärel analüüsib autor Eesti RHS vastavat regulatsiooni ja 01.01.2019 a. jõustuvat alltöövõtjate tasu tagamise sätet. Selleks selgitab autor esmalt lühidalt, millise õigusharu perekonda hankeõigus Eestis kuulub ja kuidas peab toimuma direktiivikonformne riigisisene õigusloome. Eeltoodu on vajalik hindamaks, kas ja millise õigusharu põhimõtteid tuleb RHS sisustamisel ja rakendamisel kasutada ning millist lahendust saab pidada direktiiviga konformseks. Lõpetuseks pakub välja ühe võimaliku juhise, kuidas alltöövõtja esitatud maksete taotlusi hankijale hinnata nii, et sellega ei kaasneks osapooltele märkimisväärset halduskoormust.

Kuna autor omab varasemalt ehitusteaduste magistrikraadi ja on 12.a tegutsenud eraettevõtjana just ehitus- ja planeerimisvaldkonnas, siis uurib ja analüüsib autor eeltoodut eelkõige ehitustööde hankelepingute valguses. Autor ei pelga töö liialt riigisisest lähenemist, see on tingitud asjaolust, et liikmesriikide õigussüsteemides lähenetaksegi hankeõiguse sisustamisele erinevalt, näiteks Prantsusmaa ja Hispaania õigussüsteemis on hankelepingud enamasti võrdsustatud halduslepingutega ja vaidluste menetlemine toimub halduskohtusüsteemis¹⁷. Samas on autor seisukohal, et tööst tulenevad üldised seisukohad on direktiivide ületoomisel riigisisesse ja riigisisese õiguse vastavate sätete direktiivikonformseks sisustamiseks kasutatavad laiemalt, kui vaid käesolevas töös vaadeldud hankeõiguses.

Lõpetuseks soovib autor tänada oma juhendajat Mari Ann Simovarti. Tema panus on hindamatu, kõik vead on minu.

¹⁷ Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad PhD Carri Ginter ja prof. Irene Kull. Tartu Ülikool, 2010, lk 34.

1. Alltöövõtjatele tasu tagamise õiguslik alus Euroopa Liidu õiguses

1.1. Vajadus ja poliitilise eesmärgi kujunemine

2004.a valmis Euroopa Komisjoni poolt tellitud väga põhjalik raport VKE-de riigihangetele kaasamise vajalikkuse ja põhjendatuse kohta. Tegemist oli tõenäoliselt esmakordse sedavõrd mahuka uuringuga, mis väga selgelt osundas VKE-de rolli olulisele tähtsusele majanduses. Raport tõi välja, kuivõrd oluline on hankereeglite kujundamine selliselt, et VKE-d oleks hanketurule enam kaasatud¹⁸. Kuna suured riigihankelepingud jäävad neile sageli kättesaamatuks, st nad ei kvalifitseeru, just piiratud majanduslike ja rahaliste võimaluste tõttu, on VKE-d hanketurul esindatud sageli alltöövõtjatena¹⁹.

Mõningast kursimuutust VKEde edukamaks kaasamiseks hanketurule oli tunda juba 2004.a hankedirektiivides, kus olid sees soovitud hõlbustamiseks VKE-de kaasamist riigihankelepingute turule. Nimelt soovitasid 2004. a hankedirektiivid VKE-de edukamaks kaasamiseks reguleerida riigisiselt allhankeid käsitlevaid sätteid²⁰. Ent nõ uue peatüki VKE-de hanketurule kaasamise osas avas Euroopa Komisjoni 2011.a välja antud uute direktiivide roheline raamat. Selleks, et tõhustada avaliku sektori kulutusi, millest üks komponent on parima hinna ja kvaliteedi suhte ärakasutamine riigihangetel, tuleb võimaldada VKE-dele riigihangetele parem juurdepääs. See omakorda on oluline, kuna aitab luua siseturul sõlmitavatele hankelepingutele võimalikult suurt konkurentsi²¹.

¹⁸ Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (Eds). Social and Environmental Policies in Public Procurement Law. New Directives and New Directions. New York: Cambridge University Press, 2009, lk 364-366.

¹⁹ PriceWaterhouseCoopers, ICF GHK, Ecorys. SMEs access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU. European Commission, February 2014, lk 6. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15459?locale=en>.

²⁰ Euroopa parlamendi ja Nõukogu, 31. märts 2004 direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 114-240. Vt artiklid 25 ja 60.

²¹ Roheline raamat. ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Euroopa hanketuru tõhustamine. Euroopa Komisjon. Brüssel 27.01.2011, KOM(2011) 15 lõplik, lk 26-28. Kättesaadav arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0015_/com_com\(2011\)0015_et.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0015_/com_com(2011)0015_et.pdf).

Uutes, 2014.a jõustunud hankedirektiivides, oli VKE-de kaasamine riigihanketurule juba EL selge poliitiline eesmärk ja seda nii avaliku kui võrgustikuhankija puhul, sest mõlemaga kaasneb hankija isikuga avaliku huvi element²². Simovart on oma doktoritöös selgitanud, et kuigi võrgustikuhankija puhul on avalik huvi küll mõnevõrra väiksem²³ ja avalikust huvist tulenevad piirangud võivad vajada tasakaalustamist hankijate endi põhiseaduslike õigustega²⁴, tuleb siiski olukorras, kus võrgustikuhankija teenused pakuvad üldist avalikku huvi teenuste kasutajatele, allutada võrgustiku hanked²⁵ riigihankereeglitele selliselt, et teenuste osutamiseks vajalike asjade ostmine ja teenuste või ehitustööde tellimine oleks läbipaistev²⁶.

Käesoleva töö valguses siis uutest hankedirektiividest tulenevate ja eelkõige VKE-dele suunatud regulatsioonide osas ning just avaliku huvi tõttu on vaja riigisisest hankemenetlust²⁷ kooskõlastavaid sätteid. Sätteid, mis aitaksid tagada, et hankeõiguse põhimõtteid praktikas järgitakse ja riigihanked oleksid konkurentsile avatud ja läbipaistvad²⁸.

Nagu eelnevalt selgitatud, siis piiratuma majanduslike ja rahaliste võimaluste tõttu on VKE-d EL hanketurul esindatud eelkõige alltöövõtjatena. Ent VKE-de riskid on ka alltöövõtjatena hanketurul olles kõrged. Inglismaal seisid näiteks 2016.a 47% VKEsid silmitsi maksmata arvetega (pole teada, kui paljudel juhtudel olid maksmata arved seotud hankemenetlusega). Kolmandikul juhtudel tuli VKE-l arve tasumist oodata kuu ja veerandil üle 60 päeva. Hilinenud maksed mõjutavad VKE-sid märkimisväärselt: need pärsivad VKE-de võimekust igapäevaste

²² Simovart 2010, lk 26.

²³ Riigihangete seaduse eelnõu kohaselt on võrgustiku sektori hankijaks isik, kellele on õigusakti, haldusakti või halduslepinguga antud eri- või ainuõigus tegutseda võrgustikusektoris, mille tulemusel on vastavas valdkonnas tegutsemine teistele isikutele oluliselt piiratud. Juhul, kui selline õigus on antud kas väljakuulutatava riigihanke või mõne muu võrgustikudirektiivi lisas II toodud menetluse alusel, milleks on loa andmine maagaasirajatiste kasutamiseks, uute elektriijaamade ehitamiseks, postiteenuse osutamiseks, mida ei reserveerita, süsivesinike tootmiseks ja n-õ transpordimääruse alusel sõlmitud hankelepingu avaliku reisijateveoteenuse osutamiseks, ei ole sellist eri- või ainuõigust omav isik võrgustikusektori hankija.

²⁴ Näiteks ettevõtlusvabaduse piirang, millel võib olla puutumus alltöövõtjatele otsemaksete tegemise regulatsiooniga.

²⁵ Olukorrad, mis ei allu üldse või alluvad hankeregulatsioonile osaliselt, on võrgustikuhankijate puhul seadusega reguleeritud

²⁶ Läbipaistvuse põhimõte on nii Euroopa Kohtu kui ka Riigikohtu praktika põhjal üks olulisemaid hankeõiguse kui ka haldusõiguse hea halduse üldpõhimõtteid.

²⁷ Hankedirektiivide kohaselt eelkõige üle rahvusvahelise piirmäära hangete puhul, kuid RHS § 3 kohaselt laienevad hankeõiguse üldpõhimõtete järgimise kohustus kõigile riigihangetele.

²⁸ Klassikalise direktiivi preambuli p 1 ja võrgustikudirektiivi preambuli p. 2

kulude kandmisel, laenude teenindamisel, kuid ka näiteks omakorda oma allhankijate arvete tasumisel²⁹. Tekib suletud ring, mistõttu on mõistetav, et VKE-d eelistavad pigem vähem riskantsemaid valikuid.

Uute hankedirektiivide eesmärk ongi seetõttu pöörata liikmesriikide tähelepanu sellele, et hankedirektiividest tulenev otsemaksete regulatsioon võimaldaks allhankijatele riigisiseselt ja EL tasandil pakkuda vähemriskantsemaid lahendusi. Järgnevalt selgitab autor täpsemalt hankedirektiividest tuleneva alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni sisu ja võimalusi ning näitlikustab seda liikmesriikidega, kes oma otsuse uute regulatsioonide osas juba langetanud on.

1.2. Hankedirektiividest tulenev regulatsioon

Klassikalise direktiivi preambuli p. 78 ja võrgustikudirektiivi preambuli p. 87 sätestavad *expressis verbis*, et riigihanked tuleb kohaldada VKE-de vajadustele. Klassikalise direktiivi preambuli p. 124 ja võrgustikudirektiivi preambuli p. 130 selgitavad täiendavalt, et arvestades VKE-de potentsiaali töökohtade loomise, majanduskasvu ja innovatsiooni seisukohast, on oluline ergutada VKE-de osalemist riigihangetel nii direktiivi asjaomaste sätetega kui ka riiklikul tasandil vastuvõetavate meetmetega. Veel enamgi, kõnealustest punktidest tuleneb, et VKE-de osalemise tähtsust arvestades, tuleks tähelepanelikult jälgida riiklikke algatusi VKE-de osalemise suurendamisel.

Riigihankeid käsitlevate EL eeskirjade eesmärk on hõlmata neid avaliku sektori vahenditest tehtavaid väljamakseid, mille eesmärk on hankida tasu eest ehitustöid, asju ja teenuseid riigihankelepingu alusel. Autori hinnangul on VKE-de hanketurule kaasamise seisukohast oluline pakkuda tööriistu eelkõige neile hankemenetlustele, milles VKE-d ka tajutavat rolli mängivad. VKE-de osa kaupade ja teenuste tarnelepingutes on märgatavalt väiksem kui näiteks ehitustööde hankelepingutes³⁰, mistõttu on autori hinnangul VKE-del märkimisväärne roll just

²⁹ Moore, S. SMEs owed £26bn in late payments. *Economia*, 14.12.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://economia.icaew.com/en/news/december-2016/smes-owed-26bn-in-late-payments>.

³⁰ PriceWaterhouseCoopers, ICF GHK, Ecorys. SMEs access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU. European Commission, February 2014, lk 6. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15459?locale=en>.

ehitussektoris³¹. Seetõttu tuleks autori hinnangul kaaluda VKE-de soodustamist intensiivsemalt just ehitussektoris.

Nagu eelnevalt selgitatud, on riigihankeõiguse arengu suunamine VKE-de jaoks eriti oluline, kuna nad osalevad riigihanketurul valdavalt alltöövõtjatena (ja nagu eelnevalt selgitatud, siis olulises osas just ehitustööde hankelepingutes) ning seisavad sageli silmitsi maksmata arvetega. 2014.a hankedirektiivid näevad VKE-de hanketurule kaasamiseks neli konkreetset tööriista, milleks on suurte hankelepingute osadeks jagamine, alltöövõtjate otsemaksed, hankemenetluse lihtsustamine (sh elektroonilise süsteemi e-Certis kohustuslik hooldamine ja kasutamine) ning majandus- ja finantssuutlikkuse nõuete proportsiooni viimine hankelepingu esemega. Autor peatub käesolevas töös vaid alltöövõtjate otsemaksete regulatsioonil³².

Soodustamaks VKE-de osalemist riigihanketurul, peaks liikmesriikidel olema võimalik näha ette alltöövõtjatele otsemaksete tegemise mehhanisme³³. Täpsemalt annavad hankedirektiivid liikmesriikidele võimaluse sätestada riigisisises õiguses alltöövõtjatele otsemaksete teostamise mehhanismid, kusjuures kontsessioonidirektiiv alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni võimalust ette ei näe. Hankedirektiividega on liikmesriikidel sõnaselgelt lubatud ka piirata alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni kohaldatavust näiteks ainult teatavatele lepinguliikidele, avaliku sektori hankijatele või ettevõtjate kategooriatele või alates teatavatest summadest³⁴. Järelkult toetavad hankedirektiivid autori eelnevalt väljatoodud mõtet lubada intensiivsemat VKE-de kaasamise soodustamist just ehitussektoris. Autori hinnangul juhivad ka hankedirektiivid erilist tähelepanu just ehitussektorile, andes liikmesriikidele laialdased võimalused mh just ehitustööde hankelepingutes alltöövõtjate kontrollimiseks, sh eesmärgiga saamaks teavet selle kohta, mis ehitusplatsil toimub³⁵.

Hanke direktiivides sisalduva otsemakse mehhanismi toimimist ja selle eeldusi selgitavad Härginen ja Simovart, tuues välja, et:

³¹ Evaluation of SMEs access to public procurement markets in the EU. Final Report, submitted by GHK and Technopolis within the framework of ENTR/04/093-Lot 1. Ref. Ares(2014)75984 - 15/01/2014, lk 16.

³² Klassikalise direktiivi artikkel 71 lg 3 ja võrgustikudirektiivi artikkel 88 lg 3.

³³ Klassikalise direktiivi artikkel 78 ja võrgustikudirektiivi artikkel 110.

³⁴ Klassikalise direktiivi artikkel 71 lg 8 ja võrgustikudirektiivi artikkel 88 lg 8.

³⁵ Näiteks klassikalise direktiivi preambuli p. 105 ja võrgustikudirektiivi preambuli p. 110.

- 1) kui hankelepingu olemus lubab otsemakseid,
- 2) siis tuleb otsemaksete kord hankedokumentides ette näha ning
- 3) töövõtja vastava taotluse korral maksab hankija otse alltöövõtjale lepingu täitmise käigus peatöövõtjale tarnitud asjade, tehtud tööde või osutatud teenuste eest³⁶.

Hankedirektiivid ei keela otsemaksete regulatsiooni sätestada ka alltöövõtuhelas veelgi allapoole jäävate alltöövõtjate suhtes, ent selle reguleerimisel on liikmesriikidel veelgi vabamad käed jäetud. Ent otsemaksete regulatsioon ei mõjuta ainult VKE-sid, Trybuse ja Andrecka selgitavad, et mitte kõik alltöövõtjad ei ole VKE-d, järelikult saavad alltöövõtjate otsemaksete regulatsioonist kasu ka suured alltöövõtjatena tegutsevad ettevõtted³⁷.

Alltöövõtjate otsemaksete regulatsioon on uute hankedirektiivide üks olulisi muutusi võrreldes seni kehtinud direktiividega. See uus muudatus on tihedalt seotud horisontaalse eesmärgiga suurendada avaliku sektori kulutuste tõhusust ning hõlbustades eelkõige VKE-de osalemist riigihanketurul³⁸. Selline tegevus soodustab igakülgset konkurentsi, mida valdava arvamuse kohaselt riigihangeteõigus kaitsma peab³⁹. Ent konkurentsi kindlustamiseks tuleb hankemenetlus kujundada selliselt, et hankijal oleks võimalik pakkumisi võrrelda ja objektiivsete kriteeriumite järgi soodsaim välja valida⁴⁰.

Härginen ja Simovart⁴¹ selgitavad, et otsemaksete võimalus on lisaks konkurentsi soodustamisele ka VKE-de õiglast kohtlemist tagav tingimus, mis on kooskõlas riigihanke üldpõhimõtetega. VKE-de ligipääsu soodustamine hanketurule ning seeläbi konkurentsi tihendamine mõjub tasakaalustavalt ka turgu valitsevatele suurettevõtjate tegevusele⁴², mis omakorda tagab parema

³⁶ Härginen, K., Simovart, M. A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? *Juridica* 2013, 10, lk 627-634, lk 631.

³⁷ Trybus; Andrecka 2017, lk 236.

³⁸ Klassikaline direktiiv preambuli p. 2, võrgustikudirektiivi preambuli p. 4.

³⁹ Pilving, I. Hankijate horisontaalse koostöö kriteeriumid. *Kohtupraktika ja uued hankedirektiivid*. *Juridica* 2016, 6, lk 401 – 415, lk 403.

⁴⁰ Euroopa Kohtu 07.10.2004.a otsus kohtuasjas nr C-247/02, *Sintesi SpA vs Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, p. 37.

⁴¹ Härginen; Simovart 2013, lk 632.

⁴² Hill, K. Small and Medium-sized Enterprises (SMEs) in Public Procurement. *Public Procurement Brief* 33. Sigma. September, 2016, lk 2. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-33-200117.pdf>.

hinna ja kvaliteedi suhte. VKE-de kaasamise positiivset mõju hanketuru konkurentsi tihendamisele jaatavad ka Trybus ja Andrecka, selgitades täiendavalt, et veelgi enam, VKE-de aktiivsem kaasamine hankemenetluse vähendab ka võimalust, et suuretevõtetal omavahel hankemenetluses lubamatuid kokkuleppeid sõlmivad⁴³. Autor jagab eeltoodud seisukohti ja jaatab alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni põhjendatud vajalikkust, seda eriti olukorras, kus liikmesriigi siseselt on olemas vajadus uute regulatsioonide rakendamiseks.

On mitmeid liikmesriike, kes olid alltöövõtjate otsemaksete mehhanismid sätestanud juba enne, kui hankedirektiivid jõustusid, näiteks Horvaatias ja Sloveenias, kus alltöövõtjate otsemaksete süsteemid toimusid enne uusi hankedirektiive⁴⁴. Läti ja Leedu on alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni oma riigihankeõigusesse sisse toonud hankedirektiivide jõustumise järgselt. Lätis, kus uus riigihangete seadus hakkas kehtima 01.03.2017.a., on teatavate tingimuste korral hankijal õigus alltöövõtjale tema osutatud teenuste eest otse tasuda, kui alltöövõtja selleks vastava taotluse esitab⁴⁵. Regulatsioon kehtib vaid ehitustööde alltöövõtjate õiguste kaitseks ja tingimusel, et alltöövõtjatele otsemakse (ja vastavalt pakkuja makse vähendamise) klausel on ette nähtud hankedokumentides⁴⁶. Leedus näeb 01.07.2017.a kehtima hakanud uus riigihangete seadus ette otsemaksete võimaluse. Hankija võib tasuda teenuste või kauba eest otse alltöövõtjale, kui leping seda lubab ja alltöövõtja seda nõuab. Kui alltöövõtja esitab sellise taotluse, siis sõlmivad pakkuja, hankija ja alltöövõtja omavahel kolmepoolse kokkuleppe, mis reguleerib ära alltöövõtjatele otsemaksete teostamise reeglid⁴⁷.

Aga on ka liikmesriike, kes on otsustanud kasutada hankedirektiividega antud võimalust alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni riigisisese õigusesse mitte üle võtta. Näiteks Inglismaa

⁴³ Trybus; Andrecka 2017, lk 226-227.

⁴⁴ Hill, K. Small and Medium-sized Enterprises (SMEs) in Public Procurement. Public Procurement Brief 33. Sigma. September, 2016, lk 10. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-33-200117.pdf>

⁴⁵ Raudzeps, R. New publik procurement law. Sorainen newsflash/Latvia, Februari 2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.sorainen.com/UserFiles/File/Publications/PP.2017-02-06.enG.html>.

⁴⁶ Vilka, L. On 1 March 2017, the new Public Procurement Law became effective. KPMG in Latvia, 31.03.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://home.kpmg.com/lv/en/home/insights/2017/03/new-public-procurement-law-effective-as-of-1-march-2017.html>.

⁴⁷ Lukošiusas, L., Briedis, Ž., Ivanauskaitė, A., Sabalytė, V. New publik procurement regulations in Lithuania to come into force on 1 July. Soraninen newsflash/Lithuania. June 2017. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.sorainen.com/legal/newsflash/2017/lt-public-procurement-june-2017/en.html#en_11.

riigihankelepingu regulatsioonis ei ole ette nähtud alltöövõtjate otsemaksete võimalust. Inglismaa vastava regulatsiooni ptk 113 § 3 on sätestatud nii pakkujatele kui ka alltöövõtjate arvetele lühikesed maksetähtajad (kuni 30 päeva)⁴⁸. Lühikese maksetähtaja rakendamise ideeks (mh alltöövõtjate kaitse eesmärgi täitmiseks) võib autori hinnangul olla asjaolu, et see annab alltöövõtjale eelduslikult tõhusama reageerimisvõimaluse võimaliku lepingu rikkumise lõpetamise nõudmisel. Olukorras, kus maksetähtaeg on näiteks 90 päeva või enamgi, võib kõnealuse arve maksetähtaja saabumisel hankelepingu alusel tehtav ehitustöö juba valmis olla ning hankeleping hankija ja pakkuja vahel näiteks juba lõpetatud. Järelikult võib pakkuja olla hankijalt kogu raha kätte saanud, mistõttu jääb alltöövõtjal vähem efektiivseid võimalusi pakkuja korralekutsumiseks. Olukorras, kus aga maksetähtaeg on lühike ja see saabub näiteks hetkel, kui isegi vastava alltöövõtja töö ei ole lõpuni viidud (näiteks olukorras, kus alltöövõtu lepingu hind on jagatud maksepostideks), on alltöövõtjal pakkuja korralekutsumiseks rohkem võimalusi (näiteks alltöövõtu tööde peatamine kuni eelneva, maksetähtaja ületanud arve tasumiseni ning pakkuja, kes vastutab hankija ees hankelepingu tähtaegse täitmise eest, võib seega olla enam motiveeritud alltöövõtja arve tasumisest).

Klassikalise direktiivi preambuli p 105 ja art. 71 lg 7 ning võrgustiku direktiivi preambuli p. 110 ja art. 88 lg 7 julgustavad liikmesriike minema alltöövõtjatele otsemaksete tegemisel siseriikliku õiguse alusel veel kaugemale, sest hankijal on siseriiklikul tasandil märkimisväärsed võimalused arendada riigihangete kaudu ettevõtlust, eelkõige andes rohkem võimalusi VKE-dele osalemiseks riigihangetel⁴⁹. Veel kaugemale mineku all on mõeldud veel suuremat kaitset, näiteks alltöövõtjatele otsemakseid ilma alltöövõtja vastava taotluseta⁵⁰. Sel juhul on tõenäoliselt silmas peetud võimalust, et hankeleping sõlmitaksegi selliselt, et alltöövõtja on lepingu pooleks koos pakkujaga ning hankija maksab alltöövõtjale otse alltöövõtja vastavate arvete alusel⁵¹. Kõige selle juures tuleb aga silmas pidada asjaolu, et hankedirektiivide eesmärk on tagada ka halduskoormuse lihtsustamine ja vähendamine. Kas ja kuidas see võimalik on, vaatleme järgnevas peatükis.

⁴⁸ The Public Contracts Regulations 2015. 2015 No. 102. Public Procurement. UK2015020427 02/2015 19585.

⁴⁹ Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Kirjastus Juura, 2014., lk 33.

⁵⁰ Hill, K. Small and Medium-sized Enterprises (SMEs) in Public Procurement. Public Procurement Brief 33. Sigma. September, 2016, lk 10. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-33-200117.pdf>.

⁵¹ Bovis, C. The Law of EU public procurement. Edward Elgar Publishing, 2016, lk 291.

1.3. Regulatsiooni rakendamisel kaasnev mõju osapoolte halduskoormusele

Alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni eesmärk on kaitsta alltöövõtjaid ja soodustada seeläbi VKE-de kaasamist hanketurule. Hankedirektiividest tulenevalt peavad alltöövõtjate kaitse tööriistad olema läbipaistvad⁵². Veel enamgi, hankedirektiividest tuleneb otsesõnu, et liikmesriigid peavad seadma eesmärgiks lisaks ka avaliku sektori ja ettevõtjate halduskoormuse lihtsustamise ja vähendamise⁵³. Hankemenetlus ei tohi tekitada ettevõtjatele lubamatuid takistusi, kuna paljud ettevõtjad, sh VKEd, leiavad, et nende osalemist riigihangetes takistab tõsiselt sellega kaasnev halduskoormus⁵⁴.

Hankemenetluse reeglite lihtsustamise tähtsust uutest hankedirektiivides toonitab ka Arrowsmith, selgitades, et hankereeglite lihtsustamise lisaväärtus on hankega (sh võimalike vaidlustega) seotud kulude kokkuvõtte⁵⁵. 2016.a läbiviidud uuringus on toonitatud, et tänu uute direktiivide arukatele reeglitele ja hankemenetluse digitaliseerimisele muutuvad riigihanked tõhusamaks. Näiteks hankijad, kes on juba läinud üle digitaalsele hankemenetlusele, säästavad sellega 5 kuni 20% hankemenetluse läbiviimise kuludest⁵⁶.

Trybus ja Andrecka toovad välja, et uutest hankedirektiivides VKE-de osalemist soodustavad meetmed ja nende rakendamine toob kaasa ohu, et riigisisest riigihankeid käsitlevad õigusaktid muutuvad keerulisemaks ja seeläbi vähem kasutajasõbralikumaks, mis omakorda võib kaasa tuua rikkumisi ja kohtuvaidlusi. Oma seisukohas tuginevad nad hankedirektiivide väljatöötamise kaasatud organisatsioonide seisukohtadele ja hoiakutele, kuna need olid alltöövõtjatele otsemaksetega kaasuva osas erimeelt. Enamik riigiasutusi ja kodanikuühiskonna organisatsioone pooldasid hankija mõju laienemist alltöövõtulepingutele, ent samas oldi sedameelt, et sellega võib kasvada hankija halduskoormus ja järelkult hankija kulutused hankemenetluses. Kaasatud organisatsioonid, kes esindasid valdavalt pakkujaid, olid sedameelt, et selline hankija sekkumine alltöövõtulepingutesse mõjutab pakkuja ja alltöövõtja vahelist lepinguvabadust ja suurendab nii

⁵² Klassikalise direktiivi preambuli p. 105, vt ka teise direktiivi preambuli p. 110.

⁵³ Klassikaline direktiiv preambuli p. 114, võrgustikudirektiivi preambuli p. 120.

⁵⁴ Klassikalise direktiivi preambuli p-d 80, 83 ja 84

⁵⁵ Arrowsmith, S (ao Eds). Public Procurement Law Review. Volume 21. Sweet&Maxwell, 2012.76-78.

⁵⁶ European Commission. EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency. An overview of the new EU procurement and concession rules introduced on 18 April 2016, lk 4.

pakkuja kui hankija halduskoormust. Samas pakkujate vastuseis ja pahameel on ka arusaadavad⁵⁷.

Alljärgnevalt selgitame kokkuvõtvalt, milliseks võib eelduslikult kujuneda osapoolte halduskoormus alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni põhjal. Eelduslikuna seetõttu, kuna hankedirektiivid ei anna ette juhust, mille alusel hankijad saavad alltöövõtjate otsemaksete taotlusi hinnata. Arusaadavalt hankedirektiivid selliseid juhiseid sõnaselgelt ka anda ei saa, kuna liikmesriigiti on siseriiklik õigus ja selle rakendamise instrumendid väga erinevad.

Lihtsamate ja paindlikumate menetluste tagamine on kahtlemata üheks tööriistaks, millega muuta VKE-dele hangetes osalemine atraktiivsemaks⁵⁸. Klassikalise direktiivi art. 71 p. 3 ja võrgustikudirektiivi art. 88 p. 3 kohaselt võib niisiis alltöövõtja taotluse korral, kui lepingu olemus seda lubab ja see on sätestatud hankedokumentides, ette näha, et avaliku sektori hankija kannab alltöövõtjale otse üle nende teenuste, asjade või ehitustööde eest tasumisele kuuluvad maksed, mille alltöövõtja on osutanud või tarninud ettevõtjale, kellega riigihankeleping sõlmiti (peatöövõtjale). Sellest võib järeldada, et alltöövõtja halduskoormus piirneb põhjendatud taotluse esitamisega hankijale. Põhjendatud taotluse korral on alltöövõtja kaitse tagatud (st alltöövõtja saab nõuetele vastavalt tehtud töö eest tasutud ja ei pea riskima sellega, et peatöövõtjalt raha saamata jääb). Olukorras, kus hankija hindab alltöövõtja taotluse põhjendamatuks, jääb alltöövõtjal õigus hankija seisukohale vastu vaielda ja esitada täiendavaid tõendeid veenmaks hankijat taotluse põhjendatuses. Alternatiivselt võib alltöövõtja leppida hankija otsusega.

Hankija halduskoormus piirneb alltöövõtja taotluse esitamise korral selle põhjendatuse hindamisega, kusjuures alltöövõtja taotluse põhjendatuse hindamisel tööriistade valikuks on liikmesriikidele jäetud arusaadavalt vabad käed. Ilmselgelt tuleb selleks, et viia sellise hindamisega kaasnev halduskoormuse kasv hankija jaoks minimaalseks, kehtestada riigisiselt selged ja objektiivsed reeglid, millest hankija saab ühemõtteliselt lähtuda ning seeläbi tagab ka

⁵⁷ Trybus; Andrecka 2017, lk 237

⁵⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal sectors. European Commission. Brussels 20.12.2011 SEC (2011) 1585 final, lk 11. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1585&from=EN>.

nii pakkujatele kui ka alltöövõtjatele hankija otsustusprotsessi läbipaistvuse ja riigihangete läbiviimiseks vajaliku õigusliku stabiilsuse⁵⁹. Selge ja objektiivse alltöövõtjate taotluste hindamise juhis on vajalik ka otsustusprotsessi läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise seisukohast. Olukorras, kus riigisiselt jäetakse hankijale vabad käed alltöövõtja taotluse põhjendatuse hindamisel, on tõenäoline, et hankija halduskoormus kasvab ebamõistlikult, veel enamgi, võib tekkida hankijale antud kaalutusõiguse kuritarvitamise oht.

Hankija halduskoormust võib lisaks mõjutada alltöövõtja taotluse põhjendatuse üle otsustamisel otsuse vastuvõtmisega kaasnev vastutus. Seda omakorda on taas võimalik vähendada, kui otsuse langetamiseks on olemas selge ja objektiivne juhis. Hankija kanda jääb vastutus ebaõigelt vastu võetud otsuste osas, st halduskoormuse kasv võib eelkõige tekkida vaidluste tekkel kõigi osapoolte vahel.

Hankija halduskoormuse kasvu mõningane kasvamine on autori hinnangul aga kooskõlas EL riigihankeõiguse käsitlemisega. Juba ligi kümme aastat tagasi täheldati õigusteadlaste poolt, et EL õigus on traditsioonilist eelarveõiguslikku riigihangete käsitlemist kardinaalselt muutnud ning riigihankeõigus on eelarvekeskselt üle läinud ettevõtjakesksele käsitlemisele, milles riigi majanduspoliitiliste ja fiskaalhuvide asemel domineerivad ettevõtjate majandushuvid⁶⁰. Sellest võib järeldada, et pigem on lubatav hankija halduskoormuse mõningane kasv kui ettevõtjate, kes hankes pakkujana või alltöövõtjana osalevad.

Olulisim tõendamiskoormus (ent mitte halduskoormus) on hankedirektiividest tulenevat jäetud autori hinnangul pakkujale (peatöövõtjale), kellega hankeleping on sõlmitud. Pakkuja kohustus on olukorras, kus ta soovib alltöövõtjale otsemakse tegemise fakti vaidlustada, tõendada, et alltöövõtja taotlus oli põhjendamata. Hankedirektiivide eesmärgiga kooskõlaline on ainult see lähenemine, kus peatöövõtja kaitse alusetult teostatud makse korral on tagatud.

⁵⁹ Regioonide Komitee arvamus „Riigihangete pakett”. Euroopa Liidu Teataja. C 391/49, 18.12.2012. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AR0099&from=ET>, lk 1.

⁶⁰ Mugur, M. Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluse näide. *Juridica* 2010, 4, lk 239-247, lk 243.

Ühest küljest kaitseb alltöövõtjate otsemaksete meede küll alltöövõtjat, teisest küljest ei ole selle meetme eemärk karistada või paratamatult halvendada pakkujate olukorda, sest eelduslikult on pakkuja siiski vastutustundlik ja seaduskuulekas ettevõtja. Eelkõige just seetõttu, et vastutustundlik ja seadusekuulekas pakkuja ei saaks nõ karistatud, on oluline, et riigisisene regulatsioon ja selle rakendamise juhised on selged, läbinähtavad ja tõhusad.

Kuigi autori hinnangul jääb suurim tõendamiskoormus pakkuja õlgadele (seda muidugi olukorras, kus pakkuja soovib alltöövõtja taotlusele vastu vaielda), siis, nagu eelnevalt selgitatud, halduskoormuse osas võib negatiivne muutus kaasneda eelkõige just hankijale. Ka vastutus otsustuse põhjendatusest/mittepõhjendatusest tulenevate tagajärgede suhtes jääb hankija kanda.

Eeltooduga kooskõlaline peaks olema ka rakendatav riigisisene regulatsioon: tagada efektiivne alltöövõtja kaitse viisil, mis on kõigile osapooltele vähima halduskoormusega, välistaks hankija omavoli ja pakkuja karistamise, st oleks kõigile selge, läbipaistev ja tõhus. Olenemata liikmesriigi pädevusest ja vabadusest riigisiseste normide kujundamisel, tuleb hoiduda sellest, et loodav riigisisene normistik võiks hakata piirama EL õiguse, sh jõustunud direktiivides, sätestatud eesmärkide saavutamist⁶¹. Ka hankedirektiivide riigisisesse õigusesse ülevõtmisel tuleb arvestada sellega, et:

- 1) esmase, st EL aluspõhimõtete, olulisus riigihangete puhul ilmneb eeskätt teise õiguse tõlgendamisel ja
- 2) hankedirektiive tuleb igas olukorras tõlgendada esmase õiguse valguses, st tõlgendamisel tuleb arvestada esmase õiguse sõnastust ja eesmärki⁶².

Olles nüüdseks selgitanud hankedirektiividest tulenevat alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni eesmärki ja rakendusvõimalusi, püüab autor järgnevas peatükis avada ja näidata, kuidas on hankedirektiivide riigisisesse õigusesse ülevõtmine läinud Eestis. Eelkõige huvitab autorit, kas ja kuidas on riigisisese riigihankeõiguse regulatsioonis:

⁶¹ Euroopa Ühenduste Komisjon. Komisjoni soovitus siseturgu mõjutavate direktiivide siseriiklikesse õigusaktidesse ülevõtmise kohta. SEK (2004) 918 lõplik. Brüssel, 12.7.2004. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2004/ET/2-2004-918-ET-F-0.Pdf>

⁶² Ojasalu 2006, lk 12.

- 1) lähtunud hankedirektiividest tulenevate tööriistade tõhususest ja kas tulemus on hankedirektiividega konformne;
- 2) loodud sedavõrd lihtne ja selge reeglistik, et see aitab kaasa varem selgitatud eesmärgile suurendada avaliku sektori kulutuste tõhusust hõlbustades selleks VKE-de osalemist riigihanketurul ja soodustades igakülgset konkurentsi, mida valdava arvamuse kohaselt riigihangete õigus kaitsma peab.

Eeltoodu selgitamiseks peab autor vajalikuks alustada esmalt lühidalt sellest, milline üldse on hankeõiguse positsioon Eesti õigussüsteemis ja seda seetõttu, et erinevates õigussüsteemides lähenetakse hankeõiguse sisustamisele erineva nurga alt.

2. Alltöövõtjate tasu tagamise regulatsioon riigisisest

2.1. Hankeõiguse positsioon Eesti õigussüsteemis

2.1.1. Hankeõiguse alluvus

Eesti kehtiv õigus määratleb riigihankena asjade ostmise, teenuste ja ehitustööde tellimise hankija poolt, kusjuures hankijaks on kas avaliku sektori hankija või võrgustiku sektori hankija⁶³ ning seejuures on riigihankeõigus kombinatsioon avalikust ja eraõigusest. Hankelepingu sõlmimise eelsed suhted alluvad avalik-õiguslik regulatsioonile (RHS-ile) ning osas, milles need ei ole avalik-õiguslike normidega reguleeritud, võlaõiguse sätetele⁶⁴.

Rahandusministeeriumi hankeõiguse analüüs⁶⁵ kinnitab eeltoodud lähenemist, sedastades, et riigihanke menetlust kuni hankelepingu sõlmimiseni reguleerib avalik õigus: riigihangete seadus ja selle aluseks olevad direktiivid. Analüüsi kohaselt alluvad pooltevahelised suhted eraõigusele hankelepingu sõlmimisest, millest alates tuleb lähtuda võlaõigusest ning sõlmitud lepingu tingimustest. Aga mitte ainult, lisaks kohaldatakse riigihankemenetluses hankija tehtavatele otsustele üldjuhul samasuguseid nõudeid nagu haldusaktidele, st hankija otsused peavad olema põhjendatud ning sisaldama õigusliku ja faktilist alust, seejuures ei ole riigihankemenetlus haldusmenetlus haldusmenetluse seaduse tähenduses⁶⁶. Eeltoodust koorub välja päris mitmetasandiline õiguslik reguleeritus ja seotus.

Põhimõttelise piiri avalik-õiguslikult eraõiguslikule regulatsioonile üleminekul saab küll tõmmata hetkega, mil lõppeb hankemenetlus ja sõlmitakse hankeleping, ent see piir ei kehti hankeõiguse üldpõhimõtete rakendamise osas, kuna hankeõiguse üldpõhimõtete järgimine on kohustuslik ka

⁶³ Riigihangete seadus – RT I, 01.07.2017, 1. Vt § 8 lg-d 3-5 ja § 5 lg 1.

⁶⁴ Varul jj 2016, lk 7-8.

⁶⁵ Karindi-Kask, E. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeerium. Detsember, 2012. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analused-ja-uuringud>.

⁶⁶ Minumets; Kulm 2014, lk 19.

lepingu sõlmimise järel, so lepingu täitmise faasis⁶⁷. Järgnevalt hindabki autor hankeõiguse põhimõtete ulatust.

2.1.2. Hankeõiguse põhimõtete ulatus

Minumets ja Kulm selgitavad, et hankemenetluse etapis hankelepingu tingimuste määramine toimub hankenormis reguleeritud menetluse kaudu, sealjuures peab hankija hanke alusdokumentide osaks olevate hanketingimuste kehtestamisel arvestama lisaks riigihanke üldpõhimõtetele ka eraõigusest VÕS-i imperatiivsete normidega, sest neist kõrvalekaldumine ei ole poolte kokkuleppel lubatud ja toob tagajärjena kaasa vastava lepingutingimuse tühisuse. Olemuselt on riigihange seega hankelepingu sõlmimisele eelnev menetlus, mille käigus selgitatakse välja sobiv lepingupartner ja parim pakkumus, kusjuures hankija valikuvabadus on piiratud riigihanke üldpõhimõtetest tulenevate menetlusreeglitega⁶⁸.

Hankeõiguse mõju peale hankemenetluse lõppu, st hankelepingu sõlmimise järgselt selgitavad Minumets ja Kulm kitsalt. Hankelepingu sisuks on tsiviilõiguslikud suhted ja hankelepingu sõlmimisest alates on tegu eraõigusliku suhtega, kus riigihangete seadus sekkub erandlikult poolte lepinguvabadusse üksnes hankelepingu muutmise seadusest, kuna hankelepingu muutmise alused on direktiivist tulenevalt reguleeritud RHS-is. Ka hankelepingu sõlmimise tühisus või tuleneda riigihangete seadusest, kui hankelepingu tühisuse tingib puuduliku hankemenetlusega seotud asjaolu⁶⁹. Autor ei nõustu sedavõrd kitsa käsitlusega. Juba Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt on riigihangete valdkonnas Euroopa Liidu õigus primaarne riigisisese regulatsiooni suhtes⁷⁰, sh eraõiguslike normide ees⁷¹.

Hanke üldpõhimõtete tähendust laiemana nii lepingueelsetes suhetes, kuid ka hankelepingu sõlmimisel, sisustamisel ja täitmisel, sedastab oma doktoritöös Simovart selgitades, et riigihanke

⁶⁷ Simovart 2010, lk 27.

⁶⁸ Minumets; Kulm 2014, lk-d 19, 474-475.

⁶⁹ Minumets; Kulm 2014, lk 474-475.

⁷⁰ Euroopa Kohtu 18.07.2007.a otsus kohtuasjas nr C-503/04, Euroopa Ühenduste Komisjon vs Saksamaa Liitvabariik, p. 33 jj.

⁷¹ Simovart, M.A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. *Juridica* 2010, 4, lk 248 – 257, lk 248.

üldpõhimõtetest juhendumise kohustus ei piirdu ei ajaliselt ega ka lepingueelsete suhete liigi poolest ainult hankemenetlusega, hanke üldpõhimõtted on siduvad hankelepingu sõlmimise järgselt. Riigihankeõiguse põhimõtete järgimine peab olema tagatud kõikide hankemenetluste korral⁷² ja igas riigihanke igas etapis, veelgi enam, riigihanke kontekstis alluvad eraõiguse normid hanke üldpõhimõtetele⁷³, milleks on läbipaistvus ja kontrollitavus, võrdne kohtlemine ja mittediskrimineerimine ning konkurentsi soodustamine ja proportsionaalsus⁷⁴. Lepinguvabadus ka puhtalt eraõiguslikus suhtes ei absoluutne - arvestada tuleb hea usu ning õigluse põhimõtete⁷⁵.

Simovart näeb ja selgitab oma doktoritöös⁷⁶ lepinguvabaduse piiratust riigihangete puhul samuti laiemana, tuues välja, et hanke üldpõhimõttest tulenevalt on poolte lepinguvabadus riigihangete efektiivse teostamise ja pakkujate võrdse kohtlemise tagamise eesmärgil piiratum igas riigihanke etapis, alates lepingueelsetest suhetest, st formaalsest hankemenetlusest, ja lõpetades lepingu täitmisega. Avalikust huvist lähtuvate hankelepingute lepinguvabaduse piiramise lubatavust selgitavad laiemalt ka Brodec ja Janeček kinnitades, et see on kooskõlas läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõttega ja on suunatud eesmärgile soodustada avaliku raha kasutamise⁷⁷ga majanduskasvu⁷⁷. Siinkirjutaja nõustub lepinguvabaduse piiramise laiema käsitlemisega hankeõiguses ja leiab, et piiratud on mõlema hankelepingu poole lepinguvabadus ja seda nii hankemenetluse kui ka hankelepingu täitmise faasis. Hankija kasutab oma lepinguvabadust pakkujast lihtsalt erinevas perspektiivis, mille suuna ja ulatuse määrab läbi riigihangete seaduse paljuski ära just Euroopa Liidu riigihankeõiguse eesmärk ja seda väljendavad õiguse üldpõhimõtted⁷⁸.

⁷² Mugur, M. Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise ja läbirääkimistega hankemenetluse näide. *Juridica* 2010, 4, lk 239-247, lk 244.

⁷³ Simovart 2010, lk 9-26.

⁷⁴ Simovart, M.A., Koroljov, D. Leppetrahi tingimuste sisustamine hankelepingutes. *Juridica* 2016, 1, lk 44-51, lk 1.

⁷⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 09.03.2004 otsus nr 3-2-1-24-04, vt p 16.

⁷⁶ Simovart 2010, lk 26.

⁷⁷ Brodec, J., Janeček. V. How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime? *Public Procurement Law Review*. 2015, 3, pp 90-105, lk 92.

⁷⁸ Mõistlik, S. Raamleping, kui hankija lepinguvabaduse suurendamise instrument riigihankes. Magistritöö. Juhendaja prof. Kalle Merusk. Tartu, 2013, lk 10.

Euroopa Kohtu poolt loodud efektiivsuse printsiibi üheks tähenduseks on, et nii hankedirektiive kui ka riigisisest regulatsiooni tuleb tõlgendada ja kohaldada nii, et oleks tagatud direktiivi eesmärgi saavutamine⁷⁹. Veel enamgi, proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt ei või riigisisene meede ületada ega minna kaugemale, kui direktiivi eesmärgi saavutamiseks vajalik on⁸⁰. Ettevõtjakesksemat käsitlust sedastab ka RHS seletuskiri, mis ühest küljest seab eesmärgiks hankijate optimaalse töökoormusega arvestamise, teisest küljest aga ettevõtjate huvid, sh VKE-de turulepääsu lihtsustamise, seega peaks hankeõiguse normid eeltoodut ka eelisjärjekorras silmas pidama⁸¹.

Autor väidab eeltoodule tuginedes, et hankelepingu olulised, hankeõiguse põhimõtetest tulenevad, lepinguõiguses pigem ebaharilikud ja poolte lepinguvabadust piiravad tingimused, mis on riigihanke alusdokumentides⁸² ja fikseeritud hankelepingu sõlmimise eelselt ning mille üle pakkujaga läbirääkimisi ei toimu (kui siis va läbirääkimistega hankemenetlused), peavad eelkõige kajastuma vastavas avalik-õiguslikus normis, antud juhul siis RHS. Autor nõustub Simovarti seisukohaga, et allutades hankelepingud puhtalt eraõiguslikule loogikale, ignoreeritakse nii Euroopa Liidu riigihankeõiguse eesmärgi kui lepingutega kaasnevat olulist avalikku huvi⁸³. Ka Bovis selgitab, et riigisiseseid, direktiive ülevõtavad õigusaktid on need, mis peaksid hankijatele vastavad regulatsiooni ette andma⁸⁴.

Lähenedes, et hankelepingu oluliste tingimuste lubatavus, mille eesmärgiks on hankeõiguse üldpõhimõtete⁸⁵ täitmise tagamine ja toetamine, peab olema sätestatud RHS-is, toetab lisaks avaliku õiguse ja eraõiguse seadusliku aluse põhimõtte erinevus. Avaliku võimu teostamiseks peab vastavas õigusaktis olema ette nähtud selge luba (mis pole õigusaktides lubatud, on

⁷⁹ Simovart 2010, lk 32.

⁸⁰ Euroopa Kohtu 16.12.2008a otsus kohtuasjas nr C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulio Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias*, p 48.

⁸¹ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 3. Kättesaadav arvutivõrgus:
<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

⁸² Riigihangete seadus – RT I, 01.07.2017, 1. Vt § 4 lg 17 ja § 77 lg 4 p 4.

⁸³ Simovart 2010, lk 10.

⁸⁴ Bovis, C. *The Law of EU public procurement*. Edward Elgar Publishing, 2016, lk 291.

⁸⁵ Riigihanke üldpõhimõtted on klassikalise direktiivi artiklist 18 tulenevalt pakkujate võrdne ja mittediskrimineeriv kohtlemine, konkurentsi soodustamine, läbipaistvus ja proportsionaalsus.

keelatud), tsiviilõigussuhtes on vastupidi – kõik, mis ei ole õigusaktides keelatud, on järelikult lubatud.

2.2. Alltöövõtjate kaitse vajadus

Hankelepingu Eestis vastutab kõigi hankelepingu alusel teostatavate tööde eest peatöövõtja⁸⁶, va solidaarvastutuse korral, mil peatöövõtja ja alltöövõtja vastutavad solidaarselt hankelepingu selle osa täitmise eest, mille suhtes peatöövõtja alltöövõtja vahenditele tugines⁸⁷. Alltöövõtja on pakkujaga võrreldes hankes järelikult nõrgemas positsioonis ja see tingib vajaduse kaitsta alltöövõtjaid peatöövõtja pahatahtliku maksekäitumise eest.

Alltöövõtjate tasustamise tagamise küsimus on Eestis seaduseandja laual hangete läbiviimisel olnud pikemat aega. Otsemaksete reguleerimise vajalikkus hakkas silma eriti majandussurutise perioodil, kui ka suured peatöövõtjad olid olukorras, kus nad olid võimetud alltöövõtjatele tehtu eest tasuma, seda eriti ehitushangetel. Levinud olid mitmed skeemid, kuidas hankelepinguid rikuti, alltöövõtjatele tööde eest ei makstud, kuid juriidiliselt korrektsetena osaleti uutes hangetes⁸⁸.

Juba 2010.a arutati Riigikogus võimalikku seadusemuudatust, millega kohustaksid riigihangetel hankijat nõudma peatöövõtjalt tõendust, et ta on varasematel hangetel oma kohustused alltöövõtjate ees täitnud⁸⁹. Riigihangete seaduse muutmise eelselt, 2010.a arutati mehhanisme, millega kaitsta alltöövõtjaid pakkujate ja taotlejate pahatahtliku käitumise ees. Näiteks pannes hankijale kohustuse kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja või taotleja, kes on jätnud kohustused alltöövõtjate ees täitmata, ning lisaks kontrollida ka pakkuja kvalifitseerimisel tema võimekust

⁸⁶ Minumets; Kulm 2014, lk 234.

⁸⁷ Riigihangete seadus – RT I, 01.07.2017, 1, vt § 103 lg 3.

⁸⁸ Look, K. Alltöövõtu regulatsioon riigihangete seaduses. Rahandusministeerium, august 2011. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analused-ja-uuringud>.

⁸⁹ Koorits, V. Riik kaalub alltöövõtjate petjatele hankekeeldu. Postimees, 15.03.2010. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://pluss.postimees.ee/236900/riik-kaalub-alltoovotjate-petjatele-hankekeeldu>.

täita kohustusi alltöövõtjate ees⁹⁰. RHS muutmist juhtinud komisjon ettepanekuid ei toetanud ja 01.07.2010.a jõustunud RHS muudatused vastavaid alltöövõtjate kaitsemehhanisme ei sisaldanud.

Uute hankedirektiivide jõustamisega seoses tõstatus alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni vajadus taas aktiivselt päevakorda, ent 01.09.2017.a jõustunud RHS alltöövõtjatele otsemaksete regulatsiooni VÕS § 80-s sätestatu ülereguleerimise ebamõistlikkusele tuginedes ei sätestanud. Uut RHS välja töötades leiti ka, et kuna alltöövõtjatega, sh otsemaksetega, seonduvat on korduvalt juba analüüsitud (kuigi viidatud analüüsid olid valdavalt tehtud enne uute hankedirektiivide jõustumist), siis ei anna täiendava analüüsi tegemine lisaväärtust⁹¹. Küll aga jõustuvad 01.01.2019.a pakkujale maksete peatamise sätted, mille alltöövõtjate kaitse tagamise tegelikus sisulises mõjus Rahandusministeerium ka ise pigem kahtleval seisukohal on⁹².

Härginen ja Simovart on seisukohal, et on kaalukaid argumente, mis õigustavad alltöövõtjate otsemaksete süsteemi rakendamist Eestis, kuna see toetab mitmekülgset riigihangete aluspõhimõtteid. Ühest küljest tagab see alltöövõtjatele suurema majanduskindluse, kuna otsemaksete regulatsioon kaotab osutatud teenuste eest maksmata jätmise ohu. Samaaegselt aga lisab otsemaksete regulatsioon hankelepingu täitmise faasi läbipaistvust ning olulisel määral paindlikkust ja efektiivust, mida lepingusuhetes reeglina seostatakse positiivsema majanduskeskkonnaga⁹³. Otsemaksete regulatsiooni positiivset mõju nendib ka Matteus⁹⁴, selgitades, et idee kohaselt leevendab see mehhanism riski, kus alltöövõtja teeb töö ära, kuid raha tehtud töö eest ei jõua peatöövõtjast kaugemale. Alltöövõtjate otsemaksete mehhanismi

⁹⁰ Look, K. Alltöövõtu regulatsioon riigihangete seaduses. Rahandusministeerium, august 2011. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analüüsid-ja-uuringud>.

⁹¹ Jakobson, I. Otsemaksed – uue hankeseaduse kõige tähtsam küsimus. Ajaleht Äripäev, 19.05.2014. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/uudised/2014/05/19/otsemaksed-uu-e-hankeseaduse-koige-tahtsam-kusimus>.

⁹² Rahandusministeerium loodab, et enne sätete jõustumist 2019.a alguses leitakse siiski huvigruppidega kõige optimaalsem viis regulatsiooni sisustamiseks. Vt Mäe, I. Uus riigihangete seadus tekitab segadust. Finantsuudised, 27.09.2017. kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.finantsuudised.ee/uudised/2017/09/27/uus-riigihangete-seadus-tekitab-segadust>.

⁹³ Härginen; Simovart 2013, lk 632.

⁹⁴ Matteus, K. Uus riigihankeseadus: päästerõngas alltöövõtjatele või siiski mitte? Ärileht, 01.03.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://arileht.delfi.ee/news/uudised/uus-riigihankeseadus-paasterongas-alltoovotjatele-voi-siiski-mitte?id=73826095>.

reguleerimist riigihangete seaduses on soovinud lisaks ka Eesti Väike- ja Keskmete Ettevõtjate Assotsiatsioon⁹⁵ ning IRL fraktsioon Riigikogus⁹⁶. Allhankijate kaitse vajadusega nõustub ka Rahandusministeerium⁹⁷, selgitades, et periooditi on ebaausate peatöövõtjate poolt alltöövõtjatele maksmata jätmine olnud üsna laiaulatuslik, eriti ehitussektoris.

Ent Eestis ei saa alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni vaadelda mitte niivõrd VKE-de kaitsevajadusest lähtuvalt, kuna Eesti ettevõtted, sh ehitussektoris, on Euroopa Komisjoni 6.05.2003.a soovitusel lähtuvalt üldjuhul kõik VKE-d⁹⁸. Kuna Eestis VKE-d samaaegselt nii pakkujad kui ka allhankijad, siis tulebki Eesti kontekstis lähtuda esmajärjekorras just alltöövõtjate kui hangetes hankijatega otse lepingulises suhtes mitteolevate ja seetõttu järelikult nõrgemas positsioonis olevate isikute kaitse vajadusest. Autor toetab seisukohta, et hankedirektiividest tuleneva alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni sisseviimine siseriiklikusse hankeõigusesse on vajalik ja põhjendatud, selleks, et tagada alltöövõtjate tõhus kaitse. Järgnevalt hindab autor, kas Eestis 01.01.2019.a jõustuv alltöövõtjate tasu tagamise regulatsioon tagab alltöövõtjatele senisega võrreldes vähemriskantse lahenduse sõlmida pakkujaga lepinguid ilma, et peaks asuma sisemiselt liigselt analüüsima, kas nõuetele vastavalt tehtud töö eest saab tasutud või mitte.

2.3. Regulatsioon riigihangete seaduses

2.3.1. Pakkujale maksete peatamise regulatsioon

Hankedirektiividest lähtuvalt on liikmesriikidele pandud kohustus reguleerida siseriiklike hankeõiguse norme selliselt, et soodustada ja tagada seeläbi VKE-de ligipääs hanketurule.

⁹⁵ Eesti Väike- ja Keskmete Ettevõtjate Assotsiatsiooni 10.05.2017 kiri nr 17-005 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete_seadus.

⁹⁶ Erakond Isamaa ja Res Publica Liit 10.06.2016.a kiri Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete_seadus.

⁹⁷ Mäe, I. Uus riigihangete seadus tekitab segadust. Finantsuudised, 27.09.2017. kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.finantsuudised.ee/uudised/2017/09/27/uus-riigihangete-seadus-tekitab-segadust>.

⁹⁸ Statistikaameti andmetel oli Eestis näiteks 2016.a 81 869 ettevõtet, neist 98,4% olid väikeettevõtted ja 1,4% keskmise suurusega ettevõtted Euroopa Komisjoni 6.05.2003.a soovitusel lähtuvalt (ainult töötajate arvu vaadates), ehitussektoris oli kokku 10 167 ettevõtet ja neist vaid kaheksas on enam kui 250 töötajat.

Tegemist on kohustusega, mille täitmine riigisiselt näib kõrvalseisjale kitsalt vaadatuna ühe ühiskonnagrupi huve enam teenivat kui teise, mis omakorda toob kaasa vastakaid arvamusi ja hoiakuid. Ent laiemalt hinnatuna see nii ei ole, võidavad kõik, kuna eesmärgiks on lõppastmes tihendada konkurentsi hanketurul ja seeläbi elavdada majandust. Riigikohus on leidnud, et seadusandja võib õigussuhteid vastavalt muutunud oludele ümber kujundada ning sellega paratamatult halvendada mõnede ühiskonnaliikmete olukorda. Otsus selle kohta, milliseid reforme teha ja milliseid ühiskonnagruppe nende reformidega eelistada, on seadusandja pädevuses⁹⁹.

Hankedirektiividest tulenevat alltöövõtjatele otsemaksete võimalust 01.09.2017. a jõustunud riigihangete seadus ette ei näe, küll aga kaugemale või õigemini autori hinnangul eemale minekut. Alates 01.01.2019 jõustub RHS §122 lg 9, millega hankija jätab ehitustööde hankelepingu ja ehitustööde kontsessioonilepingu korral alltöövõtja põhjendatud taotlusel pakkujale rahalise nõude täitmata osas, mille suhtes pakkuja on jätnud rahalise kohustuse alusetult täitmata alltöövõtjale, ja täitab oma rahalise kohustuse pakkujale siis, kui viimane on täitnud või lükanud ümber oma kohustuse alltöövõtja ees. Sätte sõnastusest lähtuvalt on tegemist hankijat kohustava sättega ning sätte sõnastusest ei selgu, kas selline maksete peatamise süsteem peab tulenema hanke alusdokumentidest ja olema kooskõlas hankelepingu olemusega.

Võrdluseks saab tuua RHS § 122 lg 11, mis sätestab, et hankija võib hm kohaldada RHS § 122 lg 9 ka:

- 1) asjade hankelepingute korral;
- 2) teenuste hankelepingute korral, kui teenuseid ei osutata objektil hankija otsese järelevalve all;
- 3) ehitustöödeks või teenuste osutamiseks vajalike asjade soetamiseks või tarnimiseks sõlmitavatele allhankelepingute korral või;
- 4) alltöövõtjate sõlmitavate allhankelepingute korral ning seda juhul, kui selline võimalus ja asjakohased tingimused on sätestatud riigihanke alusdokumentides.

⁹⁹ Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi 02.12.2004.a otsus nr 3-4-1-20-04, vt p.14.

RHS § 122 lg 11 on sätte sõnastusele tuginedes dispositiivne ja annab expressis verbis ette juhise, et sätet saab rakendada ainult juhul, kui selline võimalus ja asjakohased tingimused on sätestatud riigihanke alusdokumentides.

Eeltoodule tuginedes näib seega, et RHS § 122 lg 9 tulenev ei pea kajastuma hanke alusdokumentidest või olema kooskõlas hankelepingu olemusega. Autor on seisukohal, et isegi juhul, kui kõnealune säte jääb kehtima ja seda hakatakse kasutama (kuigi autorile tundub pigem, et see valdavalt kabinetivaikuses valminud säte jääbki jõustumise korral ainult kabinetivaikusesse), siis on hankemenetluse läbipaistvuse seisukohast mõistlik vastav tingimus ja selle rakendamise alused siiski hankedokumentides kajastada. Ettevõtjad tunnevad küll hästi oma asju ja teenuseid, kuid mitte kõigi seadustest tulenevaid erilisi võimalusi. Liiatigi, mida väiksem on ettevõtte, seda suurem on tõenäosus, et tema võimekus kaasata hankemenetluses alltöövõtjana pakkujale pakkumust esitades hankeõiguse asjatundjaid, on pigem madal. Autori seisukohta toetab ka hea õigusloome põhimõte, mille kohaselt peab seadus olema selge ja üheselt mõistetav, Eesti õigussüsteemi sobiv ja rahvusvaheliselt konkurentsivõimeline. Õigusaktid tuleb koostada võimalikult lihtsas keeles, selgelt ja täpselt, silmas pidades õigusakti peamisi sihtgruppe¹⁰⁰.

Riigihangete seaduse seletuskirjast¹⁰¹ tuleneb, et peatöövõtjale maksete peatamise puhul on tegemist hankija kaalutusõigusega. Hankija ei saa tasuda alltöövõtjale otse, tal on ainult õigus pakkuja raha hoida kinni seni, kuni makse peatamise alused on ära langenud. RHS sätetest ei tulene, kuidas hankija peaks hindama alltöövõtja taotluse põhjendatust, kuigi riigihangete sujuvamaks läbiviimiseks on vaja õiguslikku stabiilsust¹⁰². Tõendiks hankijale, et alltöövõtja on oma raha kätte saanud või tal ei ole õigust raha saada või tema õigused on väiksemad kui nõudes

¹⁰⁰ Jõks, A. Kas õigust selgitada või selgust õigustada? Õiguskeel 2012: artiklikogumik. Tallinn, 2012, lk-d 1 ja 3. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/allar_joks.pdf

¹⁰¹ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 107. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

¹⁰² Regioonide Komitee arvamused „Riigihangete pakett”. Euroopa Liidu Teataja. C 391/49, 18.12.2012, lk 1. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AR0099&from=ET>.

esitatud summa, ei pea olema kohtulahend, näiteks võib esitada ka vastavate tööde üleandmise- ja vastuvõtmise akti¹⁰³.

Autor on seisukohal, et RHS tulenev alltöövõtjate tasustamise tagamise regulatsioon on ebamõistlikult keerukas ja tema tõhusus on kaheldav. Viimasel hetkel eelnõusse ilmunud nn üllatussätted¹⁰⁴ on oma sõnastuselt ja olemuselt vastumeelt ka seaduse väljatöötamise kaasatud huvigruppidele, kes leidsid, et selliste meetmete rakendamine võib viia peatöövõtja raskesse finantsolukorda, mille tõttu satub ohtu objekti valmimine ja jätkusuutlik äritegevus¹⁰⁵. Samas kui õigusloomes tehtavad otsused peaksid olema läbipaistvad ja põhjendatud. Mida olulisem muudatus, seda põhjalikum peab olema põhjendus¹⁰⁶. Autor ei ole uurimistöö tulemusena leidnud objektiivset selgitust, miks just sellise regulatsiooni kasuks otsustati.

Seadusandliku võimu teostamise eesmärk peab olema kooskõlas avaliku huviga, õigusloomeprotsess peab olema ettenähtav ja avatud¹⁰⁷. Seadusi kehtestatakse selleks, et saavutada ühiskonnas mingisuguseid muutusi, seega saab seaduse kvaliteedi kriteeriumiks olla peaaegselt see, kas sellega saavutatakse soovitud mõju ühiskonnas või mitte. Kuivõrd riigi õiguskorra kvaliteet on oluline osa riigi üldisest rahvusvahelisest konkurentsivõimest, tuleb sellele olulist tähelepanu pöörata¹⁰⁸. Seadus peab olema mõjus, mistõttu eelnõuga kaasnevaid mõjusid tuleb teadvustada ning hinnata enne seaduseelnõu väljatöötamist ning prognooside paikapidavust kontrollida pärast seaduse jõustumist¹⁰⁹.

¹⁰³ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 107. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

¹⁰⁴ Laanemäe, K. Kutsumata külaline riigihangete seaduses. Äripäev, 14.09.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/arvamused/2017/09/14/kadi-laanamae-kutsumata-kulaline-riigihangete-seaduses>.

¹⁰⁵ Eesti Kaubandus- Tööstuskoja 04.04.2017 kiri nr 4/86 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

¹⁰⁶ Jõks 2012, lk-d 1 ja 4.

¹⁰⁷ Jõks 2012, lk-d 1 ja 2.

¹⁰⁸ Õiguspoliitika arengusuunad aastani 2018. Seletuskiri. Justiitsministeerium. Lk-d 2 ja 4. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.just.ee/et/eesmargid-tegevused/oiguspoliitika/oiguspoliitika-arengusuunad>.

¹⁰⁹ Jõks 2012, lk 1.

Autor selgitas eelnevalt, et peale uute hankedirektiivide jõustumist ja enne uue RHS jõustumist alltöövõtjate otsemaksete reguleerimise osas uusi uuringuid läbi ei viidud, kuigi huvigrupid selleks vajadust nägid¹¹⁰. Juriidiline uuring, mis käesoleva aasta alguses, so enne 01.01.2019.a uute sätete jõustumist, Rahandusministeeriumi tellimisel valmis, hindab aga ainult 01.01.2019.a RHS jõustuvate alltöövõtjate regulatsiooniga kaasnevat mõju¹¹¹. Tegemist on kahtlemata olulise uuringuga, ent autori hinnangul on uuringu koostajatele ülesanne püstitatud paraku liiga kitsalt.

Uue RHS ettevalmistamisel on kaalutud lahendustes jäetud üldse võimalike regulatsioonide võrdluses hindamata asjaolu, milline mõju oleks kaasnenud hankedirektiividest tuleneva alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni sisseviimisega RHS-i, näiteks:

- 1) hanketurul osalemise kavatsuse tõusule, st konkurentsi tihenemisele (seda nii alltöövõtjate kui ka pakkujate hulgas);
- 2) alltöövõtjate kindlustunde kasvule, mis omakorda soosiks neid enam hangetes osalema.

Juba ka tõenäolise positiivsema mõju (võrreldes 01.01.2019.a jõustuvate sätetega) kaasnemise korral ei oleks alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni väljajätmine RHS-sit autori hinnangul olnud mõistlikult põhjendatav. Eriti, kuna on teada alltöövõtjate rahata jäämise probleem.

Rahandusministeeriumi tellitud analüüsi selgitusega, et ükskõik millise regulatsiooni puhul esineb kuritarvitusi, ent nende üksikute kuritarvituste pinnalt ei saa teha järeldusi üldise olukorra kohta või luua üldkehtivat regulatsiooni¹¹², autor nõustuda ei saa. Peamiselt seetõttu, et:

- 1) alltöövõtjatele maksmata jätmine on Eesti ehitusturul ulatuslik probleem (mitte üksikud kuritarvitused), mille aktuaalsus tõusetub päevakorda paraku lainetena, lähtuvalt selles, kas riigi majandusel tervikuna on tõusus või mõõnas. Sellele asjaolule on tähelepanu juhitud korduvalt ja mitmelt poolt;
- 2) ei saa olla mõistliku vaidlust küsimuses, kas olukorras, kus EL on võtnud poliitiliseks eesmärgiks VKE-de hanketurule kaasamise soodustamise, mille üheks tööriistaks on

¹¹⁰ Jakobson, I. Otsemaksed – uue hankeseaduse kõige tähtsam küsimus. Ajaleht Äripäev, 19.05.2014. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/uudised/2014/05/19/otsemaksed-uu-e-hankeseaduse-koige-tahtsam-kusimus>.

¹¹¹ Advokaadibüroo Deloitte Legal. Alltöövõtjate regulatsiooni rakendamise kaasnevad mõjud. 18.12.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/valminud-analuis-alltoovotjate-regulatsiooni-rakendamisega-kaasnevad-mojud>.

¹¹² Advokaadibüroo Deloitte Legal 2017, lk 4.

alltöövõtjate kaitse tagamine, ning Eestis esineb eriti just ehitussektoris ulatuslik probleem alltöövõtjate kaitse puudumise tõttu, saab võtta hoiaku, et vajadus läbipaistva ja tõhusa üldregulatsiooni loomiseks pigem puudub.

Niisamuti on arusaamatu analüüsis toodu, et kuritarvituste vastu aitaks eelkõige see, kui alltöövõtja ei tee koostööd ettevõtjaga, kelle puhul on teada, et ta jätab alltöövõtjale maksmata¹¹³.

Seda peamiselt järgmistel põhjustel, kuna:

- 1) teadmine ettevõtja maksekäitumisest tekib valdavalt ikkagi siis, kui on jõutud olukorda, kus nõuetekohaselt tehtud tööde eest esitatud arve on ja võibki jääda maksmata;
- 2) on siiski põhjust arvata, et ettevõtja käitumine on ajas muutuv. Ei ole mõistlikult eeldatav, et ettevõtte varasematest eksimustest ei õpi ja oma makseharjumusi edaspidi ei muuda;
- 3) otsemaksete regulatsioonil võib autori hinnangul olla ka ennetavalt positiivne mõju ettevõtete maksekäitumisele, mistõttu puudub alltöövõtjatel vajadus olla paranoiline. Pakkujate tõsikindel teadmine, et kui ta ei maksa alltöövõtjale nõuetekohaselt teostatud töö eest, siis maksab hankija ise ja vähendab selle võrra pakkujale makstavat summat, viib pakkujate tõenäoliselt loogilise järelduseni, et alltöövõtjale tasu maksmata jätmine ei anna talle rahalist võitu, mistõttu maksab ta alltöövõtjale hankijaga sekelduste vältimiseks ise;
- 4) alltöövõtjatele etteheidetav liigvähene paranoilisus lepingupartnerite valikul ei soodusta kindlasti konkurentsi tihendamist.

Kõnealusel analüüsis selgus lisaks, et peatöövõtjale maksete peatamise regulatsioonil ei ole otsest positiivset mõju hankijale ega pakkujale. Alltöövõtjale kaasnevaks positiivseks mõjuks hinnati, et regulatsioon annab võimaluse pöörduda põhjendatud avaldusega hankija poole ning olenevalt olukorrast, võib alltöövõtja isegi saavutada selle, et hankija jätab peatöövõtjale rahalise nõude täitmata, mis omakorda võib mõjutada peatöövõtjat täitma oma rahalist nõuet alltöövõtjale. Samas tuuakse analüüsis välja praktiline probleem, mis on seotud alltöövõtja avalduse põhjendatuse või põhjendamatusel kindlakstegemisega¹¹⁴. Järelikult tuleks kaaluda, kas oleks mõistlik need sätted seadusest siiski välja jätta ja algselt eraldi eelnõu alltöövõtjate tasu

¹¹³ Advokaadibüroo Deloitte Legal 2017, lk 5.

¹¹⁴ Advokaadibüroo Deloitte Legal 2017, lk 4.

tagamise reguleerimiseks¹¹⁵. Kaalutusotsuse langetamiseks hindab autor järgnevalt esmalt RHS § 122 lg 9 sisu konformsust hankedirektiividega ja kooskõla hankeõiguse põhimõtetega.

2.3.2. Sätte konformsus hankedirektiividega

Hankedirektiividest tulenevalt tuleks avaliku sektori hankijaid suunata kohaldama hankemenetluse raamistikku viisil, mis soodustab VKE-de osalemist riigihangetel, sest VKE-de juurdepääsu soodustamine hanketurule on selgelt Euroopa Liidu poliitiline eesmärk¹¹⁶. Euroopa Komisjoni¹¹⁷ soovitus siseturgu mõjutavate direktiivide siseriiklikesse õigusaktidesse ülevõtmise kohta sedastab, et liikmesriigid võivad direktiivide ülevõtmisel siseriiklikesse õigusaktidesse valida ise ülevõtmise vormi ja viisi, kuid direktiivid on siduvad neis sisalduva saavutatava eesmärgi ja tähtaja osas.

Hankedirektiivide preambulid selgitavad, et liikmesriigid peavad tegema jõupingutusi soodustamiseks VKE-de osalemist hanketurul, selle eesmärgi saavutamise üks tööriist on liikmesriigi tasandil alltöövõtjatele otsemaksete tegemise mehhanismide sätestamine¹¹⁸. Alltöövõtjate otsemakseid võimaldava hankelepingu tingimus on hankelepingu oluline tingimus, sest tegemist on hankija finantskohustusi reguleeriva lepingusättega¹¹⁹ ja järelikult selleks, et seda direktiividest tulenevat uut võimalikku hankelepingu tingimust hankeõiguse üldpõhimõtteid eesmärgipäraselt rakendada ja selline alltöövõtjate kaitsemehhanism sätestada, peab selline hankelepingu tingimuse lubatavuse võimalus tulenema siseriiklikust, direktiive ülevõtvast normist. Autor on seisukohal, et direktiivi eesmärgi saavutamist tagavad sätted peavad tulenema

¹¹⁵ Eesti Ehitusettevõtjate Liidu 16.05.2017 kiri Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

¹¹⁶ PriceWaterhouseCoopers, ICF GHK, Ecorys. SMEs access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU. European Commission, February 2014. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15459?locale=en>.

¹¹⁷ Euroopa Ühenduste Komisjon. Komisjoni soovitus siseturgu mõjutavate direktiivide siseriiklikesse õigusaktidesse ülevõtmise kohta. SEK (2004) 918 lõplik. Brüssel, 12.7.2004, lk 2. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2004/ET/2-2004-918-ET-F-0.Pdf>.

¹¹⁸ Klassikalise direktiivi preambuli p. 78 ja võrgustikudirektiivi preambuli p. 110.

¹¹⁹ Karindi-Kask, E. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeerium. Detsember, 2012. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analuusid-ja-uuringud>.

esmajärjekorras direktiivi konformsest avalik-õiguslikust normis, st riigihangete seadusest. Ka hankedirektiividest tulenevalt on autori selline tõlgendamine hankedirektiividega konformne, sest neist tuleneb otsesõnu: „*Riigihanked tuleks kohaldada VKEde vajadustele*”¹²⁰, mistõttu nähakse liidu üleselt ette vajadus kooskõlastada riiklikud hankemenetlused selleks, et hankeõiguse üldpõhimõtted saaks tagatud.

Hankedirektiivid võimaldavad, isegi soosivad, liikmesriikidel riigisiseses õiguses kehtestada veel rangemaid eeskirju või minna alltöövõtjate otsemaksete tegemisel veel kaugemale. Hankedirektiivide kontekstis on kaugemale mineku tähendus pigem täiendavate leevendavate meetmete väljapakumine alltöövõtjatele eesmärgiga pakkuda neile täiendavat kaitset ja majandusliku kindlustunnet soodustamaks neid hanketurul aktiivsemalt kaasa lööma (vt ka p. 1.2.). Hankedirektiividega kooskõlaline on seega selliste normide sätestamine, mis motiveeriks VKE-sid hanketurul aktiivsemalt kaasa lööma.

Autor näeb RHS § 122 lg 9 regulatsioonil mitmeid vastuolusid hankedirektiividega, mida alljärgnevalt põhjendab. Olulisimad on: regulatsiooni kohaldamise viis ja vastuolu kontsessioonidirektiiviga, sama on autor seisukohal, et ühe kindla sektori eelistamine on direktiividega konformne.

2.3.2.1. Eelistuste lubatavus

Autor ei nõustu Rahandusministeeriumi tellitud analüüsis oleva järeldusega, et RHS § 122 lõike 9 (*autor: analüüsis on toodud ka lg 10*) ei ole kooskõlas võrdse kohtlemise põhimõttega, kuna on kohaldatavad üksnes ehitustööde hankelepingu ja ehitustööde kontsessioonilepingu puhul, mitte teiste teenuste või asjade hankelepingute puhul (tõsi, asjade ja teenuste hankelepingutele võib hankija RHS §-i 122 kohaldada). Samuti, kui riigihangete puhul oleksid alltöövõtjad RHS § 122 erilise kaitse all, siis erasektorile asju, teenuseid ja ehitustöid pakuvad alltöövõtjad sellist kaitset nautida ei saaks¹²¹.

¹²⁰ Klassikalise direktiivi preambuli p. 78, võrgustiku direktiivi preambuli p 87.

¹²¹ Advokaadibüroo Deloitte Legal 2017, lk 28.

Ojasalu selgitab oma magistritöös, millal ebavõrdne kohtlemine on lubatud. Ebavõrdne kohtlemine võib olla ette nähtud õigusaktidega. Õigusliku ebavõrdsusega kompenseeritakse faktilist ebavõrdsust¹²². Analüüsis väljendatud ebavõrdse kohtlemise vastu räägivad klassikalise direktiivi art. 71 lg 8 ja võrgustikudirektiivi art. 88 lg 8. Need artiklid, nagu p. 1.2. selgitatud, lubavad liikmesriikidel piirata alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni kohaldatavust, näiteks teatavatele lepinguliikidele, avaliku sektori hankijate või ettevõtjate kategooriatele või teatavatele summadele. Hankedirektiivid loovad järelkult õigusliku aluse, mistõttu analüüsis viidatud ebavõrdne kohtlemine on lubatav. Järelkult on selline liikmesriigi käitumine hankedirektiividega konformne, kus liikmesriik otsustab ühel või teisel põhjusel vaadeldavat regulatsiooni rakendada ainult piiratud ulatuses.

RHS § 122 lg 9 tulenev pakkujale maksete peatamise regulatsioon jõustub 01.01.2019.a ja kehtib kõigile ehitustööde hankelepingutele ja ehitustööde kontsessioonilepingutele sõltumata hanke maksumusest, st nii alla kui ka üle rahvusvahelise piirmäära jäävatele hankelepingutele. RHS § 122 lg 11 tulenevalt võib seda regulatsiooni kohaldada ka teiste hankeliikide korral. Riigisisised otsused, miks RHS § 122 lg 9 kohustab hankijat, aga lg 11 lubab hankijal maksete peatamise regulatsiooni rakendada, peaksid olema selgelt põhjendatud. Autor on nõus, et RHS § 122 lg 9 (või lg 11) erisuste osas on Rahandusministeerium põhjendused pigem kasinad. RHS seletuskirjast ei ilmne üheselt, miks on Eestis just ehitussektori allhankija erilist kaitset vajavad ja teiste hangete puhul võib seda kohaldada vaid juhul, kui hankija nii otsustab ja sellise võimaluse ning asjakohased tingimused riigihanke alusdokumentides sätestab.

2.3.2.2. Kohaldamise viis

Olulisim autori hinnangul on, et hankelepingu olulised hankeõiguse põhimõtetest tulenevad, lepinguõiguses pigem ebaharilikud ja poolte lepinguvabadust piiravad tingimused, mis on riigihanke alusdokumentides¹²³ ja fikseeritud hankelepingu sõlmimise eelselt ning mille üle pakkujaga läbirääkimisi ei toimu (või kui siis va läbirääkimistega hankemenetlused), peavad eelkõige kajastuma vastavas avalik-õiguslikus normis, antud juhul siis RHS. Autor nõustub

¹²² Ojasalu 2006, lk 54

¹²³ Riigihangete seadus – RT I, 01.07.2017, 1, vt § 4 lg 17 ja § 77 lg 4 p 4.

eelnevalt toodud Simovarti seisukohaga, et allutades hankelepingud puhtalt eraõiguslikule loogikale, ignoreeritakse nii Euroopa Liidu riigihankeõiguse eesmärke kui lepingutega kaasnevat olulist avalikku huvi¹²⁴. Ka Bovis on selgitanud, et riigisisesed, direktiive ülevõtavad õigusaktid on need, mis peaksid hankijatele vastavad regulatsiooni ette andma¹²⁵.

Eesti jättis otsemaksete regulatsiooni RHS-i üle võtmata (mh tuginedes asjaolule, et eraõiguslik norm, VÕS § 80 reguleerib seda piisavalt, vt ka p. 2.4.). Selle asemel lõi regulatsiooni, mille puhul ei ole autori hinnangul siiski tegemist mitte laiendatud alltöövõtjate kaitsega, vaid omamoodi kabinetivaikuses sündinud katsetusega. Autori hinnangul oleks direktiivikonformne lähenemine olnud järgmine:

- 1) liikmesriik jätab alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni kohaldamata;
- 2) liikmesriik kohaldab alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni;
- 3) liikmesriik kohaldab alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni koos täiendavate meetmetega.

Märkimisväärne selle katsetuse juures on asjaolu, et enim probleeme tekitav alltöövõtjate kaitse regulatsiooni, mis jõustub 2019.a jaanuarist, lisati RHS-i vahetult enne seaduse vastuvõtmist ilma, et huvigruppidega oleks selles osas sisuliselt läbi räägitud¹²⁶. Samas huvigruppide kaasamine õigusloomes peab toimub selgete ja formaliseeritud menetlusreeglite järgi¹²⁷, sest ainult sel juhul on kaasamine on efektiivne¹²⁸. Aruteluks tuleb esitada nii eelnõu väljatöötamise kavatsus, eelnõu kontseptsioon kui ka lõplik eelnõu tekst¹²⁹. RHS eelnõu väljatöötamisse kaasati hulgaliselt huvigruppe, ent kaasamise protsess alltöövõtjate kaitse tagamise sätete küsimuses oli pigem tagasihoidlik, sellega ei olnud rahul ka kaasatud ise¹³⁰.

¹²⁴ Simovart 2010, lk 10.

¹²⁵ Bovis, C. The Law of EU public procurement. Edward Elgar Publishing, 2016, lk 291.

¹²⁶ Mäe, I. Uus riigihangete seadus tekitab segadust. Finantsuudised, 27.09.2017. kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.finantsuudised.ee/uudised/2017/09/27/uus-riigihangete-seadus-tekitab-segadust>.

¹²⁷ Jõks 2012, lk 1.

¹²⁸ Õiguspoliitika arengusuunad aastani 2018. Seletuskiri. Justiitsministeerium, lk 25. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.just.ee/et/eesmargid-tegevused/oiguspoliitika/oiguspoliitika-arengusuunad>.

¹²⁹ Jõks 2012, lk 1.

¹³⁰ Eriti ilmekalt iseloomustavad seda Kaubandus- ja Tööstuskoja juristi Kadi Laanemäesõnad: „Räägi nagu seinaga/--/ Huvigrupid said sõna küll, aga kuulamas polnud kedagi”. Vt Laanemäe, K. Kutsumata külaline riigihangete seaduses. Äripäev, 14.09.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/arvamused/2017/09/14/kadi-laanamae-kutsumata-kulaline-riigihangete-seaduses>.

Vaidlusi võib tekitada asjaolu, kas hankedirektiividest lähtuvalt peaks alltöövõtjate maksetega seonduv kord olema ette nähtud hankedokumentides ja seda peab lubama hankelepingu olemus, kui sätte kohustuslikkus tuleneb otsesõnu RHS-ist. RHS § 122 lg 9 ei sätesta, et alltöövõtjate rahalise kohustuse täitmata jätmise regulatsiooni rakendamise võimalus ja asjakohased tingimused tuleb sätestada hanke alusdokumentides (erinevalt näiteks RHS § 122 lg 11, mis selle tingimuse sätestab). Ilmselt on see nii, kuna RHS § 122 lg 9 on imperatiivne, st igal juhul, kui alltöövõtja hankes hankijale taotluse esitab, on hankija kohustatud hindama selle põhjendatust. Autor on seisukohal, et hoolimata sellest, et RHS § 122 lg 9 kohaldamine hankes ei ole jäätud hankija kaalutusõiguseks, vaid selle kohaldamise kohustus tuleneb otsesõnu RHS vastavast sättest, tuleb see paralleelselt kajastada ka hankedokumentides¹³¹. Oluline on see autori hinnangul juba seetõttu, et üheskoos sellega reguleerida hankedokumentides ära alltöövõtja taotluse põhjendatuse hindamise kriteeriumid (kuniks neid ei ole muul viisil selgelt reguleeritud). Olukord, kus jääbki reguleerimata, kuidas ja milliste kriteeriumite alusel kavatses hankija alltöövõtja taotluse põhjendatust hinnata, suurendab suurema tõenäosusega hankemenetluses osapoolte halduskoormust, mis omakorda on vastuolus hankedirektiividest tuleneva põhimõttega, et halduskoormust tuleb lihtsustada ja vähendada (vt ka p. 1.3.). Lisaks on see oluline ka läbipaistvuse põhimõtte pärast (vt p. 2.3.3.1.).

2.3.2.3. Vastuolu kontsessioonidirektiiviga

RHS § 122 lg 9 regulatsioon on selges vastuolus kontsessioonidirektiiviga, kuna kontsessioonidirektiivist ei tulene alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni rakendamise lubatavust. Ei saa väita, et tegemist on klassikalise direktiivi art. 71 lg 7 ja võrgustiku direktiivi art. 88 lg 7 laiendatud tõlgendusega, see tähendab liikmesriigile antud õigusega minna alltöövõtjatele otsemaksete tegemisega veel kaugemale või kehtestada veel rangemad eeskirjad. Tegemist on selgelt kontsessioonidirektiiviga vastuolus oleva tõlgendusega.

¹³¹ Autor selgitas lähemalt p. 2.3.1., et ettevõtjad tunnevad küll hästi oma asju ja teenuseid, kuid mitte kõigi seadustest tulenevaid erilisi võimalusi. Liiatigi mida väiksem on ettevõtte, seda suurem on tõenäosus, et tema võimekus kaasata hankemenetluses alltöövõtjana pakkujale pakkumust esitades hankeõiguse asjatundjaid, on pigem madal.

Kui liikmesriik jätab tagamata direktiivi mõjulepääsu, saavad kahjustada asutamislepingus sätestatud eesmärgid, mis lõppastmes võivad hakata piirama Euroopa Liidu siseturu toimetehhanisme ning majanduse konkurentsivõimet tervikuna¹³². Liikmesriigid peavad hoiduma selliste tingimuste või nõuete lisamisest siseriiklikesse rakendussätetesse, mida ei ole vaja asjakohase direktiivi ülevõtmiseks, kui sellised tingimused või nõuded võivad takistada kõnealuse direktiivi eesmärkide saavutamist¹³³.

2.3.3. Vastavus hanke üldpõhimõtetele

Euroopa Kohtu praktika põhjal ei tohi siseriiklik säte olla vastuolus Euroopa Liidu aluspõhimõtetega¹³⁴ ning hankeõiguse üldpõhimõtetega, mis omakorda tulenevad aluspõhimõtetest¹³⁵. Hankeõiguse lõppeesmärgiks on konkurentsi tagamine¹³⁶, seda omakorda toetavad läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja proportsionaalsuse põhimõtted. Mittediskrimineerimine, vastastikuse tunnustamise põhimõtteid, mis on samuti aluspõhimõteteks, autor ei analüüsi esmalt töö piiratud mahu tõttu ja teisalt seetõttu, et hindab, et analüüsitavad põhimõtted on piisavad seisukoha kujundamiseks, kas säte on kooskõlas hankeõiguse lõppeesmärgi - konkurentsi tagamisega.

Riigikohtu RKPJKo III-4/A-5/94 tuleneb, et õigusloomes tuleb juhinduda ajalooliselt kujunenud õiguse üldpõhimõtetest¹³⁷. Üheks sellisteks tuleb kahtlemata pidada ka EL aluspõhimõtteid, sh hankeõiguse aluspõhimõtteid. Hindamaks, kas RHS vaadeldavad sätted toetavad hankeõiguse aluspõhimõtteid ja soodustavad konkurentsi, analüüsib autor järgemööda sätte kooskõla läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja proportsionaalsuse põhimõtetega. Seejuures ei keskendu autor

¹³² Jaago, K-S. Ülevõtmisperioodil riigihangete direktiivide mõju riigisisesele õiguskorrale. *Juridica* 2015, 3, lk 196 – 209, lk 197.

¹³³ Euroopa Ühenduste Komisjon. Komisjoni soovitus siseturgu mõjutavate direktiivide siseriiklikesse õigusaktidesse ülevõtmise kohta. SEK (2004) 918 lõplik. Brüssel, 12.7.2004, lk 4. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2004/ET/2-2004-918-ET-F-0.Pdf>.

¹³⁴ Euroopa Kohtu 08.09.2010 otsus kohtuasjas nr C-409/06, Winner Wetter GmbH vs Bürgermeisterin der Stadt Bergheim., alates p-st 53.

¹³⁵ Klassikalise direktiivi preambuli p 1.

¹³⁶ Kohtujurist M.C.Sanchez-Bordona ettepanek 22.11.2017 kohtuasjas nr C-531/16, p 71.

¹³⁷ Madise, Ü., Kalmo, H., Mälksoo, L., Narits, R., Pruks, P., Raidla, J., Vinkel, P. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2017., lk 73.

liialt konkreetse aluspõhimõttest tuleneva mõiste sisu selgitamisele, kuna seda on piisavalt oma magistritöös teinud Ojasalu¹³⁸.

2.3.3.1. Läbipaistvus

Riigihanke läbipaistvuse põhimõtte järgimise olulisus nii riigihanke menetluse kestel kui ka selle alusel sõlmitud lepingute täitmise käigus tagab nii pakkujatele kui ka potentsiaalsetele pakkujatele nende õiguste kaitse¹³⁹. Riigihanke läbipaistvuse tagamise põhimõtte, kui võrdse kohtlemise põhimõtte paarilise, eesmärk on ennekõike tagada, et kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad peavad olema hanketeates või hankedokumentides sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt¹⁴⁰.

Autor näeb RHS § 122 lg 9 puhul läbipaistvusega seoses mitmeid probleeme. Esiteks ei näe see säte ette, et pakkujale maksete peatamise võimalus alltöövõtja põhjendatud taotluse korral peab tulenema hankedokumentidest (samal ajal näiteks RHS § 122 lg 11 on see tingimus otsesõnu sisse kirjutatud). Nagu eelnevas ptk-s selgitatud, võibki ju väita, et kuna § 122 lg 9 on RHS imperatiivsena sätestatud, siis ei peagi seda kordama hanke alusdokumentides, sest seadust ei ole mõtet alusdokumentidesse ümber kirjutaja ja pakkujatelt tuleb eeldada seaduse tundmist. Üldises printsiibis on autor sellise väitega nõus, kuid mitte RHS § 122 lg 9 sätestatu osas. Tegemist on siiski erisättega, mille rakendamise puhul on esmalt võimalike vaidluste tekkimise oht pigem kõrge ja teiseks nii pakkujate kui ka eelkõige just alltöövõtjate teadmise sellega kaasnevatest võimalustest on pigem madal. Nagu eelnevalt öeldud, tunnevad ettevõtjad küll hästi oma asju ja teenuseid, kuid tõenäoliselt mitte kõigi seadustest tulenevaid erilisi võimalusi, mis neile mh soodsamaid või ebasoodsamaid olukordi kaasa võivad tuua. Järelikult võib nii pakkujale kui ka alltöövõtjale jääda ebaselgeks, mis tingimustel ja kaalutlustel hankija võimaldab seda sätet kasutada või mitte. Selline olukord on aga ilmselgelt vastuolus läbipaistvuse põhimõttega.

¹³⁸ Ojasalu 2006 .

¹³⁹ Minumets; Kulm 2014, lk 25.

¹⁴⁰ Minumets; Kulm 2014, lk 24.

Esimese probleemiga on autori hinnangul tihedalt seotud teine probleem, RHS regulatsioonis puudub üldine arusaam, millistel alustel viib hankija läbi alltöövõtja taotluse põhjendatuse hindamise, mis on aga vajalik õigusliku stabiilsuse tagamiseks¹⁴¹.

Oluline oht läbipaistvuskohustuse rikkumisele tuleneb ka Rahandusministeeriumi tellitud analüüsist. RHS § 122 regulatsioon, mis praeguses sõnastuses kohaldub kohustavana vaid esimese astme alltöövõtjatele, võib soodustada peatöövõtja ja alltöövõtjate vahele täiendava juriidilise isiku lisandumist, mille tulemusena alltöövõtuahela läbipaistvus väheneb¹⁴². Pahatahtlikud pakkujad võivad tekitada olukordi, kus juriidiliselt on kõik korrektne, aga sisuliselt on alltöövõtja ikkagi kaitseta jäätud. Samas hankijal on võimalus sellise olukorra teket vältida, kuna RHS § 122 lg 11 p 4 sätestab, et lg-s 9 toodud pakkujale maksete peatamise regulatsiooni võib kasutada ka alltöövõtjate sõlmitavate allhankelepingute korral, st alltöövõtuahelas allpool.

2.3.3.2. Võrdne kohtlemine

Läbipaistvuse tagamine omakorda võimaldab tõendada, et on järgitud võrdse kohtlemise põhimõtet¹⁴³. Võrdseid olukordi ei tohi kohelda erineval viisil, ja erinevaid olukordi võrdväärsena. Võrdsus riigihangetes tähendab eelkõige taotlejate ja pakkujate ühtset ja objektiivset kohtlemist¹⁴⁴. Võrdse kohtlemise põhimõttele tuginedes ei tohi seega samalaadseid olukordi käsitleda erineval moel juhul, kui erinevat kohtlemist ei ole võimalik objektiivselt põhjendada¹⁴⁵.

Antud sätte puhul on ebavõrdse kohtlemise olukorra tekkimine vägagi tõenäoline. Põhiliselt seetõttu, kuna hankijal puudub rakendusjuhised, kuidas alltöövõtja taotluse põhjendatust hinnata ja sellest lähtuvalt, kas peatada makse pakkujale või mitte. Võrdse kohtlemiseta jäämise oht on

¹⁴¹ Regioonide Komitee arvamused „Riigihangete pakett”. Euroopa Liidu Teataja. C 391/49, 18.12.2012. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AR0099&from=ET>, lk 1.

¹⁴² Advokaadibüroo Deloitte Legal 2017, lk 6.

¹⁴³ Klassikalise direktiivi preambuli p. 58, võrgustiku direktiivi preambuli p 69.

¹⁴⁴ Ojasalu 2006, lk 54

¹⁴⁵ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 11. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

järelikult olemas nii pakkuja kui ka alltöövõtja poolt vaadatuna. Näiteks on reaalne sellise olukorra teke, kus erinevates ehitustööde hankemenetlustes hankija asjaoludelt võrreldavas olukorras loeb alltöövõtja taotluse ühel juhul põhjendatuks ja võtab selle menetlusse (st peatab makse pakkujale), teisel juhul aga ei loe põhjendatuks ja jätab alltöövõtja taotluse tähelepanuta (st ei peata makseid pakkujale).

2.3.3.3. Proportsionaalsus

Siseriikliku õigusnormi kooskõla ühenduse õigusega tuleb hinnata proportsionaalsuse põhimõtet arvestades¹⁴⁶. Proportsionaalsuse printsiip on oluline lähtepunkt direktiivide tasakaalustatud tõlgendamiseks ning kohane alus, hindamaks liikmesriigi seadusandja valikute õiguspärasust riigihangete reguleerimisel. Proportsionaalsuse põhimõte nõuab, et institutsioonide tegevus ei läheks kaugemale sellest, mis on asjaomaste õigusnormidega taotletavate õiguspärase eesmärkide saavutamiseks kohane ja vajalik. Juhul, kui on võimalik valida mitme sobiva meetme vahel, tuleb rakendada kõige vähem piiravat meetet ja tekitatud piirangud peavad olema vastavuses seatud eesmärkidega¹⁴⁷.

Eelnevalt on autor selgitanud hankeõiguse positsiooni Eesti õigussüsteemis ja hankeõiguse ulatuse mõju nii hankelepingu eelsetele kui ka hankelepingu järgsetele suhetele. Ilmnes, et tegemist on mitmetasandiline õigusliku seotuse ja reguleeritusega. Avalik-õiguslikus suhtes on proportsionaalsuse sisuks ja ülesandeks olla üksikisiku kaitsevahend riigipoolsete ülemääraste mõjutuste eest, riigil on kohustus teha kõik, et isikud saaksid oma põhiõigusi teostada¹⁴⁸. Kui aga lähtuda sellest, et hankelepingu sõlmimise järgselt allub poolte vaheline suhe ainult eraõiguse sätetele, siis eraõiguses rakendab seadusandja proportsionaalsuse põhimõtet põhiõiguste kaitseks efektiivse kaitsemenetluse tagamise ja kohus õiguskaitsevahendite kohaldamise võimaluse

¹⁴⁶ Euroopa Kohtu 19.05.2009.a otsus kohtuasjas nr C-538/07, Assitur Srl vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, p 24.

¹⁴⁷ Euroopa kohtu 20.09.2011 otsus kohtuasjas nr T-461/08, Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs Euroopa Investeerimispank, p.142.

¹⁴⁸ Alekand, A. Proportsionaalsuse printsiip põhiõiguste riive mõõdupuuna täitemenetluses. Doktoritöö. Juhendaja prof. Raul Narits. Tartu, 2009, lk 22-23.

kaudu¹⁴⁹. Seega, meetme proportsionaalsus on määrava tähtsusega olenemata sellest, milliseks peetakse hankija ja pakkuja hankelepingu sõlmimise järgset suhet. Simovart ja Koroljov selgitavad Euroopa Kohtu praktikale tuginedes, et viimasel ajal rakendatakse proportsionaalsuse printsiipi varasemaga võrreldes isegi mõnevõrra laiemalt, st igasugune hanketegevus peab olema proportsionaalne sellega taotletava eesmärgiga¹⁵⁰.

Proportsionaalsuse põhimõttele vastavust tuleb kontrollida kolme astmelise testiga:

- 1) kas rakendatav abinõu on sobiv;
- 2) vajalik ja
- 3) mõõdukas.

Sobiv on abinõu, mis soodustab piirangu eesmärgi saavutamist. Sobivuse seisukohalt on vaieldamatult ebaproportsionaalne abinõu, mis ühelgi juhul ei soodusta piirangu eesmärgi saavutamist¹⁵¹. Eelnevalt on autor selgitanud, mis põhjusel RHS § 122 lg 9 pigem ei soodusta esmasest õigusest ja hankedirektiividest tuleneva eesmärgi täitmist ning miks vaadeldav RHS säte ei taga läbipaistvust ja võrdset kohtlemist.

Abinõu vajalikkuse osas on autor selgitanud eelnevalt ja selgitab ka järgnevalt, miks RHS § 122 lg 9 hankijatele antav tööriist võrreldes hankedirektiividest tuleneva otsemaksete regulatsiooniga on pigem sobimatu, kuna hankedirektiividest tuleneva otsemaksete regulatsiooniga on alltöövõtjate kaitse eesmärk võimalik saavutada (koos selge ja läbipaistva riigisisese juhendiga alltöövõtjate taotluste hindamiseks) efektiivsemalt. Põhjendatud taotluse korral saavad alltöövõtjad oma raha hankijalt kohe kätte, mitte ei pea ootamata ebavajalikult kaua, kuni näiteks pakkuja ja hankija omavahel vaidluse lõpuni vaidlevad ja siis pakkuja alltöövõtjale tasu ära otsustab kanda. Järelikult on hankedirektiividest tulenev regulatsioon alltöövõtjate kaitse tagamise seisukohast tõhusam.

¹⁴⁹ Alekand 2009, lk 25.

¹⁵⁰ Simovart, M.A., Koroljov, D. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. *Juridica* 2016, 1, lk 44-51, lk 48.

¹⁵¹ Madise, Ü., Kalmo, H., Mälksoo, L., Narits, R., Pruks, P., Raidla, J., Vinkel, P. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2017, lk 162.

Kolmas kriteerium, mõõdukus, on otseselt seotud valitud regulatsiooni ja selle eesmärgi suhtega. Õigusväärtus, mida kaitstakse, peab olema vähemalt sama kaaluga, kui õigusväärtus, mida piiratakse¹⁵². Hankedirektiividest ja EL tasandil muutunud hankepoliitika üldistest eesmärkidest tulenevalt jaatab autor alltöövõtjate kaitsevajaduse ja sellega hankeõiguse põhilise eesmärgi, konkurentsi tugevnemise saavutamise, kaalukuse määravalt tähtsaks. Autor on seisukohal, et RHS § 122 lg 9 regulatsioon on alltöövõtjate tasude tagamise osas vähemefektiivne kui hankedirektiividest tulenev otsemaksete regulatsioon. Pakkujale maksete peatamise regulatsiooni olemus oma ebamäärasuses soosib olukorda, kus hankijad on pigem tagasihoidlikud alltöövõtjate taotluste rahuldamisega. Järelikult ei soodusta see säte ka konkurentsi tihenemist ega majanduse elavnemist.

Direktiividest tulenevad VKE-de soodustamiseks vastuvõetud meetmed ei kahjusta hankeõiguse üldpõhimõtteid¹⁵³, järelikult ei tohi seda teha ka riigisiseses õiguses direktiivide ülevõtmiseks loodud sätted. Riigisisene meede peab olema hankedirektiividest tuleneva eesmärgi täitmiseks vältimatu ja teiselt poolt ei tohi see olla vähem tõhusam, kui EL tasandil kavandatu¹⁵⁴.

01.01.2019.a jõustuvad RHS sätted ei ole autori hinnangul läbipaistvad ja ei taga võrdset kohtlemist. Vastupidiselt direktiivist tuleneva võimalusega tekitab vaadeldav säte sellisel kujul pigem majanduslikku ebastabiilsust ühest küljest pakkujale, kui hankija talle teadmata ajaks raha maksmata jätab, kuid teisest küljest ka alltöövõtjale, kuna hankija kaalutusõiguse instrumendid alltöövõtja taotluse hindamiseks on ebaselged ja võivad ilma selgete direktsioonipiirideta muutuda rohkem kahju kui kasu tekitavateks.

Vaadeldavad RHS alltöövõtja tasu tagamise sätted on ebamõistlikud ka proportsionaalsuse põhimõttest lähtuvalt. Eeltoodule tuginedes saab järeldada, et RHS § 122 lg 9 hankeõiguse üldpõhimõtteid ei toeta, vastupidi, autoril on põhjust pigem tõdeda, et see on vastuolus hankeõiguse üldpõhimõtetega. Veel enamgi, sätte sisu on hankedirektiividega mittekonformne.

¹⁵² Riigikohtu halduskolleegiumi 17.03.2003 otsus nr 3-3-1-10-03, p. 43.

¹⁵³ Trybus; Andrecka 2014, lk 225.

¹⁵⁴ Regioonide Komitee aramus „Riigihangete pakett”. Euroopa Liidu Teataja. C 391/49, 18.12.2012, lk 1.
Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AR0099&from=ET>.

Kas VÕS § 80 on see tõhus ja alternatiivne lahendus RHS § 122 lg 9 kõrval ning tagab hankedirektiivide konformselt alltöövõtjate kaitse, seda hindab autor järgnevalt.

2.4. Regulatsioon võlaõigusseaduses

2.4.1. Kolmanda isiku kasuks sõlmitava lepingu olemus

Hankeõiguse üldpõhimõtetele tuginedes vajab reguleerimist olukord, kus alltöövõtja on töö nõuetekohaselt teostanud ja peatöövõtja ei nõustu talle pahatahtlikult tasu maksmata, st kui alltöövõtjat on vaja õigustatult kaitsta. Rahandusministeerium on uute hankedirektiivide rakendamiseks koostatud analüüsis¹⁵⁵ jõudnud seisukohale, et alltöövõtu küsimused on erasfääri kuuluvad ning pea- ja alltöövõtjate omavahelised suhted kuuluvad võlaõiguslike küsimuste alla, mida ei peaks seetõttu reguleerima RHS-is. Rahandusministeeriumi hinnangut kajastab Eesti Vabariigi seisukoht riigihangete rohelises raamatus. Raamatus küll nenditakse, et allhanked on kahtlemata riigihangete õigusega kaasnev teema, ent siiski eraõiguse sfääri jääv küsimus¹⁵⁶. Autor sedavõrd kitsa käsitlusega ei nõustu. Riigihankeõiguse põhimõtete järgimine peab olema tagatud igas riigihanke igas etapis, veelgi enam, riigihanke kontekstis alluvad ka eraõiguse normid hanke üldpõhimõtetele¹⁵⁷.

Teatavat peataolekut ja otsustusvõimetust küsimuses, kas ja kuidas seda võimalikku erasfääri jäävat küsimust lahendada, oli tunda ka RHS eelnõu menetlusel. RHS väljatöötamisel ilmus eelnõu versiooni ajutiselt säte, mille kohaselt võis hankija hankelepingu olemuse ja alltöövõtja taotluse alusel täita oma lepingu järgse kohustuse või osa sellest otse alltöövõtjale¹⁵⁸. Kuid lõpuks siiski otsustati, et alltöövõtjatele otsemaksmise võimalus on ka juba praegu VÕS-i § 80 alusel

¹⁵⁵ Look, K. Alltöövõtu regulatsioon riigihangete seaduses. Rahandusministeerium, august 2011. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analusid-ja-uuringud>.

¹⁵⁶ Eesti Vabariigi seisukohad riigihangete rohelise raamatu osas, vt p 3.4.3. lk 14. Kättesaadav arvutivõrgus: https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/FISMA/markt_consultations/Library/Public%20procurement/Modernising%20the%20EU%20public%20procurement%20policy/Public%20authorities/eefin_et.pdf.

¹⁵⁷ Simovart 2010, lk 9-26.

¹⁵⁸ Matteus, K. Uus riigihankeseadus: päästerõngas alltöövõtjatele või siiski mitte? Ärileht, 01.03.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://arileht.delfi.ee/news/uudised/uus-riigihankeseadus-paasterongas-alltoovotjatele-voi-siiski-mitte?id=73826095>.

olemas, mistõttu ei peetud vajalikuks alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni 01.09.2017.a jõustunud riigihangete seadusesse sisse kirjutada. Eviti seisukohta, et VÕS § 80-st tuleneva regulatsiooni kordamine riigihangete seaduses ei lahenda probleemi, kus alltöövõtjale jäetakse põhjendamatult tasumata¹⁵⁹. Paraku on riigihangete puhul praktikast teada, et otsemaksete võimalusi VÕS-sit tulenevalt alltöövõtjatele hankelepingutega ette ei nähta¹⁶⁰. Hankelepingutes ei ole seni VÕS § 80-le tuginevat lepingulist alust alltöövõtjate kaitseks sätestama kippunud, kuigi VÕS § 80 on kehtinud alates seaduse jõustumisest alates, so ligi 16 aastat, järelikult on hankijatel justkui olnud piisavat aega sellekohase praktika kujundamiseks.

VÕS § 80 sätestab reeglid kohustuse täitmise kohta kolmanda isiku kasuks, kes ei ole lepingu pool, st pooled lepivad omavahel kokku, et kohustus täidetakse võlausaldaja asemel kolmandale isikule. Tegemist ei ole iseseisva lepingu liigiga. Sõlmitud lepingu spetsiifika tuleneb selle täitmise viisist, st lepingust tulenevad kohustused tuleb täita kolmandale isikule¹⁶¹. Eristatakse „ehtsaid“ ja „ebahtsaid“ lepinguid kolmanda isiku kasuks. Ehtsate lepingute alusel on kolmandal isikul õigus nõuda endale kohustuse täitmist. Ehtsaks lepinguks kolmanda isiku kasuks on näiteks¹⁶²:

- 1) kaubaveoleping, mille kohaselt vedaja kohustub saatja ees vedama vallasasja sihtkohta ja andma selle üle kolmandale isikule (saajale), kellel on õigus nõuda talle veose üleandmist;
- 2) liisinguvõtja liisingueseme kindlustusleping, millega liisinguvõtja kindlustab liisingueseme liisinguandja kasuks.

Ebaehtsast lepingust tuleneb küll kohustus täita kolmandale isikule, ent nõudeõigus on ainult võlausaldajal¹⁶³. VÕS § 80 kohaselt peab lepingu ehtsus tulenema vahetult lepingust või seadusest¹⁶⁴. Kui seadusest või hankelepingust otseselt ei tulene lepingu ehtsust, siis direktiivist

¹⁵⁹ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 106. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

¹⁶⁰ Matteus, K. Uus riigihankeseadus: päästerõngas alltöövõtjatele või siiski mitte? Ärileht, 01.03.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://arileht.delfi.ee/news/uudised/uus-riigihankeseadus-paasterongas-alltoovotjatele-voi-siiski-mitte?id=73826095>.

¹⁶¹ Varul jj 2016, lk 380-381.

¹⁶² Varul jj 2016, lk 381.

¹⁶³ Varul jj 2016, lk 380.

¹⁶⁴ Varul jj 2016, lk 381.

tulenevalt alltöövõtja otsemakse nõuet hankijale esitada ei saa. Olukorras, kus lepingu ehtsus ei tulene otseselt hankelepingust ega seadusest, on tegemist ebaehtsa lepinguga alltöövõtja kasuks¹⁶⁵ ja sel juhul ei ole alltöövõtjal järelikult õigust iseseisvalt nõuda hankijalt lepingu täitmist¹⁶⁶.

RHS § 8 lg 1 kohaselt on ehitustööde hankeleping hankija ja ettevõtja vahel sõlmitud rahaliste huvidega seotud leping, mille esemeks on ehitustööd. Täpsemad juhised annavad RHS § 8 lg-d 5 ja 6. Hankeleping, mis hõlmab endas nii teenuseid, asju või ka ehitustöid, sõlmitakse lepingu peamisele hankeesemele kohaldatavate reeglite kohaselt. Kui leping vastab hankelepingu tunnustele, siis on tegemist hankelepinguga¹⁶⁷. Järelikult ehitustööde hankelepingud on lepingud, millel on kaks osapoolt: tellija (hankija) ja töövõtja (peatöövõtja), alltöövõtja ei ole reeglina hankelepingu osapool ja tema on lepingulises suhtes ainult peatöövõtjaga¹⁶⁸. Hankelepingu olemusest lähtuvalt tuleb hankijal kohustus täita pakkujale.

VÕS § 80 sätte olemus ei ole eeltoodule tuginedes seega päris see, mida on silmas peetud hankedirektiividega. VÕS § 80 lepivad võlgnik ja võlausaldaja kokku, et võlgnik ei täidagi kohustust mitte võlausaldajale vaid kolmandale isikule. Hankeleping sõlmitakse eeldusel, et hankija maksab pakkujale ja pakkuja on seadusekuulekas ettevõtja ning maksab alltöövõtjale edasi osa, mis õigustatult alltöövõtjale kuulub. Hankija eesmärk ei ole sekkuda pakkuja ja alltöövõtja vahelisse suhtesse. Olukord, kus hankija sekkub ja maksab otse alltöövõtjale, tuleb kõne alla alles siis, kui pakkuja alltöövõtjaga sõlmitud lepingut rikub ja alltöövõtjale maksmata jätab.

Erinevus on ka selles, et kui VÕS § 80 tulenevalt võlausaldaja ei ootagi võlgnikult kohustuse täitmist endale, mistõttu tal puuduvad ka eelduslikult vastuväited võlgniku suhtes, kui võlgnik kohustuse kolmandale isikule täidab. Hankedirektiivist tuleneva otsemaksete regulatsiooni puhul pakkuja eeldab, et hankija täidab hankelepingust tuleneva kohustuse siiski otse talle. Olukorras,

¹⁶⁵ Varul jj 2016, lk 381.

¹⁶⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 05.12.2005 otsus nr 3-2-1-140-05, p. 13.

¹⁶⁷ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 20 ja 24. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

¹⁶⁸ Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K. Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2009.

kus hankija seda ei tee, vaid täidab kohustuse otse alltöövõtjale, on tõenäoline, et pakkuja ei sellega ei nõustu, sest olukorras, kus ta alltöövõtjale makse tasumisega nõustub, on ju loogiliselt eeldatav, et pakkuja selle makse siis ka ise alltöövõtjale tasub.

Lisaks tuleb mainida, et RHS regulatsioonist tulenevalt on ehitajate kaitsevajadus kõrgendatud tähelepanu all, kuna RHS § 122 lg 9 on imperatiivne. VÕS § 80 aga kehtib ühtemoodi võimalusena kõigile ja selle rakendamise kohustust ei ole ühegi hanke liigi puhul. Samas RHS § 122 lg 9 annab alust arvata, et Eestis on riigisiselt otsustatud tagada kõrgendatud kaitse alltöövõtjatele just ehitussektoris.

Ka Rahandusministeerium nõustus 2014.a sellega, et vastav VÕS-i säte hankeõiguse eesmärgi täitmiseks ei ole täiuslik¹⁶⁹. Paraku on siiski hiljem, alltöövõtjate tasu tagamist reguleerides, on piiratud ainult napisõnalise tõdemusega, et VÕS § 80 annab otsemakse aluse ja selle kordamine RHS on ebavajalik¹⁷⁰. Siinkirjutaja ei nõustu Rahandusministeeriumi järeldusega, et kuna hankedirektiivid eeldavad, et riigisisese regulatsioonis peaksid sisalduvad mehhanismid alusetute otsemaksete vältimiseks, siis saab seda tõlgendada selliselt, et direktiivi regulatsioon sisuliselt näebki ette peatöövõtja nõusolekut otsemaksete tegemiseks¹⁷¹. Alusetu otsemakse vältimise ainus hoob ei saa olla peatöövõtja nõusolek alltöövõtjale otsemakse tegemiseks. Kui peatöövõtja on alltöövõtjale tasumaksimisega nõus, siis maksab ta selle tasu tõenäoliselt ise ja alltöövõtjal puudub vajadus hankijale taotluse esitamiseks. Hankedirektiivide eesmärk on, et otsuse alltöövõtjale maksta teostatud tööde eest, mille eest peatöövõtja ei ole tasunud ja keeldub tasumast, teeb hankija.

Järgnevalt hindab autor, kas VÕS § 80, mille olemuse kohaselt ei tule võlgnikul täita kohustus mitte võlausaldajale vaid kolmandale isikule, on hankedirektiiviga konformne.

¹⁶⁹ Jakobson, I. Otsemaksed – uue hankeseaduse kõige tähtsam küsimus. Ajaleht Äripäev, 19.05.2014. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/uudised/2014/05/19/otsemaksed-uee-hankeseaduse-koige-tahtsam-kusimus>.

¹⁷⁰ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 106. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

¹⁷¹ Jakobson, I. Otsemaksed – uue hankeseaduse kõige tähtsam küsimus. Ajaleht Äripäev, 19.05.2014. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/uudised/2014/05/19/otsemaksed-uee-hankeseaduse-koige-tahtsam-kusimus>.

2.4.2. Sätte konformsus hankedirektiividega

Hankeõiguse otsemakse regulatsiooni eesmärk on alltöövõtja kaitse olukorras, kus peatöövõtja talle alusetult maksmata jätab. Autor on p. 2.1.2. ja p. 2.3.2.2. selgitanud ja tõendanud, et riigisisised, direktiive ülevõtavad õigusaktid on need, mis peaksid hankijatele vastavad regulatsiooni ette andma. Järelikult peaks alltöövõtjate otsemaksete regulatsioon juhul, kui liikmesriik otsustab seda reguleerida, tulenema RHS-ist. Autor rõhutab veelkord Simovarti seisukohta, et allutades hankelepingud puhtalt eraõiguslikule loogikale, ignoreeritakse nii EL riigihankeõiguse eesmärke kui lepingutega kaasnevat olulist avalikku huvi¹⁷². Kuna VÕS § 80 ei ole sisuliselt siiski sobilik hankedirektiividest tuleneva alltöövõtjate kaitse eesmärgi täitmiseks ja RHS § 122 lg-st 9 tulenev regulatsioon ei ole vähemalt sama tõhus, kui hankedirektiividest tulenev võimalus, võibki tekkida olukord, kus tahtmatult ignoreeritakse EL riigihankeõiguse eesmärke.

Siinkirjutaja on seisukohal, et direktiivist tulenev otsemakse regulatsioon tuleb lisaks sellele, et VÕS § 80 tulenev regulatsioon on puudustega ja ei ole hankeõiguse põhimõtetega üheselt kooskõlas sätestada RHS ka seetõttu, sest VÕS § 80 tulenev ja riigihangetes seni kasutust mitte leidnud regulatsioon jätab alltöövõtjad tõenäolisemalt siiski seisu, kus tasu alltöövõtja nõuetekohaselt tehtud töö eest saab hankijalt siiski nõuda vaid pakkuja. Siinkohal tasub korrata varasemalt öeldut, et ettevõtjad tunnevad küll hästi oma asju ja teenuseid, kuid mitte kõigi seadustest tulenevaid erilisi võimalusi. Ilmselgelt ei kaitse selline olukord alltöövõtjast ettevõtjate majandushuve ja soodusta seetõttu VKE-de huvi hangetel alltöövõtjatena osaleda, mis omakorda ei vii konkurentsi tihenemiseni. Ent konkurentsi tagamine on riigihankemenetluse eesmärk¹⁷³.

Hankeõiguse normide kujundamisel ei tohiks seaduseandja ühelgi juhul unustada hankija rolli soodsama ettevõtluskeskkonna arendamisel läbi hankeõiguse üldpõhimõtete kohaste hanketingimuste rakendamise, mistõttu saab seaduseandja talle antud volituste piires hankija käitumist suunata.

¹⁷² Simovart 2010, lk 10.

¹⁷³ Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* 2007, 8, lk 564-572, lk 565.

Seaduseandja lähenemine alltöövõtjatele otsemaksete võimaldamise küsimuses on vastuoluline. VÕS § 80 puhul on uut RHS-i välja töötades leitud, et selle kordamine RHS-is ei ole vajalik. Ometigi sisaldab RHS sätteid, mis puudutavad pea- ja alltöövõtjate omavahelisi suhteid¹⁷⁴, ning millede reguleerimise osas võiks ka pealiskaudselt väita, et täiendavaks reguleerimiseks puudub vajadus¹⁷⁵. Siinkirjutaja on seisukohal, et seaduseandja ei või mõne pealtnäha peaaegu sobiva eraõiguslikku sätte olemasoluga põhjendada konkreetse avalik-õiguslik sätte, mida hankedirektiivi ja hanke üldpõhimõtetest lähtuvalt on seaduseandjal kohane avalik-õiguslikult reguleerida, puudumist.

2.5. Regulatsioonide mõju osapoolte halduskoormusele

Hankeõiguse reformi eesmärk oli muuhulgas halduskoormuse vähendamine ja seeläbi efektiivsuse tõstmine¹⁷⁶. Hankedirektiivid ja seega ka siseriiklik hankeõigus peavad võimaldama võimalikult tõhusa ja kiire otsustusprotsess kogu hankeprotsessi jooksul¹⁷⁷, järelkult peavad direktiivikonformsed siseriiklikud regulatsioonid tagama, et hangete läbiviimisel ja hankelepingute täitmisega kaasnev halduskoormus osapooltele oleks vähim.

Alltöövõtja kaitse sätete suurimaks probleemiks peeti kaasatud huvigruppide poolt RHS väljatöötamisel asjaolu, et hankijal puudub pädevus alltöövõtjate otsemakse õigustatuse hindamiseks (tööde kvaliteedi, nõuetekohasuse ja vastuvõtmise osas), mis omakorda tekitab liialt halduskoormust nii hankijale kui pakkujale¹⁷⁸. Erinevaid arusaamu ja vaidlusi poolte vahel just

¹⁷⁴ RHS § 122 lg-d 8 kuni 9 jõustuvad alates 01.01.2019.

¹⁷⁵ Näiteks RHS § 122 lg 9 analoogset võimalust pakub alltöövõtja hagitagamisvahend TsMS § 378 lg 1 p 4, mis praktikas analoogselt VÕS § 80 otsemakset võimaldava sättega kasutust ei leia, sest on aeganõudev.

¹⁷⁶ European Commission. EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency. An overview of the new EU procurement and concession rules introduced on 18 April 2016, lk 2.

¹⁷⁷ Council of the European Union. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business. COM(2015) 550 final. Brussels, 28. October 2015, lk 15. Kättesaadav arutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13370-2015-INIT/en/pdf>

¹⁷⁸ Vt näiteks: RHS väljatöötamiskavatus. Kättesaadav arutivõrgus: <http://eelroud.valitsus.ee/main#5trNR0hm>; Eesti Kaubandus-Tööstuskoja 16.05.2017 ettepanekud nr 4/128 Riigikogu majanduskomisjonile, Eesti Väike- ja Keskmiste Ettevõtjate Assotsiatsiooni 10.05.2017 kiri nr 17-005 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadavad arutivõrgus: https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelroud/eelrou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete_seadus; Eesti Ehitusettevõtjate Liidu 01.11.2016.a kiri Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arutivõrgus:

eriti rahalistes küsimustes leidub alati. Näiteks on nii hankijal, pakkujal kui ka alltöövõtjal lepingute nõuetekohasest täitmisest tihti erinevad arusaamad, selgitab Laanemäe, üks huvi on aga kõigil ühine – objekt võimalikult kiiresti ära lõpetada¹⁷⁹.

Asjaolu, et 01.01.2019.a jõustuv alltöövõtjate tasu tagamise regulatsioon mõjutab kõigi osapoolte halduskoormust, suurendab kulusid ja kasvatab vaidlustusohu, jaatas ka alltöövõtjate regulatsiooni mõjude analüüs ja seda eelkõige just seetõttu, et puudub selgus, kuidas alltöövõtja avalduse põhjendatust või põhjendamatust kindlaks teha¹⁸⁰.

Autor on seisukohal, et osapoolte halduskoormust ei mõjuta oluliselt asjaolu, kas RHS § 122 lg 9 säte jõustub 01.10.2019.a või otsustatakse see säte asendada hankedirektiividest tuleneva alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooniga. Hoolimata asjaolust, et nende kahe regulatsiooni võimekus alltöövõtjat tõhusalt kaitsta on erinev, ei mõjuta see osapoolte halduskoormust oluliselt erinevalt. Mõlemal juhul on alltöövõtjal kohustus esitada hankijale põhjendatud taotlus (tema halduskoormuse muutus on väiksem), hankijal kohustus taotluse põhjendatust hinnata (tema halduskoormuse muutus tõenäoliselt suurim, kuna tuleb hinnata nii alltöövõtja taotluse kui erimeelsuste korral ka pakkuja taotluse põhjendatust) ja pakkujal õigus alltöövõtja taotluse põhjendatusele vastu vaielda. Otsemaksete regulatsiooni eelis alltöövõtja jaoks on asjaolu, et põhjendatud taotluse korral tasub hankija talle, samas RHS § 122 lg 9 tuleneva regulatsiooni korral peab ta ette teadmata aja ootama, kuni pakkuja otsustab raha üle kanda.

Niisamuti on mõlema regulatsiooni puhul olemas tõenäosus nii hankija kui pakkuja halduskoormuse täiendavale suurenemisele olukorras, kus nad peavad hakkama alltöövõtja taotluse põhjendatuse osas erimeelsusi lahendama.

https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete_seadus; Jakobson, I. Otsemaksed – uue hankeseaduse kõige tähtsam küsimus.

Ajaleht Äripäev, 19.05.2014. Kättesaadav arvutivõrgus:

<https://www.aripaev.ee/uudised/2014/05/19/otsemaksed-uee-hankeseaduse-koige-tahtsam-kusimus>; Laanemäe, K. Kutsumata külaline riigihangete seaduses. Äripäev, 14.09.2017. Kättesaadav arvutivõrgus:

<https://www.aripaev.ee/arvamused/2017/09/14/kadi-laanamae-kutsumata-kulaline-riigihangete-seaduses>.

¹⁷⁹ Laanemäe, K. Kutsumata külaline riigihangete seaduses. Äripäev, 14.09.2017. Kättesaadav arvutivõrgus:

<https://www.aripaev.ee/arvamused/2017/09/14/kadi-laanamae-kutsumata-kulaline-riigihangete-seaduses>.

¹⁸⁰ Advokaadibüroo Deloitte Legal 2017, lk 4.

Autor ei nõustu analüüsis mainitud olukorraga, kus hankija, kellel endal puudub piisav pädevus ehituskvaliteedi hindamiseks, peab kaasama täiendavaid eksperte ning nende kaasamine nõuab rahalisi vahendeid¹⁸¹. Ning see omakorda mõjutab oluliselt hankija halduskoormust.

Järgnevalt pakub autor välja ühe võimaliku lähenemise, mille alusel määrata hankija kaalutusõiguse piirid alltöövõtja ja peatöövõtja vahelistes suhetes otsustamaks, kas alltöövõtja nõue teostatud tööde eest tasu saamiseks peatöövõtjalt on põhjendatud või mitte. Tegemist on regulatsiooniga, mis ei suurenda märkimisväärselt ühegi osapooli halduskoormust ega pane hankijale peale ebamõistlikku uurimiskohustust, kuna ehitusloakohustusliku ehitise ehitamisel (järelkult ka vastava ehitustöö hankimisel) tuleb sellest regulatsioonist alati kinni pidada.

Ka kohus¹⁸², tuginedes hankeõiguse üldpõhimõtetele, on sedastanud, et riigihankemenetluse olemusega oleks vastuolus rakendada sellises mahus uurimisprintsipi, mis muudab hankemenetluse liialt aeganõudvaks. Riigihankemenetlus on teistsuguse iseloomuga ja mahuka uurimis põhimõtte rakendamine oleks ebamõistlikult aeganõudev ja takistaks normaalset majanduselu. Samas aga selgitas autor eelnevalt p. 2.1.1., riigihankemenetluses kohaldatakse hankija tehtavatele otsustele üldjuhul samasuguseid nõudeid nagu haldusaktidele, st hankija otsused peavad olema põhjendatud ning sisaldama õigusliku ja faktilist alust. Eelduslikult hakkab see põhimõtte kehtima ka otsustele, mida hankija hakkab vastu võtma seoses alltöövõtjate taotluste põhjendatuse hindamisega.

2.6. Ettepanek alltöövõtja taotluse põhjendatuse hindamiseks

2.6.1. Omanikujärelevalve olemus

Ehitusseadustiku (edaspidi *EhS*) § 20 lg 1 kohaselt peab ehitise omanik (ehitustööde hangete puhul ilmselgelt hankija) tagama ehitise ehitamise üle asjatundliku järelevalve (edaspidi „omanikujärelevalve“). Ehitusloakohustusliku ehitise üle võib omanikujärelevalvet teha üksnes

¹⁸¹ Advokaadibüroo Deloitte Legal 2017, lk 25-26.

¹⁸² Tallinna Halduskohus 20.06.2016 otsus nr 3-16-874, p. 48.

isik, kellel on erialasele väljaõppele ja töökogemusele tuginev kvalifikatsioon¹⁸³. Sama seaduse § 20 lg 2 kohaselt ei või omanikujärelevalve olla ehitise ehitaja (peatöövõtja, alltöövõtja) ega seotud isikutega, kelle tegevuse üle ta järelevalvet teeb, seega omanikujärelevalve peab järelikult olema ehitajast sõltumatu.

Omanikujärelevalve mõtte on eelkõige omaniku huvide kaitse, ehk siis see, et ehitaja või projekteerija, kes on kahtlemata professionaal oma tegevusvaldkonnas ja seetõttu ka töövõtu tingimuste määramise, sisustamise ja täitmise osas tellijast paremal positsioonil, ei saaks omaniku kui tellija nõrgemat positsiooni ära kasutada¹⁸⁴. Hangetel on ehitaja või projekteerija positsioon muidugi piiratum, kuna valdavas osas tulenevad tingimused siiski hankija hankedokumentidest.

Omanikujärelevalve ülesandeks EhS seletuskirjast tulenevalt on lisaks ehitise ja ehitamise nõuetele vastavuse kontrollimisele ka järelevalve üldisemas mõttes, sh nii seadusest kui lepingust tulenevate nõuete järgimise kontrollimine¹⁸⁵. Järelikult peab hankijal olema ehitustööde hanke puhul kaasanud kolmanda, sõltumatu isikuna, omanikujärelevalve, kui hankijal omanikuna või omaniku esindajana ise vastav pädevus puudub¹⁸⁶. Ehitustööde hangete puhul hankijate iseloomust lähtuvalt see pädevus ja vastav kvalifikatsioon neil tõenäoliselt pigem puudub.

Eelduslikult tegutseb selline omanikujärelevalve teenusepakkujana majandustegevuses ning seetõttu laienevad talle tegevusalal tegutsemise kvalifikatsiooninõuded, millele vastavust tuleb tõendada kutsetunnistusega, kutsetunnistus on omakorda kinnitus selle kohta, et isikul on ehitustööde üle järelevalve tegemiseks vastavad eriteadmised ja oskused¹⁸⁷.

¹⁸³ Madise, Ü. Õiguskantsleri seisukoht: Ehitusseadustiku pädeva isiku piirang ja kvalifikatsiooni tõendamise nõuded. 14.03.2016, nr 6-1/151052/1601071. Arvutivõrgus: http://www.oiguskantsler.ee/sites/default/files/field_document2/6iguskantsleri_seisukoht_vastuolu_mittetuvastamise_kohta_omanikujarelevalve_kohustusest.pdf.

¹⁸⁴ Saks, M. Majandus- ja kommunikatsiooniministeerium. Vastus selgitustaotlusele, 26.10.2015 nr 1.1-14/15-00114/016.

¹⁸⁵ Ehitusseadustiku seletuskiri, lk 37-38. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/9e8a422c-beb8-476c-897c-f9b761fb9b92/Ehitusseadustik>.

¹⁸⁶ Ehitusseadustik - RT I, 05.03.2015, 1, vt § 20 lg 1.

¹⁸⁷ Mikli, S, Pelisaar, A. Planeerimisseaduse ja ehitusseadustiku esimesel eluaastal tõusnud küsimusi. *Juridica* 2016, 3, lk 184-195., lk 195.

Alljärgnevalt selgitab autor omanikujärelevalve kohustusi ja õigusi andmaks hinnangut, kas omanikujärelevalve instituut saab olla hankijale alltöövõtja taotluse põhjendatuse hindamisel otsustava tähtsusega nõuandja rollis.

2.6.2. Omanikujärelevalve kohustused ja õigused

Omanikujärelevalve tegija ülesanneteks on muuhulgas hinnata ehitatava ehitise või selle osa (hõlmab ka kaetavaid töid) ehitusprojektile ning pakkuja (peatöövõtja) ja hankija (omanik) vahelises lepingus kokkulepitud tingimustele ja kvaliteedile vastavust¹⁸⁸. Samuti on omanikujärelevalve kohustatud hindama ehitise valmidusastet ja osalema ehitise või selle osa üleandmisel¹⁸⁹, teavitama omanikku (hankijat) ja ehitajat asjaoludest, mis võib mõjutada ehitamise või ehitise nõuetekohasust, eelkõige kui selline asjaolu on ette nähtud omaniku ja ehitaja vahelises lepingus¹⁹⁰, ning eeltoodud leiud dokumenteerima ehitustööde päevikus. Lisaks eeltoodule on omanikujärelevalvel õigus omanikku (hankijat) ja ehitajat teavitades nõuda ehitajalt nõuetele, ehitusprojektile või omaniku ja ehitaja vahel sõlmitud lepingule mittevastavate ehitustööde ümbertegemist¹⁹¹, sh ka alltöövõtjate töö ümbertegemist, kuna omanikujärelevalve seisukohast tuleb ehitise ja ehitamise nõuetele vastavust kontrollida terviklikult, st sõltumatult sellest, kas ehitas ehitaja (pakkuja) või selle alltöövõtja. Ei tohi unustada, et omanikujärelevalve on ehitajast sõltumatu ja tagab lisaks ehitise ja ehitamise nõuetekohasusele vastavuse kontrollile ka omaniku huvide kaitse ehitamisel ja ehitisel¹⁹², kusjuures omanikujärelevalvet tehakse vähemalt ehitise kasutusteatise esitamiseni või kasutusloa saamiseni¹⁹³.

Selleks, et omanikujärelevalve saaks oma tööd nõuetekohaselt läbi viia peab omanik tagama omanikujärelevalve tegijale mh juurdepääsu erinevatele dokumentidele¹⁹⁴. Hindamaks, kas

¹⁸⁸ Omanikujärelevalve tegemise kord - RT I, 03.07.2015, 27, vt § 4 lg 2 p-d 5 ja 10.

¹⁸⁹ Omanikujärelevalve tegemise kord - RT I, 03.07.2015, 27, vt § 4 lg 3 p 4.

¹⁹⁰ Omanikujärelevalve tegemise kord - RT I, 03.07.2015, 27, vt § 5.

¹⁹¹ Omanikujärelevalve tegemise kord - RT I, 03.07.2015, 27, vt § 6 lg 1.

¹⁹² Ehitusseadustik - RT I, 05.03.2015, 1, vt § 20 lg 2. Ehitusseadustiku seletuskiri, lk 45. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/9e8a422c-beb8-476c-897c-f9b761fb9b92/Ehitusseadustik>.

¹⁹³ Omanikujärelevalve tegemise kord - RT I, 03.07.2015, 27, vt § 2 lg 1.

¹⁹⁴ Omanikujärelevalve tegemise kord - RT I, 03.07.2015, 27, vt § 3 lg-d 1 ja 2, tegemist ei ole lõplike loeteludega.

alltöövõtja on teostanud töö vastavalt tema ja peatöövõtja vahel sõlmitud lepingule, on vaja välja selgitada, mis töodes on alltöövõtja ja peatöövõtja vahel täpselt kokku lepitud. Selleks on vaja teada alltöövõtja ja peatöövõtja vahel sõlmitud lepingu sisu, eelkõige osa, millega on kokku lepitud tulemus, st mis tööd ja mis mahus alltöövõtja täpselt tegema peab. Autori hinnangul võib hankija alltöövõtjalt, kui alltöövõtja on esitanud põhjendatud taotluse seoses asjaoluga, et pakkuja on talle alusetult rahalise kohustuse täitmata jätnud, nõuda alltöövõtjalt kinnitust selle kohta, mis tulemus alltöövõtjaga täpselt kokku on lepitud¹⁹⁵. Selliseks kinnituseks võib olla mh väljavõte alltöövõtja ja peatöövõtja vahel sõlmitud lepingust.

Vaidlus võib siin tekkida küsimuses, kas alltöövõtja ja peatöövõtja vahel sõlmitud allhankelepingu töö ja mahtude kirjeldus on kaitstav ärisaladusega. Riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõtete järgmiseks peab pakkuja märkima pakkumuses, millised andmed on tema ärisaladus ning põhjendama teabe määratlemist ärisaladusena¹⁹⁶, sest kogu info, mis ei ole määratletud ärisaladusena, on teistele hankes osalejatele tutvumiseks avalik alates hetkest, kui hankija on parima pakkuja välja valinud. Alltöövõtja poolt tehtud ehitustöö ulatus ja maht ei saa autori hinnangul olla ärisaladus, kuna:

- 1) RHS § 122 lg 1 kohaselt või hankija nõuda pakkujalt hankelepingu selle osa suuruse ja iseloomu näitamist, mille suhtes pakkuja kavatseb sõlmida allhankelepinguid koos kavandatavate alltöövõtjate nimedega ning;
- 2) RHS § 122 lg 8 lubab alltöövõtjal esitada hankijale tõendeid allhankelepingu olemasolu, nõude suuruse ning selle sissenõutavuse kohta.

Sellest lähtuvalt on autor seisukohal, et on lubatav ja ärisaladust mitterikkuv, kui alltöövõtja esitab hankijale tõendina oma taotluse põhjendatuse kinnitamiseks allhankelepingu või selle väljavõtte.

Vältimaks vaidlusi teemal, kas allhankelepingute tööde sisu ja maht on ärisaladus või mitte, on mõistlik kaaluda RHS § 111 lg 5 täiendamist, lisades sinna punkti, et pakkuja ei või ehitustööde hankelepingutes ärisaladusena märkida allhankelepingutes kokku lepitud tööde sisu ja mahtu, st mida ja kui palju alltöövõtja peab tegema.

¹⁹⁵ Sellise tõendi esitamine on lubatud ka RHS §122 lg 8.

¹⁹⁶ Riigihangete seadus – RT I, 01.07.2017, 1, vt § 111 lg 5.

Omanikujärelevalve rakendamise võimalusele alltöövõtjate taotluste põhjendatuse hindamisel viitas ka EVEA¹⁹⁷, kes pakkus Riigikogu majanduskomisjonile RHS eelnõu väljatöötamisel analoogselt Soome näitega mh allutatud hangete¹⁹⁸ korra sisseviimist ehitustööde hangete puhul ja alltöövõtjate tööde teostamise kontrollimiseks omanikujärelevalve rolli.

Arvestades eeltoodut, et omanikujärelevalve on:

- 1) ehitustööde hankesse kaasatud;
- 2) piisavate erialaste teadmistega ja oskustega ehitustööde nõuetelevastavuse hindamiseks;
- 3) õigustatud (otse või läbi hankija) nõudma juurdepääs pakkuja ja alltöövõtja vahel sõlmitud lepingule (või vähemalt väljavõttele lepingu vastavatest sätetest),

saab väita, et omanikujärelevalve teostaja saab olla asjatundja, kes hindab alltöövõtja taotluse põhjendatust ja annab hankijale kaalutusotsuse langetamiseks tõhusa sisendi. Seega, alltöövõtja rahalise nõude põhjendatuse/põhjendamatus osas seisukoha võtmiseks saab hankija küsida omanikujärelevalve asjatundlikku hinnangut ja kinnitust alltöövõtja tehtu vastavust/mittevastavust hankelepingule.

Ehitustöodes selliseks kinnituseks reeglina alltöövõtja ja peatöövõtja vahel sõlmitud tööde üleandmise või vastuvõtmise akt, mille reeglina talle pandud kohustustest lähtuvalt kinnitab ka omanikujärelevalve¹⁹⁹. Kõnealusel allkirjastatud aktist ilmneb üldjuhul ka peatöövõtja ja alltöövõtja vahel akteeritud tööetapi maksumus, st alltöövõtja põhjendatud nõue peatöövõtja vastu. RHS seletuskirjast tuleneb, et tõendiks hankijale, et alltöövõtja on oma raha kätte saanud või tal ei ole õigust raha saada või tema õigused on väiksemad kui nõudes esitatud summa, ei pea olema kohtulahend, näiteks võibki selleks esitada vastavate tööde üleandmise- ja vastuvõtmise

¹⁹⁷ Eesti Väike- ja Keskmiste Ettevõtjate Assotsiatsiooni 10.05.2017 kiri nr 17-005 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete_seadus.

¹⁹⁸ EVEA selgitus: „hankija saab sõlmida pakkujaga hankelepingu klausliga, et tema ülesandeks jääb tööde üldine koordineerimine erinevate alltöövõtjate vahel ning ta nõustub hankija soovil alltöövõtjate lepingute allutamiseks. Kuivõrd hankija niikuinii kinnitab alltöövõtjad, siis ei ole selline protsess ka ühelegi poolele liigselt koormav kuid vabastab alltöövõtja liigest ja tema jaoks kontrollimatust peatöövõtjaga seotud riskist“.

¹⁹⁹ Ehituse töövõtulepingu üldtingimused (ETÜ 2013), p 4.3.4. Kättesaadavad arvutivõrgus: https://www.mkm.ee/sites/default/files/ehituse_toovotulepingute_uldtingimused.pdf.

akti²⁰⁰. Akti puudumisel, kui pahatahtlik peatöövõtja ei ole nõus akti allkirjastama otsitud puuduste tõttu eesmärgiga alltöövõtja tasust või osast sellest ilma jätta, võib hankija jaoks aluseks olla omanikujärelevalve asjatundlik kinnitus, et alltöövõtja tehtud töö vastab ehitisele ja ehitamisele sätestatud nõuetele, hankelepingu tingimustele ja pakkuja ja alltöövõtja vahel sõlmitud töövõtulepingu tingimustele.

Hankijal on seega läbi omanikujärelevalve instituudi tagatud võimalus saada erapooletult ja objektiivselt asjatundjalt hinnang alltöövõtja taotluse põhjendatuse kohta, ent otsustuse langetama ja sellega kaasneva vastutuse võtma peab hankija iseseisvalt. Eeltoodu seaks hankijale piirid kaalutusõiguse teostamiseks otsustamaks, kas alltöövõtja taotlus on põhjendatud või mitte. Loomulikult ei välista see võimalike vaidlusi osapoolte vahel ega olukorda, kus sellise kaalutusõiguse piiride seadmisel pakkuja viivitab teadlikult või jätab alltöövõtjaga tööde üleandmise või vastuvõtmise aktid allkirjastamata. Ent arvestades ehitustööde lõppeesmärki (ehitise valmimine) viib selline peatöövõtja ebamõistlik käitumine varem või hiljem hankelepingu rikkumiseni peatöövõtja ja hankija vahel (näiteks kokkulepitud töö valmimise tähtaegade ületamine), millest peatöövõtja eelduslikult huvitatud ei ole. Sellise käitumise vältimiseks olekski hankija kaalutusõiguse ulatuse piirideks kas kõigi osapoolte poolt allkirjastatud tööde üleandmise-vastuvõtmise akt või omanikujärelevalve kui asjatundja kinnitus alltöövõtja töö nõuetekohaselt teostatuks lugemise kohta.

Autor ei saa eeltoodule tuginedes nõustuda Rahandusministeeriumi tellitud analüüsi järeldusega, et hankijatel valdavalt puudub pädevus ehituskvaliteedi kõigi nüansside hindamiseks, mistõttu tekib tal vajadus täiendavate ekspertide kaasamiseks, mis omakorda nõuab jällegi rahalisi vahendeid²⁰¹. Ehitusloakohustuslikul ehitamisel on hankija kohustatud kaasama omanikujärelevalve, kui sõltumatu eksperdi, kes on pädev otsustama ja nõustama hankijat ehituskvaliteedi kõigi nüansside osas. Järelikult puudub hankijal üldjuhul²⁰² vajadus täiendavate

²⁰⁰ Riigihangete seaduse seletuskiri, lk 107. Kättesaadav arvutivõrgus:
<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.

²⁰¹ Advokaadibüroo Deloitte Legal 2017, lk 26.

²⁰² Loomulikult ei ole välistatud olukord, eriti ehitustöodes, kus pooled siiski kokkuleppele ei jõua ja pooled kaasavadki oma otsuste põhendamiseks täiendava eksperdi. Ent tulenevalt Ehituse töövõtulepingute üldtingimuste (ETÜ 2013) p.15.2. maksab sel juhul ekspertiisitasu lepingu pool, kelle süü tuvastati ekspertiisi käigus.

ekspertide kaasamiseks. Ehitustööde hangete puhul on omanikujärelevalve kaasamine reeglina kohustuslik, ning seega puudub vajadus täiendavate rahaliste vahendite kulutamiseks.

2.6.3. Omanikujärelevalve vastutus

Hankemenetluse halduskoormuse muutuse hindamise seisukohast on kahtlemata oluline ka küsimus, kes vastutab, kui hankija on alltöövõtja taotlust vääriti hinnanud ja alltöövõtjale põhjendamatult tasu välja maksnud (otsemaksete regulatsiooni puhul), st olukorras, kus hiljem selgub, et alltöövõtja töö ei ole siiski nõuetekohaselt teostatud. Autor on seisukohal, et vastutuse otsustuse langetamise eest peab võtma see, kes otsuse langetas, st hankija. Omanikujärelevalve rolli selles positsioonis saab autori hinnangul olla hankija asjatundlik nõustamine. Hankija, otsuse langetajana, ei saa vastutust omanikujärelevalvele edasi delegeerida, kuna omanikujärelevalve roll on siiski piiratud vaid ehitise ja ehitamise üle asjatundliku järelevalve teostamisega.

Ent see hankija vastutus puudutab vaid alltöövõtjale alusetult makstud tasu ja sellest tekkivaid kohustusi pakkuja ees, mitte vastutust alltöövõtja poolt teostatud ehitustöö nõuetele mittevastavuse eest. Need on kaks erinevat vastutuse tasandit.

Võib küsida, kas asjaolu, et ehitusvea põhjustas vähemalt osaliselt omaniku järelevalve teostaja hooletus oma ülesannete täitmisel (nt ei kontrollinud omaniku järele valvet teostav isik ehitus projektis ettenähtud tehniliste lahenduste järgimist piisavalt), võimaldab ehitajal vastutusest kas või osaliselt vabaneda. Valitsev arvamus on, et tellija poolne järelevalve ehituse käigu üle kujutab endast tsiviilõiguslikus mõttes tellija õigust, mitte aga kohustust. Seaduse järgi ei ole tellijal ehitaja suhtes lepingulist kohustust selle ehitus tegevuse nõuetele vastavuse üle järelevalve teostamiseks. Seega ei vähenda tellija puudulik omaniku järele valve ehitaja vastutust ehitus vigade eest²⁰³. Küll aga ei ole see määrav vastutuse osas, mis lasub hankijal otsusega alltöövõtjale raha välja maksta.

²⁰³ Kalamees, P., Saare, K., Sein, K. Töö vastuvõtmine ja töövõtja vastutus ehitusvigade eest. *Juridica* 2010, 4, lk 258-268, lk 267.

Omanikujärelevalve ei välista ega piira järelikult ehitaja (peatöövõtja ja hankija vahelistes suhtes kohaldub peatöövõtjale, peatöövõtja ja alltöövõtja vahelistes suhetes alltöövõtjale) vastutust ehitustööde hankelepingu alusel ning ehitaja ei saa kasutada puudusi omanikujärelevalve tegemisel temapoolset lepingu rikkumist välistava asjaoluna²⁰⁴. Eeltoodud seisukohta kinnitab ka Riigikohus, kes on sedastanud, et töövõtja ei saa võimalikku ebakvaliteetset tööd õigustada tellija puuduliku omanikujärelevalvega²⁰⁵. Seega puudub ehitajal hiljem võimalus ehitisel või ehitamisel puuduste ilmnemisel tugineda omanikujärelevalve otsusele ja vabaneda seetõttu vastutusest ehitise või ehitamise puudusega seoses.

Kollegium juhib tähelepanu, et töövõtja ei saa vabaneda vastutusest ega võimalikku ebakvaliteetset tööd õigustada võimaliku ebapiisava tellija omanikujärelevalvega. Ebapiisav omanikujärelevalve ei muuda olematuks töövõtulepingu rikkumist²⁰⁶. Omanikujärelevalve ülevaatamiskohustuse seaduses sätestatud kõrgema hoolsusega täitmine ei vabasta vastutusest töövõtjat (ei pea- ega alltöövõtjat), kelle töö siiski ei vasta lepingutingimustele. Hankija ees vastutab peatöövõtja, peatöövõtja ees alltöövõtja vastavalt sõlmitud lepingutes sätestatud ulatuses ja mahus töö nõuetele vastavuse eest. Eeltoodu ei takista seega pakkujat alltöövõtja suhtes rakendama õiguskaitsevahendeid olukorras, kus ilmnebki, et alltöövõtja töö on puudustega.

Järelikult saab ehitise omanikujärelevalve teenuse osutaja olla alltöövõtja taotluse põhjendatuse üle otsustamisel hankijale kaalukas tööriist ilma, et hankija kulud või halduskoormus sellest oluliselt muutuks. Ent alltöövõtja taotluse põhjendatuse üle otsuse langetamise vastutus lasub siiski sellel isikul, kes otsuse langetas, st hankijal. Hankija vastutus alltöövõtjale tasu maksmise küsimuses ei mõjuta aga ei pakkuja ega alltöövõtja vastutust nõuetele mittevastava töö eest, seda ka juhul, kui omanikujärelevalve on töö heaks kiitnud.

²⁰⁴ Ehitusseadustik - RT I, 05.03.2015, 1, vt § 20 lg 4. Ehitusseadustiku seletuskiri, lk 45. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/9e8a422c-beb8-476c-897c-f9b761fb9b92/Ehitusseadustik>.

²⁰⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 23.11.2016 otsus nr 3-2-1-112-16, p 18

²⁰⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 8.12.2016 otsus nr 3-2-1-116-16, p. 50.

Kokkuvõte

Hankedirektiividest lähtuvalt on liikmesriikidele pandud kohustus reguleerida siseriiklike hankeõiguse norme selliselt, et soodustada ja tagada seeläbi VKE-de ligipääs hanketurule. Käesoleva magistr töö eesmärk oli avada üks neljast alltöövõtjate kaitse tagamise regulatsioonist, täpsemalt alltöövõtjate otsemaksete regulatsioon, ning selgitada välja hankedirektiividest riigisisesse õigusesse ülevõetud regulatsiooni tõhusus.

Uurimuse viis autor läbi mitmetasandiliselt. Esmalt hindas, miks ja kuidas on kujunenud hankedirektiividest tulenev regulatsioon võrreldes seda hiljem riigisisese alltöövõtjate kaitse vajadusega. See oli vajalik selleks, et selgitada välja alltöövõtjate kaitsevajaduse põhjus. Ilmnes, et see, mis suunas EL tasandil poliitilist eesmärgi kujunemist, on aktuaalne ka riigisiselt. Järelikult on olemas vajadus hankedirektiividest tuleneva alltöövõtjate kaitse regulatsiooni järele riigisisese õiguses. Seejärel hindas autor, hankedirektiividest tuleneva regulatsiooni sisu ja mõju sisuliselt ning võrdles seda hiljem riigisiseste võimalike regulatsioonidega: 01.01.2019.a RHS jõustuva § 122 lg-ga 9 ja juba ligi 16.a tagasi jõustunud VÕS § 80-ga, mida praktikas seni küll riigihangete menetlustes kasutama pole kiptud. Autor püstitas hüpoteesid:

- 1) liikmesriik on otsustanud rakendada alltöövõtjate otsemakseid puudutavaid sätteid, siis peab see regulatsioon esmajärjekorras tulenema RHS-st;
- 2) RHS § 122 lg 9, mis jõustub 01.01.2019.a, ei ole hankedirektiividega konformne ja seetõttu RHS alltöövõtjate kaitseks sobimatud.

Süsteemse ja analüütilise uurimuse ning hindamise tulemusena jõudis autor püstitatud hüpoteeside kinnituseni.

Alltöövõtjate kaitset puudutavad sätted peavad tulenema esmajärjekorras RHS-ist, peamised põhjused selleks on:

- 1) riigihankeõiguse põhimõtete järgimine peab olema tagatud kõikide hankemenetluste korral ja igas riigihanke igas etapis, veelgi enam, riigihanke kontekstis alluvad eraõiguse normid hanke üldpõhimõtetele, milleks on läbipaistvus ja kontrollitavus, võrdne kohtlemine ja mittediskrimineerimine ning konkurentsi soodustamine ja proportsionaalsus;

- 2) Euroopa Kohtu praktika kohaselt on riigihangete valdkonnas Euroopa Liidu õigus primaarne riigisisese regulatsiooni suhtes, sh eraõiguslike normide ees;
- 3) Euroopa Kohtu poolt loodud efektiivsuse printsiibi üheks tähenduseks on, et nii hankedirektiive kui ka riigisisest regulatsiooni tuleb tõlgendada ja kohaldada nii, et oleks tagatud direktiivi eesmärgi saavutamine. Veel enamgi, proportsionaalsuse põhimõttest tulenevalt ei või riigisisene meede ületada ega minna kaugemale, kui direktiivi eesmärgi saavutamiseks vajalik on.

Autor sai uurimuse käigus kinnitust, et ka õigusteadlased Simovart ja Bovis evivad arvamust, et direktiive ülevõtavad õigusaktid peaksid olema need, mis annavad hankijatele ette regulatsioonid, sest vastasel korral võib juhtuda, et ignoreeritakse nii Euroopa Liidu eesmärgi kui ka hankelepingutega kaasnevat olulist avalikku huvi.

RHS § 122 lg 9, mis jõustub 01.01.2019.a, ei ole direktiiviga konformne, veel enamgi, see on vastuolus hankeõiguse üldpõhimõtetega. Peamised põhjused selleks on:

- 1) direktiivikonformne lähenemine oleks: liikmesriik jätab alltöövõtjate otsemaksete regulatsiooni kohaldamata, kohaldab seda või kohaldab seda koos täiendavate meetmetega, st läheb alltöövõtjate kaitsel veelgi kaugemale. RHS § 122 lg 9 pole ükski neist, säte on keerukas ja ilma rakendusjuhiseeta. Puudub arusaam, kuidas hankija peab alltöövõtja taotluse põhjendatuse kontrolli läbi viima. Sätte rakendamise tulemusena jääb alltöövõtja ooterežiimile, mitte ei saa kätte raha, mille kättesaamiseks tal õigus on. Otsemaksete regulatsiooni eesmärk on, et alltöövõtja saab põhjendatud taotluse korral hankijalt raha kätte ja piltlikult öeldes piisab selleks vaid põhjendatud taotluse esitamisest;
- 2) kontsessioonidirektiiv ei luba otsemakseid. Järelikult ei saa ka siseriiklik kaugemale (või eemale) minek ehitustööde kontsessioonidel seda lubada;
- 3) ettevõtjad tunnevad küll hästi oma asju ja teenuseid, kuid mitte kõiki seadustest tulenevaid erilisi (ja uusi) võimalusi. Juba ainuüksi seetõttu peaks RHS § 122 lg 9 nõudma analoogselt § 122 lg 11, et hankedokumentides on kirjas, et hankija peatab alltöövõtja põhjendatud taotluse korral maksed pakkujale, kuni pakkuja on oma kohustuse alltöövõtja ees täitnud või alltöövõtja taotluse põhjendatuse ümber lükanud.

- 4) RHS § 122 lg 9 on vastuolus läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja proportsionaalsuse põhimõttega. Peamiselt just seetõttu, et puuduvad juhised, kuidas hankija kaalutusõigust sisustada, aga mitte ainult.

Eeltoodu valguses on võimatu järeldada, et RHS § 122 lg 9 on hankedirektiividega konformne, samas riigisisene meede peab olema hankedirektiividest tuleneva eesmärgi täitmiseks vältimatu ja vähemalt sama tõhus. Rahandusministeeriumi tellitud RHS § 122 lg 9 (lisaks teistele sätetele) mõju hindamise analüüsist tuli välja, et säte on vastuolus võrdse kohtlemise põhimõttega, sellega autor ei nõustu. Hankedirektiivid annavad õigusliku aluse, millega alltöövõtjate kaitsemeetmeid võib kohaldada ka piiratud gruppidele, mistõttu analüüsis viidatud ebavõrdne kohtlemine on lubatav. Järelikult on selline liikmesriigi käitumine hankedirektiividega konformne, kus liikmesriik otsustab ühel või teisel põhjusel vaadeldavat regulatsiooni rakendada ainult piiratud ulatuses.

Seadusi kehtestatakse selleks, et saavutada ühiskonnas mingisuguseid muutusi. Seega saab seaduse kvaliteedi kriteeriumiks olla peaaesjalikult see, kas sellega saavutatakse soovitud mõju ühiskonnas või mitte. Autor on jõudnud järeldusele, et RHS § 122 lg 9 ei aita saavutada ühiskonnas hankedirektiividest tulenevat positiivset mõju alltöövõtjate kaitse tagamisel.

Niisamuti on autor seisukoha, et VÕS §-le 80 tuginemine ei ole hankedirektiividega kohane. VÕS § 80 sätestab reeglid kohustuse täitmise kohta kolmanda isiku kasuks, kes ei ole lepingu pool, st pooled lepivad omavahel kokku, milliste tingimuste ilmnemisel on kohustuste täitmine kolmanda isiku kasuks lubatud. Sobimatu on säte peamiselt seetõttu, et:

- 1) sätte olemus ei ole päris sama, mida mõeldakse hankedirektiividega. VÕS § 80 lepivad võlgnik ja võlausaldaja kokku, et võlgnik ei täidagi kohustust mitte võlausaldajale vaid kolmandale isikule. Hankeleping sõlmitakse eeldusel, et hankija maksab pakkujale ja pakkuja on seadusekuulekas ettevõtja ning maksab alltöövõtjale edasi osa, mis õigustatult alltöövõtjale kuulub. Olukord, kus hankija maksab otse alltöövõtjale, tuleb kõne alla alles siis, kui pakkuja alltöövõtjaga sõlmitud lepingut rikub ja alltöövõtjale maksmata jätab;

- 2) tegemist on eraõigusliku sättega. Eelkõige just läbipaistvuse põhimõttest tulenevalt peaksid direktiive ülevõtavad õigusaktid olema need, mis annavad hankijatele ette vajalikud regulatsioonid;

Kui ligi 16.a aasta jooksul pole hankijad tulnud selle peale, et VÕS § 80 mingilgi viisil alltöövõtjate kaitseks kasutada, siis miks peaks see olukord tulevikus muutuma. Hankeõiguse normide kujundamisel ei tohiks seaduseandja ühelgi juhul unustada hankija rolli soodsama ettevõtluskeskkonna arendamisel, mistõttu saab seaduseandja talle antud volituste piires hankija käitumist suunata.

Rahandusministeeriumi tellitud analüüs, milles hinnati 01.01.2019.a RHS jõustuvate alltöövõtjate regulatsiooniga kaasnevat mõju, selgitab, et sätete praktiline probleem on seotud alltöövõtja avalduse põhjendatuse või põhjendamatus kindlakstegemisega. Autor nõustub sellega ja pakub välja ühe võimaliku lähenemise, mille alusel määrata hankija kaalutusõiguse piirid alltöövõtja ja peatöövõtja vahelistes suhetes. Tegemist on regulatsiooniga, mis ei suurenda märkimisväärselt ühegi osapoole halduskoormust ega pane hankijale peale ebamõistlikku uurimiskohustust. Hankijal on kohustus ehitustööde hanke puhul kaasata kolmanda, sõltumatu isikuna omanikujärelevalve (kui hankijal omanikuna või omaniku esindajana ise vastav pädevus puudub ja hangete puhul hankijate profiilist lähtuvalt eelduslikult puudub). Omanikujärelevalve ülesandeks on ehitusseadustiku seletuskirjast tulenevalt lisaks ehitise ja ehitamise nõuetele vastavuse kontrollimisele ka järelevalve üldisemas mõttes, sh nii seadusest kui lepingust tulenevate nõuete järgimise kontrollimine. Arvestades omanikujärelevalvele seadusega ette nähtud vajalikku pädevust, talle antud kohustusi ja õigusi, oleks hankija jaoks tugev argument kaalutusotsuse langetamisel omanikujärelevalve asjatundlik hinnang ja kinnitus alltöövõtja tehtu vastavusest/mittevastavusest hankelepingule (ja ka alltöövõtulepingule, kuna omanikujärelevalvel on õigus oma töö läbiviimiseks nõuda erinevaid asjassepuutuvaid dokumente).

Järelikult oleks mõistlik RHS § 122 lg 9 kui katse tagada alltöövõtjate hankedirektiivikonformne tasustamine seadusest siiski välja jätta ja reguleerida riigisiselt hankeõigus hankedirektiividega konformselt, st alltöövõtjaid kaitsvalt, ning pakkuda välja mõistlik juhised alltöövõtjate taotluste hindamiseks, et tagada riigihangete läbiviimise sujuvus ja õiguslik stabiilsus.

Summary

In 2004 was completed a very comprehensive report commissioned by the European Commission on the need for and justification for the involvement of SMEs in public procurement. The report made a very clear reference to the crucial role of SMEs in the economy and highlighted the importance of designing procurement rules in such a way that SMEs would be more involved in the procurement market. In the new Procurement Directives that came into force in 2014, the inclusion of SMEs in the public procurement market was a clear political objective for the EU. Procurement Directives (hereafter Procurement Directives refer to the Directive 2014/24/EU and Directive 2014/25/EU/) should lead public contracting authorities to apply procurement procedures in a manner that encourages the participation of SMEs in public procurement. Moreover, it is clear from the procurement directives that *"Public procurement should be applied to the needs of SMEs."*

As SMEs may not qualify as tenderers at procurements due to their limited financial strength, narrower specializations or other reasons, SMEs tend to be more often represented in the subcontractor's role. The new procurement directives contain four measures aimed directly at protecting subcontractors. One of these measures under the procurement directives is the regulation of direct payments by subcontractors, which proposes to the Member States to make direct payments available to subcontractors.

The aim of this Master's thesis is to analyze the protection of subcontractors through national regulation in Estonia. The author examines and analyzes this in particular in the light of construction contracts. According to the author, the procurement directives focus in particular on the construction sector, providing the Member States with a wide range of possibilities, especially in construction contracts, for the control of subcontractors, with the aim of obtaining information on what is happening on the construction site. This Master's thesis is structured in two parts. First, the author analyzes the tools provided by the procurement directives, which give the Member States the option of regulating the protection of subcontractors with the aim of including more SMEs in the procurement market. The author then analyzes the respective regulations of the Estonian PPA.

As a result of the procurement directives, contracting authorities of the public sector should be directed to apply the procurement framework in a manner that encourages the participation of SMEs in public procurement, as the promotion of SMEs' access to the procurement market clearly constitutes a clear political objective for the European Union. Due to procurement directives, tools for protecting subcontractors must be transparent, simple and with a minimal administrative burden. The procurement procedure must not create unacceptable barriers for operators, as many businesses, including SMEs, consider that their participation in public procurement is seriously hampered by the administrative burden involved.

The direct payment mechanism contained in the procurement directives has three prerequisites: (i) the nature of the contract is to allow direct payments; (ii) the direct payment procedure is to be provided for in the contract documents; and (iii) at the request of the contractor, the contracting authority pays directly to the subcontractor for the supplies, works or services supplied to the main contractor. The directive does not prohibit direct payment regulations also for subcontractors located even lower in the subcontracting chain. However, Member States are left with free rein in regulating this. Procurement directives encourage Member States to go even further on making direct payments to subcontractors under national law, as the contracting authority has significant opportunities at the national level to develop entrepreneurship through public procurement, in particular by providing more opportunities for SMEs to participate in public procurement. In the context of the procurement directives, the meaning of going further is to propose additional mitigation measures to subcontractors with a view to providing them with additional protection and economic certainty to encourage them to play a more active role in the procurement market.

In Estonia, the issue of guaranteeing the remuneration of subcontractors in the procurement process has been on the legislator's table for a long time. The need for regulation of direct payments began to emerge especially during the recession period, when even major main contractors were in a situation where they were not able to pay subcontractors for their work, especially in the area of construction procurement. There are weighty arguments that justify the implementation of the subcontractors' direct payments system in Estonia, as it supports the

fundamental principles of public procurement in many ways. On the one hand, it will, like the previously described, ensure greater economic security for SMEs, since the use of regulation of direct payments in procurement will significantly reduce the risk of non-payment for services rendered. At the same time, the regulation on direct payments adds to the transparency and, to a significant degree, the flexibility and effectiveness of the phase of implementation of the procurement contract which, as a rule, is related to a more positive economic environment in contractual relations.

The Public Procurements Act that entered into force on 01.09.2017 does not foresee the subcontractors' direct payment option since the legislature decided that the option of direct payment to subcontractors already exists under § 80 of the LOA. Section § 80 of the LOA establishes rules for the performance of the obligation for the benefit of a third party who is not a party to the agreement, i.e., the parties agree with each other on what conditions the fulfillment of obligations is allowed for the benefit of a third party. Based on the above, it was not considered necessary to include the regulation of direct payments of subcontractors into the Public Procurements Act which entered into force on 01.09.2017, because it was considered that repetition of the regulation arising from § 80 of the LOA would not solve a problem in which the subcontractor is left unpaid. PPA offered an alternative approach. As of 01.01.2019, § 9 of the PPA enters into force, whereby the subcontractor of the contracting authority may, upon a justified request, leave the financial claim to the tenderer unfulfilled in the part for which the tenderer has unduly failed to comply with the financial obligation to the subcontractor. On the basis of the provision, the contracting authority can only fulfill the obligation to the tenderer when the latter has fulfilled or disproved its obligation to the subcontractor. It is apparent from the explanatory memorandum to the PPA that the suspension of payments to the main contractor is the contracting authority's discretion, but the contractor cannot pay directly to the subcontractor, he only has the right to retain the tenderer's money until the underlying cause for retention of the money has expired. The contracting authority may apply the aforementioned in the procurement contract only if such opportunities and appropriate conditions are set out in the procurement source documents.

The author has analyzed and found that an alternative approach of PPA does not guarantee the objective of protecting subcontractors resulting from the procurement directives. Consequently, consideration should be given to whether it would be wise to exclude these provisions from the law and, for example, to initiate a separate draft law to regulate the protection of subcontractors. In the same way, the author argues that recourse to § 80 of the LOA is not compliant with the procurement directives. Section § 80 of the LOA establishes rules for the performance of the obligation for the benefit of a third party who is not a party to the agreement, i.e., the parties agree with each other on what conditions the fulfillment of obligations is allowed for the benefit of a third party. Unfortunately, in the case of public procurements, it is known from the practice that direct payment options for subcontractors under LOA have not been laid down so far.

According to the author, the provisions which enter into force on 1 January 2019 are not transparent and, contrary to the possibility afforded by the directive, in this form rather create a financial turmoil both for the tenderer if the contracting authority fails to pay him the money for an unknown time, and for the subcontractor, as the instruments of the contracting authority's discretion to assess the subcontractor's request are unclear and may without any clear direction from the directive become more harmful than beneficial.

The author is of the opinion that the regulation for ensuring the remuneration of subcontractors arising from the Estonian PPA is not compliant with the procurement directives and does not comply with the principles of transposition of directives into national law. The author also finds that the legislator's understanding that the repetition of the regulation of the LOA in the PPA is unnecessary and is not objective. The purpose of the direct payment regulation of the procurement law is to protect the subcontractor in a situation where the main contractor unduly fails to pay him, therefore § 80 of the LOA is not an appropriate tool for the purpose of fulfilling the purpose of the procurement law, since direct payment without the consent of the main contractor, is not possible under the provisions of § 80 of the LOA. Assuming that the main contractor agrees and is willing to pay the subcontractor for his work, he will do it personally, and there is no need for the contracting authority to be involved. Based on the general principles of procurement law, regulation is required in the situation where the subcontractor has properly performed the work, and the main contractor does not agree to pay him maliciously, that is if the

subcontractor is rightly required to be protected. Also, in 2014 the Ministry of Finance agreed that the corresponding provision of the LOA for the purpose of fulfilling the procurement law is not perfect.

The European Commission's recommendation to transpose the directives affecting the internal market into national legislation states that the Member States must refrain from including such conditions or requirements in national implementing provisions that are not necessary for the transposition of the relevant directive if such conditions or requirements can hinder the achievement of the objectives of this Directive. Compliance with the principles of public procurement must be guaranteed in all procurement procedures and in each stage of each procurement, even more so; in the context of public procurement, the rules of private law are governed by the general principles of procurement, which are transparency and controllability, equal treatment and non-discrimination, and promotion of competition and proportionality. The author takes the view that the provisions of the remuneration of the pay of the subcontractor of PPA may be in breach of the principle of proportionality. The principle of proportionality requires that the activities of the institutions do not go beyond what is appropriate and necessary to achieve the legitimate aims pursued by the legislation in question and, if it is possible to choose between several appropriate measures, the least restrictive measure must be implemented; the restrictions created must be in line with the objectives set. One of the implications of the principle of effectiveness put in place by the Court of Justice is that both the procurement directives and national regulations must be interpreted and applied in such a way as to ensure that the directive's objective is achieved.

This provision of § 122 (9) of the PPA should be deleted from the PPA and replaced by regulations on direct payments for subcontractors that are being implemented in a straightforward manner and without significant administrative burdens. The author takes the view that, on the basis of a reasoned request by a subcontractor, the direct payment regulations to the contracting authority, together with the setting of limits for the exercise of a clear discretion, are clear, precise and transparent, and the measure least restrictive of the rights of the tenderer.

An analysis by the Ministry of Finance, which evaluated the implications of the regulation for subcontractors of the PPA entering into force as of 01.01.2019, explains that the practical problem of the provisions relates to the determination of the reasonableness or unfoundedness of a subcontractor's statement. The author suggests one possible approach to determining the limits of the discretion of the contracting authority in relations between the subcontractor and the main contractor to help determine whether the subcontractor's request to receive remuneration from the main contractor for the work performed is justified or not. It is a regulation that does not substantially increase the administrative burden of any party and does not place an unreasonable investigation obligation on the contracting authority, since on construction of a building requiring building permits (and, consequently, the procurement of corresponding construction work) this regulation must always be complied with.

The contracting authority is obliged to include owner supervision as a third, independent party in the construction work procurement (if the contracting authority, as the owner or the representative of the owner, does not have the relevant competence and, in the case of tenders, this competence is presumably absent due to the contracting authority's profile). Pursuant to the explanatory memorandum of the Building Code, the owner supervision is responsible, in addition to monitoring the compliance of the building and construction requirements, for the more general supervision, including verification of compliance with the requirements arising from the law and the contract. In view of the obligations and rights granted to the owner supervision by the law, the expert assessment of the owner supervision and the confirmation of the conformity/nonconformity of the subcontractor's performance to the procurement contract (and also to the subcontract, since owner supervision has the right to request different relevant documents for carrying out its work) would be a strong argument for the contracting authority when making a discretionary decision.

According to the author, the Estonian legislature has interpreted "going beyond" narrowly and literally and instead of setting up an effective protective measure for subcontractors has moved away from it. The uncertainty surrounding the implementation of the provisions may cause unwarranted disputes between the parties, which will endanger the completion date of the procured construction work, and therefore the contracting authority is more likely to decide

against the implementation of the entire regulation ensuring that remuneration of subcontractors. Such a situation is clearly not in line with the objectives of the procurement law, since it does not encourage these SMEs to participate in the tenders, since the nature of the provision tends to favor the situation where contracting authorities do not apply it in the procurement contracts, so consequently that provision does not favor the intensification of competition and thus the recovery of the economy.

Allikad

Kasutatud kirjandus

1. Alekand, A. Proportsionaalsuse printsiip põhiõiguste riive mõõdupuuna täitemenetluses. Doktoritöö. Juhendaja prof. Raul Narits. Tartu, 2009.
2. Arrowsmith, S., Kunzlik, P. (Eds). Social and Environmental Policies in Public Procurement Law. New Directives and New Directions. New York: Cambridge University Press, 2009.
3. Arrowsmith, S (ao Eds). Public Procurement Law Review. Volume 21. Sweet&Maxwell, 2012.
4. Bovis, C. The Law of EU public procurement. Edward Elgar Publishing, 2016.
5. Brodec, J., Janeček. V. How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime? Public Procurement Law Review. 2015, 3, pp 90-105.
6. Fels, E. Euroopa Liidu riigihankeõiguse normide rikkumise mõju hankelepingu kehtivusele. Magistritöö. Juhendaja dr iur M. A. Simovart. Tartu Ülikool, 2015.
7. Härginen, K., Simovart, M. A. Uued riigihankedirektiivid: kas revolutsioon või redaktsioon? Juridica 2013, 10, lk 627-634.
8. Jaago, K-S. Ülevõtmisperioodil riigihangete direktiivide mõju riigisisesele õiguskorrale. Juridica 2015, 3, lk 196 – 209.
9. Jöks, A. Kas õigust selgitada või selgust õigustada? Õiguskeel 2012: artiklikogumik. Tallinn, 2012. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/allar_joks.pdf
10. Kalamees, P., Saare, K., Sein, K. Töö vastuvõtmine ja töövõtja vastutus ehitusvigade eest. Juridica 2010, 4, lk 258-268.
11. Madise, Ü., Kalmo, H., Mälksoo, L., Narits, R., Pruks, P., Raidla, J., Vinkel, P. Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2017.
12. Mikli, S, Pelisaar, A. Planeerimisseaduse ja ehitusseadustiku esimesel eluaastal tõusnud küsimusi. Juridica 2016, 3, lk 184-195.
13. Minumets, D., Kulm, P. Riigihangete õigus. Kirjastus Juura, 2014.

14. Mugur, M. Ginter, C. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetluse näide. *Juridica* 2010, 4, lk 239-247.
15. Mõistlik, S. Raamleping, kui hankija lepinguvabaduse suurendamise instrument riigihankes. Magistritöö. Juhendaja prof. Kalle Merusk. Tartu, 2013
16. Ojasalu, T. Euroopa ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Magistritöö. Juhendaja prof. Aare Reenumägi. Tallinna, 2006.
17. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus. Konkurentsi tagamise põhimõte. – *Juridica* 2007, 8, lk 564-572.
18. Pilving, I. Hankijate horisontaalse koostöö kriteeriumid. Hankijate horisontaalse koostöö kriteeriumid. Kohtupraktika ja uued hankedirektiivid. *Juridica* 2016, 6, lk 401 – 415.
19. Simovart, M.A., Koroljov, D. Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingutes. *Juridica* 2016, 1, lk 44-51.
20. Simovart, M. A. Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Doktoritöö. Juhendajad PhD Carri Ginter ja prof. Irene Kull. Tartu Ülikool, 2010.
21. Simovart, M. A. Riigihankelepingu ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. *Juridica* 2008, 1, lk 29-38.
22. Simovart, M.A. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. *Juridica* 2010, 4, lk 248 – 257.
23. Trybus, M., Andrecka, M. Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? *EPPPL*, 3/2017, lk 224 - 238.
24. Trybus, M. Small and Medium Sized Enterprises and public procurement regulation: the division of public contracts into lots. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/32-TRYBUS-Small_and_medium-sized_enterprises_and_the_division_of_contracts_into_lots.pdf
25. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2016.
26. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K. Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Kirjastus Juura, 2009.

Kasutatud normatiivmaterjal

27. Ehitusseadustik - RT I, 05.03.2015, 1.
28. Ehitusseadustiku seletuskiri. Kättesaadav arvutivõrgus:
<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/9e8a422c-beb8-476c-897c-f9b761fb9b92/Ehitusseadustik>.
29. Euroopa parlamendi ja Nõukogu 31. märts 2004 direktiiv 2004/17/EÜ, millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 1-208.
30. Euroopa parlamendi ja Nõukogu, 31. märts 2004 direktiiv 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta. – ELT L 134, 30.04.2004, lk 114-240.
31. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26. veebruar 2014 direktiiv 2014/23/EL kontsessioonilepingute sõlmimise kohta. – ELT L 94, 28.03.2014, lk 1-64.
32. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu 26. veebruar 2014 direktiiv 2014/24/EL riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 65-242.
33. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu, 26. veebruar 2014 direktiiv 2014/25/EL milles käsitletakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate üksuste riigihankeid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2004/17/EÜ. – ELT L 94, 28.3.2014, lk 243-374.
34. Omanikujärelevalve tegemise kord - RT I, 03.07.2015, 27.
35. Riigihangete seadus – RT I, 01.07.2017, 1.
36. Riigihangete seaduse seletuskiri. Kättesaadav arvutivõrgus:
<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.
37. The Public Contracts Regulations 2015. 2015 No. 102. Public Procurement. UK2015020427 02/2015 19585.
38. Võlaõigusseadus - RT I, 31.12.2017, 8.

Kasutatud kohtupraktika

39. Euroopa Kohtu 16.12.2008a otsus kohtuasjas nr C-213/07, Michaniki AE vs Ethniko Symvoulio Radiotileorasis ja Ypourgos Epikrateias.
40. Euroopa Kohtu 07.10.2004.a otsus kohtuasjas nr C-247/02, Sintesi SpA vs Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.
41. Euroopa Kohtu 18.07.2007.a otsus kohtuasjas nr C-503/04, Euroopa Ühenduste Komisjon vs Saksamaa Liitvabariik.
42. Euroopa kohtu 20.09.2011 otsus kohtuasjas nr T-461/08, Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE vs Euroopa Investeerimispank.
43. Euroopa Kohtu 19.05.2009.a otsus kohtuasjas nr C-538/07, Assitur Srl vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano.
44. Euroopa Kohtu 08.09.2010 otsus kohtuasjas nr C-409/06, Winner Wetter GmbH vs Bürgermeisterin der Stadt Bergheim.
45. Kohtujurist M.C.Sanchez-Bordona ettepanek 22.11.2017 kohtuasjas nr C-531/16.
46. Riigikohtu halduskolleegiumi 17.03.2003 otsus nr 3-3-1-10-03.
47. Riigikohtu põhiseaduslikkuse järelevalve kolleegiumi 02.12.2004.a otsus nr 3-4-1-20-04.
48. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 09.03.2004 otsus nr 3-2-1-24-04.
49. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 05.12.2005 otsus nr 3-2-1-140-05.
50. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 23.11.2016 otsus nr 3-2-1-112-16.
51. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 8.12.2016 otsus nr 3-2-1-116-16.
52. Tallinna Halduskohus 20.06.2016 otsus nr 3-16-874.

Muud kasutatud allikad

53. Advokaadibüroo Deloitte Legal. Alltöövõtjate regulatsiooni rakendamisega kaasnevad mõjud. R18.12.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/valminud-analuus-alltoovotjate-regulatsiooni-rakendamisega-kaasnevad-mojud>.
54. Council of the European Union. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the

- Committee of the Regions. Upgrading the Singel Market: more opportunities for people and bussiness. COM(2015) 550 final. Brussels, 28. October 2015. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13370-2015-INIT/en/pdf>.
55. Eesti Ehitusettevõtjate Liidu 16.05.2017 kiri Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.
56. Eesti Kaubandus- Tööstuskoja 04.04.2017 kiri nr 4/86 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus>.
57. Eesti Kaubandus-Tööstuskoja 16.05.2017 ettepanekud nr 4/128 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.koda.ee/sites/default/files/inline-files/16_05_2017_Ettepanekud_riigihangete_seaduse_eeln%C3%B5u_450_SE_kohta.pdf.
58. Eesti Vabariigi seisukohad riigihangete rohelise raamatu osas. Kättesaadav arvutivõrgus: https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/FISMA/markt_consultations/Library/Public%20procurement/Modernising%20the%20EU%20public%20procurement%20policy/Public%20authorities/eefin_et.pdf.
59. Eesti Väike- ja Keskmiste Ettevõtjate Assotsiatsiooni 10.05.2017 kiri nr 17-005 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete_seadus.
60. Ehituse töövõtulepingu üldtingimused (ETÜ 2013). Kättesaadavad arvutivõrgus: https://www.mkm.ee/sites/default/files/ehituse_toovotulepingute_uldtingimused.pdf.
61. Euroopa Parlamendi Siseturu- ja tarbijakaitse 25.06.2008.a töödokument „Euroopa parimate tavade juhend, millega lihtsustatakse VKEde juurdepääsu riigihankelepingutele”. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-414.361+01+DOC+PDF+V0//ET&language=ET>.

62. Euroopa Ühenduste Komisjon. Komisjoni soovitus siseturgu mõjutavate direktiivide siseriiklikesse õigusaktidesse ülevõtmise kohta. SEK (2004) 918 lõplik. Brüssel, 12.7.2004. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2004/ET/2-2004-918-ET-F-0.Pdf>
63. European Commission. EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency. An overview of the new EU procurement and concession rules introduced on 18 April 2016.
64. Erakond Isamaa ja Res Publica Liit 10.06.2016.a kiri Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: [https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete seadus](https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus).
65. Evaluation of SMEs access to public procurement markets in the EU. Final Report, submitted by GHK and Technopolis within the framework of ENTR/04/093-Lot 1. Ref. Ares(2014)75984 - 15/01/2014.
66. Hill, K. Small and Medium-sized Enterprises (SMEs) in Public Procurement. Public Procurement Brief 33. Sigma. September, 2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-33-200117.pdf>.
67. Jakobson, I. Otsemaksed – uue hankeseaduse kõige tähtsam küsimus. Ajaleht Äripäev, 19.05.2014. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/uudised/2014/05/19/otsemaksed-uu-e-hankeseaduse-koige-tahtsam-kusimus>.
68. Karindi-Kask, E. Hankelepingute muutmine. Rahandusministeerium. Detsember, 2012. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analused-ja-uuringud>.
69. Koorits, V. Riik kaalub alltöövõtjate petjatele hankekeeldu. Postimees, 15.03.2010. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://pluss.postimees.ee/236900/riik-kaalub-alltoovotjate-petjatele-hankekeeldu>.
70. Laanemäe, K. Kutsumata külaline riigihangete seaduses. Äripäev, 14.09.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.aripaev.ee/arvamused/2017/09/14/kadi-laanamae-kutsumata-kulaline-riigihangete-seaduses>.

71. Look, K. Alltöövõtu regulatsioon riigihangete seaduses. Rahandusministeerium, august 2011. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/analused-ja-uuringud>.
72. Lukošiušas, L., Briedis. Ž., Ivanauskaitė, A., Sabalytė, V. New public procurement regulations in Lithuania to come into force on 1 July. Sorainen newsflash/Lithuania. June 2017. Kättesaadav arvutivõrgus: http://www.sorainen.com/legal/newsflash/2017/lt-public-procurement-june-2017/en.html#en_11.
73. Madise, Ü. Õiguskantsleri seisukoht: Ehitusseadustiku pädeva isiku piirang ja kvalifikatsiooni tõendamise nõuded. 14.03.2016, nr 6-1/151052/1601071. Arvutivõrgus: http://www.oiguskantsler.ee/sites/default/files/field_document2/6iguskantsleri_seisukoht_vastuolu_mittetuvastamise_kohta_omanikujarelevalve_kohustusest.pdf.
74. Matteus, K. Uus riigihankeseadus: päästerõngas alltöövõtjatele või siiski mitte? Ärileht, 01.03.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://arileht.delfi.ee/news/uudised/uus-riigihankeseadus-paasterongas-alltoovotjatele-voi-siiski-mitte?id=73826095>.
75. Moore, S. SMEs owed £26bn in late payments. *Economia*, 14.12.2016. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://economia.icaew.com/en/news/december-2016/smes-owed-26bn-in-late-payments>.
76. Mäe, I. Uus riigihangete seadus tekitab segadust. *Finantsuudised*, 27.09.2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.finantsuudised.ee/uudised/2017/09/27/uus-riigihangete-seadus-tekitab-segadust>.
77. Normitehnika käsiraamat, Justiitsministeerium. Kättesaadav arvutivõrgus: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/heaoigusloomejanormitehnikaeeskiri.pdf.
78. PriceWaterhouseCoopers, ICF GHK, Ecorys. SMEs access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU. European Commission, February 2014. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15459?locale=en>.
79. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Public Procurement and the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal sectors. European Commission. Brussels 20.12.2011 SEC (2011) 1585 final. Kättesaadav

- arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1585&from=EN>.
80. Regioonide Komitee arvamus „Riigihangete pakett”. Euroopa Liidu Teataja. C 391/49, 18.12.2012. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AR0099&from=ET>.
81. Riigihangete seaduse eelnõu 204 SE ja seletuskiri. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus> (01.05.2017).
82. Riigihankemaastiku 2016.a kokkuvõte. Rahandusministeerium, oktoober 2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.rahandusministeerium.ee/et/eesmargidtegevused/riigihangete-poliitika/kasulik-teave/riigihankemaastiku-kokkuvotted>.
83. Roheline raamat. ELi riigihankepoliitika ajakohastamise kohta. Euroopa hanketuru tõhustamine. Euroopa Komisjon. Brüssel 27.01.2011, KOM(2011) 15 lõplik. Kättesaadav arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0015_/com_com\(2011\)0015_et.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0015_/com_com(2011)0015_et.pdf).
84. Raudzeps, R. New publik procurement law. Sorainen newsflash/Latvia, Februari 2017. Kättesaadav arvutivõrgus: <http://www.sorainen.com/UserFiles/File/Publications/PP.2017-02-06.enG.html>.
85. Vabariigi Valitsuse 17.05.2017 seisukoht nr 1.1-11_03840 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: [https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete seadus](https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus).
86. Vabariigi Valitsuse 16.05.2017 seisukoht nr 1.1-11_03601-3-1 Riigikogu majanduskomisjonile. Kättesaadav arvutivõrgus: [https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete seadus](https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/arvamused/d8709d7d-cf5c-45c6-8576-1b7e86c80a8a/Riigihangete%20seadus).
87. Vilka, L. On 1 March 2017, the new Public Procurement Law became effective. KPMG in Latvia, 31.03.2017. Kättesaadav arvutivõrgus:

<https://home.kpmg.com/lv/en/home/insights/2017/03/new-public-procurement-law-effective-as-of-1-march-2017.html>.

88. Õiguspoliitika arengusuunad aastani 2018. Seletuskiri. Justiitsministeerium. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.just.ee/et/eesmargid-tegevused/oiguspoliitika/oiguspoliitika-arengusuunad>.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Angela Kase,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose
ALLTÖÖVÕTJATELE TASUDE TAGAMINE. HANKEDIREKTIIVIDE EESMÄRK vs
RIIGISISENE REGULATSIOON – KAS KAITSE VÕI KATSE?,

mille juhendaja on Mari Ann Simovart,

- 1.1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
 3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **23.04.2018**