

Alltöövõtu regulatsioon riigihangete seaduses

1. Sissejuhatus

Viimastel aastatel on meedia vahendusel üha enam kuulda loosungeid riigihangete seaduse (edaspidi RHS) muutmise vajaduse kohta, mis eriti teravalt on tõusetunud ehitusvaldkonnas tegutsevate pahatahtlike ettevõtete tegevuse tõttu alltöövõtu kasutamisel, mis paljuski sai jõudu 2008. aastal alguse saanud majanduse kiirest langusest. Alltöövõtjatega seonduvatest probleemidest annab märku ka viimase aasta Rahandusministeeriumi nõustamispraktika, kus hankijad püüavad leida lahendusi eelnevaid hankelepinguid rikkunud pakkujate hankemenetlusest eemale hoidmiseks. Pea alati peetakse tekkinud olukorras süüdlaseks kehva RHSi ning üheskoos tehakse julgeid muudatusettepanekuid, püüdmata analüüsida muudatuste tegelikku vajadust või tagajärgi.

Alltöövõtu regulatsioon RHSis on üle võetud riigihangete direktiividest, võttes arvesse nendes märgitud soovitusi liikmesriikidele siseriiklikult allhangete küsimusi reguleerida. Sisuliselt on alltöövõtu küsimusi reguleerinud sätted olnud RHSis muutumatud, kuni 2010. aasta 1. juulini, kui seadusandja proovis lahendada pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamise küsimusi alltöövõtjatel esinenud maksuvõlgade tõttu ning sätestas alltöövõtjate vahetamise regulatsiooni. Nimetatud muudatused jõudsid kehtida vaid pool aastat, kui seadust taas muudeti ning 2011. aasta 1. jaanuarist jõustunud seaduse muudatustega tunnistati kehtetuks suurem osa alltöövõtu kasutamise seotud sätteid, muuhulgas hankija kohustus nõuda pakkumuses alltöövõtjate andmete esitamist ning kinnitust alltöövõtjate hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise kohta.

Kui siseriiklikult eemaldati kohustus pakkujal pakkumuses alltöövõtjate andmete näitamine, siis Euroopa Komisjon peab endiselt alltöövõtjate küsimust väike ja keskmise suurusega ettevõtete¹ (edaspidi VKE) toetamisel oluliseks ning analüüsib 27. jaanuaril 2011. a avaldatud rohelises raamatus liikmesriikide vastuste pinnalt vajadust alltöövõtu küsimusi direktiivides rangemalt reguleerida. Siiski on märkimisväärne, et Euroopa Komisjon on allhangete regulatsioonis suured sammud juba astunud 13. juunil 2009. aastal vastu võetud kaitse- ja julgeolekuvaldkonna direktiivis², kus suunised allhangete regulatsiooni osas on oluliselt selgemad.

Käesoleva analüüsi eesmärk on analüüsida alltöövõtu regulatsiooni alates esimese RHSi vastuvõtmisest kuni käesoleval ajal kehtiva redaktsioonini ning tuvastada vastava valdkonna probleemid ning võimalikud lahendused. Analüüsi tulemusena selgub, kas alltöövõtjate

¹ Euroopa Komisjoni määratluse kohaselt (*Commission Recommendation 2003/361/EC of 6 May 2003*) kuuluvad mikro-, väikeste ja keskmise suurusega ettevõtete (VKEd) kategooriasse ettevõtted, millel on vähem kui 250 töötajat ja mille aastakäive ei ületa 50 miljonit eurot ja/või aastabilansi kogumaht ei ületa 43 miljonit eurot. Väikesteks loetakse ettevõtteid, mis annavad tööd vähem kui 50 inimesele ja mille aastakäive ja/või aastabilansi kogumaht ei ületa 10 miljonit eurot. Mikroettevõteteks loetakse need ettevõtted, mis annavad tööd vähem kui 10 inimesele ja mille aastakäive ja/või aastabilansi kogumaht ei ületa 2 miljonit eurot.

² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (ELT L 216, 20.08.2009).

kasutamise seotud probleemidega tegelemine peaks olema osa RHSi eesmärgist või jääma võlaõiguslikuks küsimuseks pea- ja alltöövõtja vahel.

2. Alltöövõtu regulatsiooni taust

Alltöövõtu regulatsioon kehtestati esimest korda 19.10.2000 vastu võetud RHSis (RT I 2000, 84, 534), mis jõustus 01.04.2001 ning millega alustati Euroopa parlamendi ja nõukogu riigihangete direktiivide 1992/50/EMÜ³ (millega kooskõlastatakse teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord), 1993/36/EMÜ⁴ (millega kooskõlastatakse asjade riigihankelepingute sõlmimise kord), 1993/37/EMÜ⁵ (millega kooskõlastatakse ehitustööde riigihankelepingute sõlmimise kord) ja 1993/38/EMÜ⁶ (millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused) (edaspidi üheskoos nimetatud kui 1993. aasta direktiivid) ülevõtmist. Lõplikult võeti siseriiklikult 1993. aasta direktiivid üle RHSi muutmise seadusega, mis jõustus 01.01.2004.

1993. aasta direktiivides reguleeriti alltöövõtu kasutamist marginaalselt, kuigi Euroopa Komisjon pidas alltöövõtjate temaatikat VKEdes riigihangete maastikul tegutsemise toetamiseks võrdlemisi oluliseks⁷. Liikmesriikidele anti õigus otsustada, millisel määral alltöövõtu küsimusi siseriiklikult reguleerida, mistõttu olid asjakohased sätted hankijale üksnes õigusi andva iseloomuga ning ei sisaldanud endas kohustusi:

- juhul, kui see on teada, märgib tellija aruandes ka lepinguosa suuruse, mille suhtes edukas pakkuja kavatses sõlmida allhankelepinguid kolmandate isikutega⁸;
- tellija võib lepingudokumentides pakkujalt nõuda, et näidataks, kui suure osa suhtes lepingu mahust kavatsetakse sõlmida allhankelepinguid kolmandate isikutega. Kõnealune teave ei piira pakkuja vastutust⁹;
- pakkuja tehniliste võimaluste olemasolu võib tõendada, vastavalt osutatavate teenuste laadile, kogusele ja eesmärgile, tõendiga lepingu osa suuruse kohta, mille suhtes pakkuja kavatses sõlmida allhankelepinguid¹⁰.

RHSi võeti 1993. aasta direktiivide kohaselt alltöövõtu regulatsioon üle täies ulatuses ning ka siseriiklikult ei sätestatud hankijatele antud küsimustes ühtegi kohustust. RHSi § 24 lg 2 sätestas ostjale õiguse nõuda allhanke mahu avaldamist, RHSi § 34 lg 3 punkt 7 ja sama paragrahvi lg 4 p 7 võimaldas ostjal ehitustööde ja teenuste tellimisel nõuda andmeid hankelepingu täitmiseks kasutada kavatssetavate allhankijate kohta ning RHSi § 20 lg 4 p 7 kohaselt tuli olemasolu korral märkida allhanke teostajate andmed ka riigihanke deklaratsioonis¹¹.

³ Nõukogu direktiiv 92/50/EMÜ, 18. juuni 1992, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord.

⁴ Nõukogu direktiiv 93/36/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord.

⁵ Nõukogu direktiiv 93/37/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord.

⁶ Nõukogu direktiiv 93/38/EMÜ, 14. juuni 1993, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused.

⁷ 17.01.1992 Commission of the European Communities „Communication from the Commission to the Council: Towards a European Market in subcontracting. 01.06.1992. Commission of the European Communities „Communication from the Commission. SME participation in public procurement in the community”.

⁸ Nõukogu direktiivide 1992/50/EMÜ artikkel 12 lg 3, 1993/36/EMÜ artikkel 7 lg 3 ja 1993/37/EMÜ artikkel 8 lg 3.

⁹ Nõukogu direktiivide 1992/50/EMÜ artikkel 25, 1993/36/EMÜ artikkel 17, 1993/37/EMÜ artikkel 20, 1993/38/EMÜ artikkel 27.

¹⁰ Nõukogu direktiivi 1992/50/EMÜ artikkel 32 lg 2 p h).

¹¹ 19.11.2003 vastu võetud RHSiga (RT I 2003, 78, 521, jõustus 01.01.2004) tunnistati RHS § 20 lg 4 kehtetuks. Muudeti § 21 sõnastust, muuhulgas lisandus lõike 1 punktiga 5 kohustus riigihanke aruandes märkida hankelepingu osa, mille edukaks tunnustatud pakumise esitanud pakkuja kavatses täita allhankija kaudu, kui see on ostjale teada.

2.1 Alltöövõtt riigihankedirektiivide 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ valguses

Selleks, et täita lihtsustamis- ja ajakohastamisnõudeid, mis ostjad ja ettevõtjad esitasid seoses Euroopa Komisjoni poolt 29. novembril 2000.a vastu võetud rohelise raamatuga, tehti uusi muudatusi 1993. aasta direktiivides, mis selguse huvides eeldas direktiivide uuesti sõnastamist. 2004. aastal võeti vastu uued Euroopa parlamendi ja nõukogu riigihangete direktiivid 2004/17/EÜ (millega kooskõlastatakse vee-, energeetika-, transpordi- ja postiteenuste sektoris tegutsevate ostjate hankemenetlused) ja 2004/18/EÜ (ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta) (edaspidi üheskoos nimetatud kui 2004. aasta direktiivid).

2004. aasta direktiividele eelnevas rohelises raamatus on märgitud ühe olulise küsimusena uuesti ka VKEde osalemine riigihangetes läbi alltöövõtu, mida 1993. aasta riigihanke direktiivid märkimisväärselt ei reguleerinud. Euroopa Komisjon tunnistab uuesti teema olulisust ning küsib liikmesriikidelt, kas ja milliseid meetmeid peaks Euroopa Komisjoni tasemel kasutusele võetama, et suurendada VKEde osalemist riigihangetel¹². Ühe meetmena pakub Euroopa Komisjone alltöövõtu ja makseperioodide küsimuste reguleerimist direktiivides¹³.

Uutes, 2004. aasta riigihanke direktiivides alltöövõtu regulatsioonis sisulisi muudatusi sisse ei viidud. Siiski märgitakse 2004/18/EÜ direktiivi preambula punktis 32, et VKEde riigihankelepingute turule kaasamise soodustamiseks on siseriiklikes õigusaktides soovitatav lisada allhankeid käsitlevaid sätteid, mis ei piira pakkuja vastutust. Nimetatud soovitus toetavad järgmised direktiivi 2004/18/EÜ artiklid:

- artikli 25 kohaselt võib ostja lepingudokumentides pakkujalt nõuda või liikmesriik võib ostjat kohustada pakkujalt nõudma, et pakkumises oleks näidatud, kui suure osa suhtes lepingu mahust kavatakse sõlmida allhankelepingud kolmandate isikutega, ning kõik kavandatavad alltöövõtjad. See teave ei piira peamise ettevõtja vastutust¹⁴;
- artikli 43 kohaselt avaldatakse aruandes, juhul kui see on teada, ka lepingu või raamlepingu osa suurus, mille suhtes edukas pakkuja kavatab sõlmida allhankelepinguid kolmandate isikutega;
- artikli 48 lõike 2 kohaselt võib pakkuja tehnilist suutlikkust vastavalt ehitustööde, tarnete või teenuste laadile, kogusele või tähtsusele ja kasutusviisile tõendada muuhulgas tõendiga lepingu osa suuruse kohta, mille suhtes teenuseosutaja kavatab sõlmida allhankelepinguid.

Uue sättena on direktiivis 2004/18/EÜ reguleeritud kontsessioonilepingus kasutatav alltöövõtt. Artikkel 60 sätestab, et ostja võib

- a) nõuda, et kontsessioonäär sõlmiks kolmandate isikutega lepinguid, mis hõlmavad vähemalt 30 % nende ehitustööde kogumaksumusest, mille kohta kontsessioonileping sõlmitakse, andes kandidaatidele samal ajal võimaluse seda määrat suurendada, täpsustades alammäärat kontsessioonilepingus, või

¹² Oluline on märkida, et VKEde osakaal Euroopa (sh Eesti) ettevõtete hulgas oli 2009. aastal 99,8% (allikas: European Commission „European SMEs under Pressure: ANNUAL REPORT ON EU SMALL AND MEDIUM-SIZE ENTERPRISES 2009“), mistõttu jääb arusaamatuks Euroopa Komisjoni prioriteetne tegevus VKEde toetamisel. Eeltoodu taustal võiks väita, et riigihanke direktiivide regulatsioon on loodud vaid 0,2%-le kõikidest Euroopa turu ettevõtetest, mis ei ole aga loogiline. Puuduvad mõistlikud põhjendused, miks Euroopa Komisjoni soovib direktiivide muutmiseks kaitsta ettevõtteid, kes hõlmavad juba praegu peaaegu kogu turu.

¹³ Green paper public procurement in the European Union: exploring the way forward Communication adopted by the Commission on 27th November 1996 on the proposal of Mr. MONTI, lk 32.

¹⁴ Ka direktiivi 2004/17/EÜ artikkel 37 võimaldab ostjal hankedokumentides paluda või liikmesriik nõuda, et ostja paluks näidata pakkujal oma pakkumistes ära lepingu kõik osad, mis nad kavatsesid lasta teha allhankena kolmandatel osapooltel, ja kõik eeldatavad allhangete täitjad. Kõnealuse teabe esitamine ei piira peamise ettevõtja vastutust.

- b) taotleda kontsessioonilepingute kandidaatidelt, et nad määraksid oma pakkumises kindlaks nende tööde kogumaksumuse määra kontsessioonilepingust, kui see on olemas, mille nad kavatsevad üle anda kolmandatele isikutele.

Seega soodustatakse võrgustiku valdkonna hankemenetlustes alltöövõtjate kasutamist olulisemalt kui seda tehakse tavaliste hankemenetluste korral.

2.2 Alltöövõtt 1.mail 2007.a jõustunud riigihangete seaduse valguses

Suuremad siseriiklikud muudatused seoses alltöövõtu regulatsiooniga toimusid uue RHSi vastuvõtmisega 24.01.2007 (RT I 2007, 15, 76), mis jõustus 01.05.2007 ning millega võeti üle 2004.aasta direktiivid. Seekordne alltöövõtu regulatsioon oli mõjutatud suuresti Euroopa Komisjoni soovitusel alltöövõtjaid käsitlevate sätete siseriiklikusse õigusesse sisetoomisest, sest esmakordselt tehti hankija jaoks kohustuslikuks nõuda pakkujalt kavandavate alltöövõtjate andmeid ning nende esitamata jätmise tõi kaasa pakkuja jaoks negatiivsed tagajärjed:

1. RHSi § 31 lg 2 p 9 kohaselt peab hankedokumentides (edaspidi HD) sisalduma pakkujale nõue näidata pakkumuses, kui suures osas hankelepingu mahust kavatseb pakkuja sõlmida allhankelepinguid koos kavandavate alltöövõtjate nimedega, kes osalevad vahetult hankelepingu täitmisel, ja teabega hankelepingu osa suuruse ja iseloomu kohta, milles pakkuja kavatseb nendega allhankelepingud sõlmida ning esitada pakkumuses tingimus, et pakkuja võib kaasata hankelepingu mahust olulise osa täitmisel muid alltöövõtjaid üksnes hankija nõusolekul pärast nende suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise kohta kinnituse saamist. RHSi § 47 lg 3 kohustab hankijat lükkama tagasi pakkumuse, milles ei sisaldunud RHSi § 31 lg 2 p 9 sätestatu kohaselt nõutud tingimust.

2. Vastupidiselt Euroopa Komisjoni soovile võimaldada VKEde osalemist riigihangetel läbi alltöövõtu lubati RHS § 31 lg 7 kohaselt teenuste või ehitustööde korral alltöövõttu piirata sätestades HDs nõude, et pakkuja osutaks olulise osa teenustest või teeks olulise osa ehitustöödest ise. Selline allhanke piiramine on lubatud üksnes siis, kui see on hankelepingu olemusest lähtuvalt vajalik hankelepingu täitmise kvaliteedi tagamiseks, hankelepingu täitmise kontrollitavuse tagamiseks või muul objektiivsel põhjusel ja kooskõlas vastavas valdkonnas kehtivate heade äritavadega ning allhanke piiramist ei kohaldata allhankele pakkujaga seotud ettevõtjalt.

3. Kui pakkuja kavandab hankelepingu täitmiseks kasutada alltöövõttu ning on need andmed RHSi § 31 lg 2 p 9 kohaselt oma pakkumuses esitanud, siis on hankija kohustatud RHSi § 37 lõike 4 punkti 2 kohaselt registrile esitatavas riigihanke aruande lisas esitama allhankelepingute alusel hankelepingu vahetus täitmisel osalenud olulisemad alltöövõtjad koos nende tehtud soorituse kirjelduse või allhankelepingu maksumusega.

4. Olukorras, kus pakkuja nimetab oma pakkumuses alltöövõtjana teist pakkujat on hankija kohustatud pakkuja RHSi § 38 lõike 1 punkti 5 kohaselt hankemenetlusest kõrvaldama.

5. Lisaks pakkuja enda hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise kohta dokumentide esitamise peab hankija nõudma RHSi § 38 lõike 4 kohaselt pakkujalt koos pakkumusega kirjalikku kinnitust, et allhankelepingu alusel vahetult hankelepingu täitmisel osalevatel alltöövõtjatel puuduvad käesoleva paragrahvi lõigetes 1 ja 2 nimetatud alused. Kui hankijal on põhjendatud kahtlus, et pakkujal, taotlejal või pakkuja alltöövõtjal esinevad käesoleva

paragrahvi lõike 1 punktides 1–4 nimetatud alused, võib ta selle tuvastamiseks nõuda pakkujalt või taotlejalt nimetatud aluste puudumise kohta vastavat karistusregistri teadet või esitada järelepärimine karistusregistri volitatud töötlejale või nõuda pakkuja või taotleja või pakkuja alltöövõtja asukohariigi kohtu- või haldusorgani väljastatud samaväärset dokumenti või muu selleks volitatud ametiasutuse väljastatud tõendit või pakkuja või taotleja või pakkuja alltöövõtja kirjalikku volitust pöörduda vastavate ametiasutuste poole nimetatud aluste puudumise kohta kinnituse saamiseks. Kui pakkuja või taotleja või pakkuja alltöövõtja asukohariik selliseid dokumente ei väljasta, võib selle asendada pakkuja, taotleja või pakkuja alltöövõtja või tema esindaja poolt vande all antud tunnistuse või pädeva justiits- või haldusasutuse või notari või kutseala- või ametiliidu ees antud tunnistusega vastavalt pakkuja või taotleja või pakkuja alltöövõtja asukohariigi õigusaktidele.

6. Hankijal on võimalik teenuste hankelepingu puhul RHSi § 41 lg 1 p 9 alusel pakkujalt või taotlejalt nõuda tema tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks muuhulgas ka hankelepingu osa suuruse kohta andmete esitamist, mille suhtes pakkuja või taotleja kavatses sõlmida allhankelepinguid.

7. Ehitustööde kontsessiooni andmisel võib hankija nõuda, et kontsessionäär sõlmiks alltöövõtjatega kontsessiooni alusel hankelepinguid, mis hõlmavad vähemalt 30 protsenti ehitustööde kontsessiooni alusel tehtavate ehitustööde eeldatavast kogumaksumusest, andes kontsessiooni taotlejale võimaluse seda määra suurendada või kontsessiooni taotleja näitaks kontsessioonitaotluses, kui suures osas ehitustööde kontsessiooni alusel sõlmitavate hankelepingute eeldatavast kogumaksumusest kavatses ta allhankelepinguid sõlmida. Nimetatud allhankelepingute hulka ei loeta lepinguid, mille kontsessionäär on sõlminud temaga seotud ettevõtjaga või teise koos temaga ühise kontsessioonitaotluse esitanud isikuga. Kontsessiooni taotleja lisab temaga seotud ettevõtjate täieliku nimekirja kontsessioonitaotlusele. Kontsessionäär ajakohastab seda nimekirja iga järgmise ettevõtjatevahelise suhte muutumise järel ja esitab täiendatud nimekirja viivitamata hankijale (RHS § 74).

3. Probleemid riigihangete seaduse tõlgendamisel ja rakendamisel

Alates 01.05.2007 jõustumata hakanud RHSi rakendamisel hakkasid tasapisi teravamalt ilmnema ka erinevad RHSi tõlgendamise seonduvad probleemid. Tõenäoliselt aitas sellele kaasa ka vastloodud riigihangete vaidlustuskomisjon, kelle poole hakkasid pakkujad üha rohkem oma õiguste kaitseks pöörduma. 2010. aasta 1. juulist tekitati Riigihangete Ameti kaotamisega Rahandusministeeriumi juurde ka nõustamisfunktsioon, mis aitab kaasa ühtse RHSi rakendamise ja tõlgendamise praktika loomisele. Tulenevalt riigihangete vaidlustuskomisjoni otsustest ning nõustamispraktikast võib alltöövõtu regulatsiooniga seonduvaid probleeme leida kõikidest vastavatest 01.05.2007 jõustumata hakanud RHSi sätetest. Praktikast esile kerkinud kitsaskohad tõid ajapikku kaasa vajaduse RHSi muutmiseks.

3.1 Alltöövõtja mõiste

Praktikas esines nii hankijatel kui ka pakkujatel probleeme alltöövõtu mõiste sisustamisel. Paljuski mõjutas sellist arusaamatust asjaolu, et alltöövõtja mõiste ei ole sisustatud RHSis ega vastavat kohustust ei ole pandud ka hankijale HDs märkimiseks. Kui hankijad kasutasid

HDs lisaks sõnale *alltöövõtja* ka sõna *allhankija*, käsitledes neid sõnu sünonüümidena,¹⁵ mis ei ole aga kooskõlas RHSiga, siis pakkujad märkisid pakkumuses alltöövõtjatena isikuid, kes seda RHSi mõttes ei ole. Alltöövõtjatena on näiteks pakkumuses märgitud asjade tootjaid ning kauba valmistamiseks toormaterjali hankimist (nt mööbli ostmisel on alltöövõtjaks märgitud materjalide tootjad ning autode hankimisel autosid tootvad tehased jne), kuigi RHSi kohaselt ei ole keelatud ühe hankemenetluse raames pakkuda erinevate pakkujate poolt sama tootja toodangut ning määrav ei ole ka asjaolu, kas pakkujaks on tootja või edasimüüja. Pakkuja, pakkudes hankemenetluses mõne tootja asju, ei pea teadma, kas tootja ise kavatses oma asju samas hankes pakkuda ning ei pea tootja pakkumust esitades ka teadma, kas mõni teine pakkuja kavatses samas hankemenetluses tema toodetud asju pakkuda või mitte.

Kuigi RHS ei sisusta alltöövõtja mõistet ja seda ei tee ka võlaõigusseadus (edaspidi VÕS), annab VÕS § 635 lg 1 töövõtulepingu mõiste kaudu sisu töövõtjale: *töövõtja on isik, kes kohustub töövõtulepinguga valmistama või muutma asja või saavutama teenuse osutamise muu kokkulepitud tulemuse [---].* Seega on töövõtja mõiste VÕSis seotud töövõtulepinguga, mis seob ka alltöövõtja mõiste alltöövõtulepinguga (mitte müügilepinguga).

Eeltoodust tulenevalt võib asuda seisukohale, et RHSis sätestatud regulatsioon allhankelepingute alusel hankelepingu täitmises osalevatele alltöövõtjatele on piiratud allhankelepingutega teenuste ja ehitustööde tellimisel ning asjade ostmisel ei muutu kauba müüja pakkujale ise alltöövõtjaks RHSi tähenduses ega osale ise vahetult hankelepingu täitmisel (pakkujale kauba müüja ei müü hankijale kaupa pakkuja asemel)¹⁶. Asjaolu, et pakkuja on pakkumuses märkinud alltöövõtjaks isiku, kes seda RHSi kohaselt ei ole, ei too kaasa sellise isiku muutumist alltöövõtjaks.

3.2 Alltöövõtjate andmete näitamine pakkumuses

RHSi § 31 lg 2 p 9 kohaselt peab HDs sisalduma nõue pakkujale näidata pakkumuses, kui suures osas hankelepingu mahust kavatses pakkuja sõlmida allhankelepinguid koos kavandatavate alltöövõtjate nimedega, kes osalevad vahetult hankelepingu täitmisel, ja teabega hankelepingu osa suuruse ja iseloomu kohta, milles pakkuja kavatses nendega allhankelepingud sõlmida ning esitada pakkumuses tingimus, et pakkuja võib kaasata hankelepingu mahust olulise osa täitmisel muid alltöövõtjaid üksnes hankija nõusolekul pärast nende suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise kohta kinnituse saamist. Eeltoodust tulenevalt peab hankija esitama HDs pakkujale kaks nõuet:

1. nõue pakkujale näidata pakkumuses, kui suures osas hankelepingu mahust kavatses pakkuja sõlmida allhankelepinguid;
2. nõue pakkujale esitada pakkumuses tingimus, et pakkuja võib kaasata hankelepingu mahust olulise osa täitmisel muid alltöövõtjaid üksnes hankija nõusolekul.

RHSi § 47 lg 3 kohaselt lükkab hankija muu hulgas tagasi pakkumuse, milles ei sisaldu RHSi § 31 lõike 2 punktis 9 sätestatu kohaselt nõutud tingimust.

Praktikas on hankijad käsitletud mõlemat RHSi § 31 lg 2 p 9 nimetatud nõuet eraldiseisvana ning lükanud pakkumuse tagasi RHSi § 47 lg 3 alusel ka olukorras, kus pakkuja ei ole planeerinud hankelepingu täitmisel alltöövõttu kasutada (ei ole märkinud pakkumuses

¹⁵ Vaidlustuskomisjoni 6.04.2009 otsus nr 43-09/109896.

¹⁶ Vaidlustuskomisjoni 06.06.2008 otsus nr52-08/104709.

andmeid alltöövõtu kasutamise kohta) ja ei ole ka kinnitanud, et kaasab hankelepingu mahust olulise osa täitmisel muid alltöövõtjaid üksnes hankija nõusolekul.

RHSi § 47 lg 3 sätestatud pakkumuse tagasilükkamise alus on kohaldatav siiski vaid juhul, kui pakkuja on pakkumuses planeerinud alltöövõtjate kasutamist, kuid on jätnud pakkumuses esitamata hankija poolt nõutud kinnituse muude (pakkumuses nimetamata) alltöövõtjate kaasamiseks hankelepingu mahust olulise osa täitmisel üksnes hankija nõusolekul¹⁷.

Oluline on siinjuures märkida, et kui pakkuja ei ole pakkumuses märkinud alltöövõtjate andmeid, kuid soovib alltöövõtjaid hiljem siiski hankelepingu täitmisel kasutada, siis RHSi § 31 lg 2 p 9 sõnastusest tulenevalt ei ole tal võimalik seda teha.

3.3 Hankemenetlusest kõrvaldamise alused

RHSi § 38 lg 1 sätestab, et hankija ei sõlmi hankelepingut isikuga ja kõrvaldab hankemenetlusest mis tahes ajal pakkuja või taotleja, kellel esinevad sama lõike punktides loetletud hankemenetlusest kõrvaldamise alused. Tegemist on imperatiivse loeteluga, kus hankijal kaalutusõigus puudub. Täiendavalt on hankijal diskretsiooniõigust kasutades võimalik hankemenetlusest kõrvaldada pakkuja või taotleja sama paragrahvi lõike 2 alusel. Hankijal ei ole võimalik analoogia alusel hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid laiendada.

RHSi § 38 lg 4 kohaselt nõuab hankija pakkujalt koos pakkumusega kirjalikku kinnitust, et allhankelepingu alusel vahetult hankelepingu täitmisel osalevatel alltöövõtjatel puuduvad RHSi § 38 lg 1 ja 2 nimetatud hankemenetlusest kõrvaldamise alused. Seega tuleneb RHSi § 38 lg 4, et allhankelepingu alusel vahetult hankelepingu täitmisel osalevatel alltöövõtjatel ei tohi esineda RHSi § 38 lg 1 ja 2 loetletud aluseid ja pakkuja peab hankija nõudmisel kinnitama nende puudumist. Siiski on oluline märkida, et pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamist tema alltöövõtjatel RHSi § 38 lg 1 ja 2 nimetatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluste esinemine kaasa ei too, sest RHSi § 38 lg 1 ja 2 kohaselt saab hankemenetlusest kõrvaldada üksnes pakkuja või taotleja, kellel vastavad alused esinevad.

Seega toob õiguslikke tagajärgi pakkujale kaasa üksnes olukord, kus pakkuja on esitanud alltöövõtjate hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise kohta kinnituse, mis ei ole tõene. Sellisel juhul on pakkuja esitanud hankijale valeandmeid RHSi 3. jaos sätestatud nõuetele vastavuse kohta RHSi § 38 lg 1 p 6 tähenduses ning tuleb samal alusel hankemenetlusest kõrvaldada.

Teise kitsaskohana tuleb märkida vastuolu RHSi § 38 lg 1 p 5 ja § 44 lg 5 vahel. Nimelt § 38 lg 1 p 5 kohaselt kõrvaldatakse hankemenetlusest muuhulgas pakkuja, kes on nimetanud alltöövõtjana hankelepingu täitmisel teist pakkujat. Samas RHSi § 44 lg 5 sätestab keelu esitada pakkujal pakkumust, kui ta on andnud teisele pakkujale nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana hankelepingu täitmisel.

Seega, RHSi § 44 lg 5 sätestab küll keelu esitada pakkumust, kui pakkuja on andnud teisele pakkujale nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana, kuid hankemenetlusest ei ole võimalik sellist pakkujat kõrvaldada. Hankemenetlusest saab kõrvaldada üksnes selle pakkuja, kes on nimetanud alltöövõtjana hankelepingu täitmisel teist pakkujat. Kirjeldatud olukord pani alltöövõtjaid kasutama pakkujad keerulisse olukorda, sest alltöövõtjate

¹⁷ Vaidlustuskomisjoni 15.01.2009 otsus nr 176-08/109132.

kavatsusest esitada isiklik pakkumus sai pakkuja teada alles pakkumuste avamisel ning selles hankemenetluse etapis ei ole pakkujal enda õiguste kaitseks enam midagi ette võtta.

Seega tuli praktikas kõrvaldada pakkuja, kes nimetas oma pakkumuses alltöövõtjad, kes esitasid pakkumuse ka isiklikult. Kuigi RHSi § 44 lg 5 kohaselt oli keelatud pakkumuse esitamine, kui pakkuja on andnud teisele pakkujale nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana, sai hankemenetlusest kõrvaldamine osaks ainult sellele pakkujale, kes oma pakkumuses sellised alltöövõtjad nimetas. Siinjuures ei olnud oluline, kas tegelikult kirjalik nõusolek alltöövõtjate poolt anti või mitte.¹⁸

Tõenäoliselt ei olnud eesmärgiks tekitada selliseid pakkujate kontrolli alt välja jäävaid olukordi ning hankemenetlusest kõrvaldamise eesmärgiks oli likvideerida siiski üksnes need pakkujad, kes lisaks iseseisva pakkumuse esitamisele olid andnud nõusoleku enda nimetamiseks teistes pakkumustes.

3.4 Praktilised probleemid

2008. aastal alanud majanduskriis mõjutas tugevalt ka RHSi rakendamisega seotud küsimusi. Teravalt jõudsid avalikkuse ette mitmed ehitusvaldkonna riigihangete probleemid seoses peatöövõtjate pahatahtliku käitumisega alltöövõtjate suhtes. Levinud olid mitmed skeemid, kuidas hankelepinguid rikuti, alltöövõtjatele tööde eest ei makstud, kuid juriidiliselt korrektsetena osaleti uutes riigihangetes¹⁹. RHSi regulatsioon seaduskuulekatele hankijatele ja pakkujatele vastu ei tulnud. RHSi kohaselt ei olnud hankijal võimalik selliseid pahatahtlikke pakkujaid hankemenetlusest kõrvaldada. Oluline on rõhutada, et Euroopa Komisjoni hinnangul²⁰ tuleks alltöövõtjatele tekitada garantiid olukordadeks, kus peatöövõtja ei tasu tehtud tööde eest.

Lisaks eeltoodule muutus RHSi § 31 lg 1 p 9 oma olemuselt sisutühjaks. Praktikas oli pakkujatel keeruline pakkumuses esitada andmeid alltöövõtjate kohta, sest lõplikud kokkulepped saavutati alles siis, kui hankeleping oli sõlmitud ja pikema kehtivusega hankelepingu korral alles täitmise faasis. Eeltoodu tõi hankelepingu täitmisel kaasa vajaduse muuta oma alltöövõtjaid, mida oli hankija kooskõlastuse korral võimalik ka teha. Seega üldjuhul täitsid hankelepingud alltöövõtjad, keda pakkumuses ei märgitud. Siinkohal on aga oluline märkida, et RHSi § 31 lg 2 p 9 grammatilise tõlgenduse kohaselt ei olnud alltöövõtjate kaasamine hankelepingu täitmisel lubatud, kui pakkuja ei olnud oma pakkumuses alltöövõtjate kaasamise kavatsusest teavitanud.

4. Riigihangete seaduse muutmise alates 01.07.2010

4.1 Vastuolude likvideerimine

Alltöövõtjat kasutava pakkuja kaitsmiseks muudeti RHSi § 38 lg 1 p 5 selliselt, et hankemenetlusest tuleb kõrvaldada pakkuja, kes on andnud teisele pakkujale kirjaliku

¹⁸ Vaidlustuskomisjoni 03.04.2009 otsus nr 37-09/110605.

¹⁹ Äripäev, 01.10.2010 „Toomas Annus: tellijaks riik, levinud skeem“; Äripäev, 17.02.2010 „Facio Ehitus kavaldas kõiki üle“; Äripäev, 21.04.2011 „K-Kate: turul on 4,5 peatöövõtjat, kellele julgeme tööd teha“; Äripäev, 04.11.2010 „Kümned firmad langesid labase petuskeemi ohvriks“.

²⁰ 17.01.1992 Commission of the European Communities „Communication from the Commission to the Council: Towards a European Market in subcontracting.“

nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana. Osundatud muudatusega kaotati ka vastuolu RHSi § 38 lg 1 p 5 sätestatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluste ja RHSi § 44 lg 5 sätestatud pakkumuse esitamise keeldude vahel.

Siinkohal on oluline märkida, et RHSi § 38 lg 1 p 5 kohaselt on hankemenetlusest kõrvaldamise aluseks vastava kirjaliku nõusoleku olemasolu, kuid RHSi § 44 lg 5 ei ole täpsustatud, millises vormis peab vastav nõusolek olema antud.

Hankemenetlusest kõrvaldamise vältimiseks peaksid pakkujad alltöövõtjate kasutamise korral võtma viimastelt ka kirjaliku kinnituse pakkumuse mitte esitamise kohta. Viidatud kinnitus on pakkujale vajalik võimalikes vaidlustes tõendamaks hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumist (juhul kui alltöövõtja, hoolimata pakkujale esitatud kinnitusest esitab pakkumuse ka üksinda).

4.2 Alltöövõtjate kaitsmine

Riigikogu Sotsiaaldemokraatlik Erakond esitas mitmeid alltöövõttu puudutavaid muudatusettepanekuid eesmärgiga kaitsta alltöövõtjaid pakkujate ja taotlejate pahatahtliku käitumise eest pannes hankijale kohustuse kõrvaldada hankemenetlusest pakkujat või taotlejat, kes on jätnud kohustused alltöövõtjate ees täitmata ning lisaks kontrollida ka pakkujat kvalifitseerimisel tema võimekust täita kohustusi alltöövõtjate ees²¹. Muudatusettepanekud olid järgmises sõnastuses:

1. RHSi § 38 lõiget 1 täiendada uue punktiga 7 järgmises sõnastuses „7) kes on varasematel riigihangetel jätnud täitmata kohustused alltöövõtjate ees.”.
2. RHSi § 38 lõige 3 punkti 1 muuta järgmises sõnastuses „1) kirjaliku kinnituse esitamist käesoleva paragrahvi lõike 1 punktides 1-3 ja 7 nimetatud asjaolude puudumise kohta.”.
3. RHSi § 39 lõige 1 muuta järgmises sõnastuses „(1) Hankija peab kontrollima, kas pakkujat või taotlejat majanduslik ja finantsseisund ning tehniline ja kutsealane pädevus vastavad hanketeates esitatud kvalifitseerimise tingimustele, ning võimaldab täita kohustusi alltöövõtjate ees. Kvalifitseerimise tingimused peavad olema piisavad pakkujat või taotlejat hankelepingu nõuetekohase täitmise võime tõendamiseks ning vastavad ja proportsionaalsed hankelepingu esemeks olevate asjade, teenuste või ehitustööde olemuse, koguse ja otstarbega.”

Juhtivkomisjon Sotsiaaldemokraatliku Erakonna ettepanekuid ei toetanud põhjendusega, et hankijatel puudub võimalus kontrollida ja objektiivselt hinnata pakkujate või taotlejate kohustuste täitmist alltöövõtjate ees nagu ka pakkujat või taotlejat majanduslikku ja finantsseisundit sellest aspektist, et kas see võimaldab täita kohustusi alltöövõtjate ees. Komisjoni liikmed leidsid, et tegemist on eraõigusliku lepinguga kahe isiku vahel ning nendevahelistes vaidlustes saab hinnangu anda üksnes kohus kuivõrd teinekord võivad võlgnevused alltöövõtjatele olla tingitud lepingujärgse töö halvast kvaliteedist või tähtaja ületamisest.

Siiski arutati Riigikogu majanduskomisjonis erinevaid võimalusi tekkinud alltöövõtjate olukorra lahendamiseks, mis ei tekitaks hankijale koormavat hindamiskohustust. Prooviti leida lahendust, mida hankijad praktikas ka kasutaksid ning mis ei tõstaks oluliselt hankemenetluse läbiviimise aega ning hankija üleüldist halduskoormust.

²¹Riigikogu majanduskomisjoni 05.04.2010 istungi protokoll nr 201. Arvutivõrgus kättesaadav: [http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&content_type=text/html&page=pub_ooc_file&file_id=991754&u=20110822152128&mnsplk=05.04.2010&fd=20.07.2010&komisjon=MAK \(22.08.2011\).](http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&content_type=text/html&page=pub_ooc_file&file_id=991754&u=20110822152128&mnsplk=05.04.2010&fd=20.07.2010&komisjon=MAK (22.08.2011).)

Kokkuvõttes leiti, et täiendavate hankemenetlustest kõrvaldamise aluste lisamine riigihanke direktiivide valguses ei ole võimalik. Euroopa Kohtu praktika kohaselt on piiratud need juhud, millal saab rakendada imperatiivset kõrvaldamisalust. Kõik muu peab Euroopa Kohtu hinnangul olema kaalutusõigusega hõlmatud. See tähendab, et hankija peab alati saama kaalutleda rikkumise olulisust ning alati tuleb tagada pakkujale õigus olla ärakuulatud ja esitada omapoolseid seisukohti.

Täiendava hankemenetlustest kõrvaldamise aluse loomist pärsib ka asjaolu, et Eestis ei ole loodud riikliku andmebaasi, kust oleks võimalik kontrollida sõlmitud hankelepinguid ning nende täitmisel esinenud probleeme ja erakorralise lõpetamise põhjuseid. Isegi, kui selline andmebaas oleks olemas, muutuks see praktikas kasutuks, kuna üldjuhul väldivad hankijad hankelepingute erakorralist lõpetamist, mistõttu lõpetatakse hankelepingud pooltevahelisel kokkuleppel.

Kui RHS tooks pakkuja jaoks kaasa negatiivseid tagajärgi seoses hankelepingu erakorralise lõpetamisega, siis tekitaks see kindlasti mitmeid hankelepingu täitmisega kohtuvaidlusi, mis muudaks omakorda hankijatel keeruliseks problemaatiliste hankelepingute erakorralise lõpetamise. Arvestades, et kohtuvaidluseks kulub vähemalt paar aastat, on hankija jaoks kergem hankeleping lõpetada poolte kokkuleppel ja korraldada uus riigihange, kui asuda kohtuteele. Lisaks tuleb ka märkida, et erakorraliselt lõpetatud lepingutele saab tugineda üksnes siis, kui kohtumenetlus on lõppenud ja olemas on jõustunud kohtulahend või erakorralise lõpetamise vaidlustamise aeg on lõppenud.

Ainsaks tõenäoliseks lahenduseks on RHSi § 38 lg 2 p 1 ettenähtud aukohtu otsus, mille instituudi rakendamise ettepaneku on Rahandusministeerium teinud nii Eesti Ehitusettevõtjate Liidule, Projektbüroode Liidule ning Eesti Infotehnoloogia ja Telekommunikatsiooni Liidule. Aukohtu instituudi loomisega tuleks RHSis sätestada ka vastavate otsuste ajaline vaade ehk tähtaeg, mille jooksul aukohtu otsustele saab tugineda.

RHSi § 38 lg 2 p 1 kohaselt on hankijal võimalik kõrvaldada hankemenetlustest ka pakkuja, kes on näiteks ametiliidu juhatuse otsusega ametiliidust välja heidetud. Hetkel kehtiva sõnastuse järgi peaks hankija selleks tuvastama raske süülise eksimuse kutse- ja ametialaste käitumisreeglite vastu, kui see ei ole juba tuvastatud vastavas otsuses

Olenemata aukohtu instituudi loomisest tuleks RHSi § 38 lg 2 p 1 siiski muuta osas, mis puudutab eksimuse süü tõendamist, kuivõrd direktiivi 2004/18/EÜ artikli 45 lg 2 p d kohaselt piisab hankemenetlustest kõrvaldamiseks üksnes raske eksimuse tõendamisest.

4.3 Alltöövõtjate hankemenetlustest kõrvaldamise aluste kontrollimine

RHSi ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu (665 SE) seletuskirja²² (edaspidi nimetatud eelnõu 665SE seletuskiri) kohaselt tekkis RHSi § 38 lõike 4 muutmise vajadus pakkuja kohustusest kinnitada hankijale, et tema alltöövõtjatel puuduvad RHSi § 38 lõikes 2 nimetatud kõrvaldamise alused. Muudatuse kohaselt ei ole pakkuja kohustatud hankijale kinnitama, et tema poolt kasutatavatel allhankijatel puuduvad § 38 lõikes 2 nimetatud kõrvaldamise alused, kuna lõikes 2 nimetatud kõrvaldamise aluste esinemisel on

²² Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde (665SE). Arvutivõrgus kättesaadav <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=896065&u=20110901123425>.

hankijal sellise pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamiseks kaalutusõigus. Hankija sõlmib hankelepingu pakkujaga, mitte tema alltöövõtjaga, mistõttu ei ole vajalik pakkuja alltöövõtjatel lõikes 2 nimetatud kõrvaldamise aluste esinemist kontrollida. Lõikes 1 nimetatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid kontrollib hankija jätkuvalt pakkuja sellekohase kinnituse alusel.

Kui enne 01.07.2010 kehtinud RHSi redaktsiooni § 38 lg 4 kohaselt nõudis hankija pakkujalt koos pakkumusega kirjalikku kinnitust, et allhankelepingu alusel vahetult hankelepingu täitmises osalevatel alltöövõtjatel puuduvad RHSi § 38 lõigetes 1 ja 2 nimetatud alused, siis alates 01.07.2010 jõustunud RHSi § 38 lg 4 muudatuse kohaselt nõuab hankija pakkujalt koos pakkumusega kirjalikku kinnitust üksnes RHSi § 38 lõikes 1 nimetatud aluste puudumise kohta.

Analüüsi koostajale jääb arusaamatuks nimetatud sätte vajalikkus, kuivõrd hankemenetlusest kõrvaldada saab üksnes pakkuja, kellel esinevad RHSi § 37 lõikes 1 nimetatud hankemenetlusest kõrvaldamise alused. Viidatud sätte sõnastus ei võimalda kõrvaldada hankemenetlusest pakkujat, kes

- a) esitab RHSi § 38 lg 4 nõutud kinnituse, kuid tunnistab, et tema alltöövõtjatel esineb mõni RHSi § 38 lõikes 1 sätestatud alus;
- b) ei esita RHSi § 38 lg 4 nõutud kinnitust.

Pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine on võimalik üksnes juhul, kui pakkuja esitab oma alltöövõtjate kohta valeandmeid (RHS § 38 lg 1 p 6). Hankemenetlusest kõrvaldamise alused on imperatiivselt loetletud RHSi § 38 lõikes 1 ning hankija ei saa neid omal initsiatiivil analoogia alusel juurde tekitada. Kui seaduslooja soov oli mitte sõlmida hankelepingut pakkujaga, kelle alltöövõtjal esinevad hankemenetlusest kõrvaldamise alused, siis oleks pidanud vastavalt muutma RHSi § 38 sätestatud hankemenetlusest kõrvaldamise aluseid. Sellise muudatuse võimalikkus on aga riigihangete direktiivide valguses kaheldav.

4.4 Alltöövõtjate vahetamine

Eelnõu 665SE seletuskirja kohaselt tingis alltöövõtjate vahetamise regulatsiooni sätestamine praktikas esinenud probleem, kus hankes osalevatel pakkujatel on alltöövõtjad, kellest kõikidel on ka maksuvõlad, mistõttu tuleb kõik pakkujad hankemenetlusest kõrvaldada ning hankija on kohustatud hankemenetluse lõpetama. Nimetatud olukord tähendaks aga uut hankemenetlust ning täiendavat ajakulu. Muudatustega anti pakkujale võimalus vahetada pakkumuses märgitud alltöövõtjaid (iga alltöövõtjat üks kord), kellel esinevad hankemenetlusest kõrvaldamise alused. Osundatud võimalust saab siiski kasutada üksnes nende alltöövõtjate suhtes, kelle vahenditele või näitajatele ei ole pakkuja RHSi § 40 lg 3 või RHSi § 41 lg 6 alusel tuginenud.

Analüüsi koostajale jääb jällegi selgusetuks eelnõu 665SE seletuskirjas viidatud praktiliste probleemide esinemine, kuivõrd RHSi § 38 lõike 1 kohaselt ei ole võimalik hankemenetlusest kõrvaldada pakkujat, kelle alltöövõtjatel esinevad hankemenetlusest kõrvaldamise alused (vaata punkt 4.3).

Analüüsi koostaja hinnangul esineb ka vastuolu RHSi § 38 lg 4¹ viimase lause „*Alltöövõtja vahetamise õigus puudub juhul, kui pakkuja on hankemenetluses kvalifitseeritud alltöövõtja vahendite või näitajate alusel*“ ning RHSi § 41 lg 3 ja § 41 lg 6 vahel. Pakkujal peaks jääma võimalus vahetada alltöövõtjat ka juhul, kui ta on oma kvalifikatsiooni tõendamiseks

tuginenud alltöövõtja vahenditele või näitajatele. Sellisel juhul tuleb hankijal § 39 lõike 3 alusel kontrollida uuesti pakkuja kvalifikatsiooni ning vajadusel teha pakkuja kvalifitseerimise kohta uus otsus. Kuigi RHSi § 38 lg 4¹ grammatiline tõlgendus ei luba pakkujal vahetada alltöövõtjat, kui pakkuja on hankemenetluses kvalifitseeritud alltöövõtja vahendite või näitajate alusel, siis eelnõu 665 SE seletuskiri sellisele võimalusele siiski viitab.

5. Riigihangete seaduse muutmise alates 01.01.2011

Poole aasta möödudes muudeti RHSi uuesti. Muutmise põhjuste seas oli muuhulgas ka alltöövõtjate kohta informatsiooni küsimise väljajätmine. RHSi muutmisega sooviti tunnistada kehtetuks sätted, mille kohaselt oli hankijal õigus küsida informatsiooni alltöövõtjate kohta ning pakkujate kohustus sellist informatsiooni alltöövõtjate kohta esitada.

Riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu 860SE seletuskirja²³ (edaspidi nimetatud eelnõu 860SE seletuskiri) kohaselt oli muudatus ajendatud asjaolust, et praktikas on informatsioon alltöövõtjate kohta üksnes formaalse sisuga, millega kaasnes põhjendamatu halduskoormus nii hankijatele kui ka pakkujatele. Praktikas oli keeruline hankelepingu täitmisel kasutada alltöövõtjaid, kes olid märgitud pakkumuses. Seda eelkõige seetõttu, et pikaajaliste hankelepingute korral on võimatu prognoosida alltöövõtjate ajagraafikut ja võimekust. Seega ei saavuta hankija alltöövõtjate andmete nõudmisega täielikku kindlust, et pakkumuses märgitud alltöövõtjad realselt ka märgitud töid teostavad. Pakkuja ja alltöövõtja sõlmitud kokkulepped ei ole eellepingud võlaõigusseaduse tähenduses, mistõttu ei ole need hankelepingu täitmise ajal õiguslikult siduvad.

Kuivõrd hankelepingu täitmisel vastutab hankija ees peatöövõtja, siis ei ole eelnõu 860SE seletuskirja kohaselt Rahandusministeeriumi hinnangul ka oluline alltöövõtjate individuaalne seisund (tegemist võlaõigusliku suhtega alltöövõtja ja peatöövõtja vahel, mida reguleerib võlaõigusseadus). Töövõtja vastutab hankija ees ka kõikide alltöövõtjate tehtud tööde eest (direktiivi 2004/18 artikkel 25).

Ehitusettevõtjate Liit selgitas oma muudatusettepanekutes²⁴, et pakkujatel ja taotlejatel ei ole võimalik ega ka otstarbekas pikemaajaliste hankelepingute korral sõlmida juba pakkumuste esitamise ajaks alltöövõtjatega siduvaid kokkuleppeid. Konkreetset kokkulepped alltöövõtjatega tehakse peale hankelepingu sõlmimist, sest enne hankemenetluse algust sõlmitud kokkulepped ei pruugi olla peale veninud hankemenetlust täidetavad (alltöövõtjad võivad olla pankrotis, oma tegevuse lõpetanud jms). Lisaks, Eestis kehtiva võlaõigusliku põhimõtete kohaselt ei eelda seadusandja, et töövõtja peaks kokkulepitud töö teostama isiklikult (VÕS § 635 lg 3).

Lisaks alltöövõtjate kohta andmete küsimist puudutava sätte, RHSi 31 lg 2 p 9, kehtetuks tunnistamisega, muudeti mitmeid osundatud sättega seotud sätteid alltöövõtjaid puudutavas osas.

1. RHSi § 37 lg 4 sätestas hankijale kohustuse märkida riigihanke aruandes lisa allhankelepingute alusel hankelepingu vahetus täitmisel osalenud olulisemad alltöövõtjad

²³ Seletuskiri riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde (860SE). Arvutivõrgust kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=1215935&u=20110901124039>.

²⁴ Lisa riigihangete seaduse ja sellega seonduvate seaduste muutmise seaduse eelnõu 860SE seletuskirja juurde. Märkuste ja ettepanekute tabel.

- koos nende tehtud soorituse kirjelduse või allhankelepingu maksumusega. Osundatud sätet muudeti ning eemaldati muuhulgas allhankelepinguid puudutav sätte osa.
2. RHSi § 38 lg 5 sätestas hankijale võimaluse pakkujal, taotlejal või pakkuja alltöövõtjal RHSi § 38 lg 1 p 1-4 nimetatud aluste esinemise põhjendatud kahtluse korral
 - a) nõuda pakkujalt või taotlejalt nimetatud aluste puudumise kohta vastavat karistusregistri teadet või esitada järelepärimise karistusregistri volitatud töötlejale või
 - b) nõuda pakkuja või taotleja või pakkuja alltöövõtja asukohariigi kohtu- või haldusorgani väljastatud samaväärset dokumenti või muu selleks volitatud ametiasutuse väljastatud tõendit või
 - c) nõuda pakkuja või taotleja kirjalikku volitust pöörduda asjakohaste ametiasutuste poole nimetatud aluste puudumise kohta kinnituse saamiseks.Osundatud sättest eemaldati alltöövõtjaid puudutav osa.
 3. Täies ulatuses tunnistati kehtetuks ka RHSi § 38 lg 4-4², mis käsitlesid alltöövõtjate kohta hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise kinnitamist ning alltöövõtjate vahetamist. Tegu oli sätetega, mis pool aastat tagasi lisandusid ning pidid väidetavalt lahendama praktikas esile kerkinud probleeme pakkujate hankemenetlusest kõrvaldamisega (vt punkt 4.4).
 4. RHSi § 31 lg 2 p 9 kehtetuks tunnistamisega muudeti ka RHSi § 47 lg 3 sõnastust, mis eelnevalt sätestas hankijale kohustuse lükata muuhulgas tagasi pakkumuse, milles ei ole esitatud RHSi § 31 lõike 2 punktis 9 sätestatu kohaselt nõutud tingimust ehk alltöövõtjate kasutamise korral ja nende andmete esitamisele lisatud nõusolekut tingimusele, mille kohaselt pakkuja võib kaasata hankelepingu mahust olulise osa täitmisel muid alltöövõtjaid üksnes hankija nõusolekul pärast nende suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise kohta kinnituse saamist. RHSi § 47 lg 3 uus sõnastus seoti uue, RHSi § 31 lõikes 8¹ tingimusega. RHSi § 31 lg 8¹ kohaselt pidi hankija, hankelepingu sõlmimise korral, mille täitmine on seotud intellektuaalse omandiga esitama pakkujale või taotlejale hankedokumentides nõude kinnitada hankelepingu täitmiseks vajalike intellektuaalse omandi õiguste olemasolu ning nimetatud kinnituse esitamata jätmine toob RHSi § 47 lg 3 kohaselt kaasa pakkumuse tagasilükkamise.

Alltöövõtjaid puudutava regulatsiooni eemaldamine ei tähenda aga seda, et alltöövõtu küsimusi ei oleks võimalik hankijal kuidagi reguleerida. Hankijal on lubatud hankelepingu tingimuste määramisel lisada tingimusi ka alltöövõtjate kasutamise kohta.

Hankelepingus alltöövõttu puudutava regulatsiooni sätestamist toetab ka direktiivi 2004/18/EÜ artikkel 25, kuivõrd osundatud sätte kohaselt on võimalik siseriiklikult jätta ostjale õigus nõuda pakkujalt alltöövõtjate andmete ning allhankemahu esitamist lepingudokumentides. Teadmata põhjustel otsustati RHSis võtta üle rangem regulatsioon, kohustades ostjat eelpool nimetatud informatsiooni nõudma juba pakkumuses.

RHSi regulatsiooni analoogiat kasutades on võimalik hankelepingus nõuda teatud arvu päevade möödumisel hankelepingu sõlmimisest või enne tööde teostamise etappidega alustamist (olukorras, kus hankelepingu täitmine on etappideks jaotatud) alltöövõtjate andmete esitamist ning sätestada, et esitatud nimekirja muutmine on lubatud üksnes hankija eelneval kooskõlastusel. Lisaks on võimalik ette näha alltöövõtjate poolt teostatud tööde eest tasumine hankija poolt otse alltöövõtjale. Eeltoodu juures peab aga hankija arvestama, et sekkudes pea- ja alltöövõtja tegevusse tekitatakse endale juurde täiendavaid ülesandeid, mis seonduvad alltöövõtjate tegevuse kontrollimisega.

Oluline on rõhutada, et kvalifikatsiooni on endiselt võimalik alltöövõtjate pinnalt tõendada tuginedes teise isiku vahenditele (RHS § 40 lg 3) ja näitajatele (RHS § 41 lg 6).

5.1 Muutmata jäänud alltöövõttu puudutavad sätted

5.1.1 Hankemenetlusest kõrvaldamise alused

Kuivõrd eelnõu 860SE kohaselt tunnistati kehtetuks säte, millega kohustati hankijat nõudma pakkumuses kavandatavate alltöövõtjate andmete esitamist, vajab muutmist ka RHSi § 38 lg 1 p 5 ning RHSi § 44 lg 5 osas, mis sätestab pakkumuses alltöövõtja nimetamise.

RHSi § 38 lg 1 p 5 kohaselt tuleb hankijal hankemenetlusest kõrvaldada pakkujat, kes on andnud teisele pakkujale kirjaliku nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana hankelepingu täitmisel. Samuti ei ole RHSi § 44 lg 5 kohaselt lubatud pakkujal esitada pakkumust, kui ta on andnud teisele pakkujale nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana hankelepingu täitmisel.

Esmalt tuleb hinnata, kas sätete muutmise vajadus on üksnes osas, mis käsitleb pakkumuses alltöövõtja nimetamist, mis RHSi § 31 lg 2 p 9 kehtetuks muutmiselega muutus sisutühjaks või tuleks vajaduse puudumise tõttu tunnistada kehtetuks terve sätte osa, mis keelab pakkujal esitamast pakkumust, kui ta on andnud kirjaliku nõusoleku osaleda hankelepingu täitmisel alltöövõtjana.

Analüüsi koostaja püüdis tuvastada põhjuseid keelamaks pakkujal esitada pakkumust, kui ta on andnud kirjaliku nõusoleku osalemaks alltöövõtjana hankelepingu täitmisel. Ainsaks põhjuseks saab pidada alltöövõtjate eelist pakkumuse maksumuse määramisel, kuivõrd alltöövõtjal on võimalik peatöövõtjatele hinna andmisel tekitada enda pakkumuse esitamisel eelised. Eriti nende peatöövõtjate osas, kes esitaksid pakkumuse 100% ulatuses alltöövõtul põhinevana (alltöövõtja annab peatöövõtjale suurema hinna, kui ta märgib enda pakkumuses). Eeltoodu loob võimaluse konkurentsi manipuleerimiseks ning võib kaasa tuua pakkujate ebavõrdse kohtlemise, mis on RHSi üldpõhimõtete kohaselt keelatud.

Analüüsi koostaja hinnangul on RHSi § 38 lg 1 p 5 ning § 44 lg 5 osas, mis puudutab alltöövõtja kirjalikku nõusolekut sisutühi, kuivõrd sellise nõusoleku puudumine ei too kaasa pakkujat ega ka alltöövõtja jaoks negatiivseid tagajärgi. Pakkujal ei ole kohustust alltöövõtjalt nõuda ega alltöövõtjal kohustust pakkujale anda kirjalikke nõusolekuid hankelepingu täitmisel osalemiseks. Samas ei ole pakkujal ka vajadust selliseid nõusolekuid võtta, kuivõrd tegu ei ole õiguslikult siduvate dokumentidega.

Eeltoodust tulenevalt tuleks kehtetuks tunnistada RHSi § 38 lg 1 p 5 lauseosa „[...] või andnud teisele pakkujale kirjaliku nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana hankelepingu täitmisel“ ning RHSi § 44 lg 5 viimane lause „[...] Pakkujat ei või esitada pakkumust, kui ta on andnud teisele pakkujale nõusoleku enda nimetamiseks pakkumuses alltöövõtjana hankelepingu täitmisel“.

5.1.2 Allhanke piiramine

RHSi § 31 lg 7 andis hankijale võimaluse teenuste või ehitustööde hankelepingu sõlmimise korral piirata allhanke mahtu, sätestades hankedokumentides nõude, et pakkujat osutaks olulise osa teenustest või teeks olulise osa ehitustöödest (täidaks olulise osa hankelepingust)

ise. Selline allhanke piiramine peab olema hankelepingu olemusest lähtuvalt vajalik hankelepingu täitmise kvaliteedi tagamiseks, hankelepingu täitmise kontrollitavuse tagamiseks või muul objektiivsel põhjusel ja kooskõlas vastavas valdkonnas kehtivate heade äritavadega. Allhanke piiramist ei kohaldata allhankele pakkujaga seotud ettevõtjalt.

VÕSi § 635 lg 3 kohaselt eeldatakse, et töövõtja ei pea täitma lepingust tulenevaid kohustusi isiklikult, mis viitab selgelt pakkuja õigusele kasutada alltöövõttu. Ka Euroopa Kohtu kohtupraktika²⁵ kohaselt on pakkujal põhimõtteliselt õigus pöörduda lepingu täitmisel abi saamiseks alltöövõtjate poole, isegi kui see tähendab, et suur osa lepingust või kogu lepingu teostavad alltöövõtjad. Lepingu peamiste osade allhanget võib piirata või keelata üksnes juhul, kui hankijal ei olnud võimalik kontrollida alltöövõtjate tehnilist ja majanduslikku suutlikkust. Seega saab allhanke piiramine olla seotud üksnes asjaoluga, et hankijal ei ole võimalik kontrollida allhankija kvalifikatsiooni.

Eeltoodust tulenevalt ei ole analüüsi koostaja hinnangul allhanke piiramine kooskõlas VÕSi ja Euroopa Kohtu kohtupraktikaga ning RHSi § 31 lg 7 tuleks tunnistada kehtetuks.

5.1.3 Pakkuja kvalifitseerimine alltöövõtjate andmetele tuginedes

Pakkujal on endiselt võimalik oma kvalifikatsiooni tõendada teiste isikute, sealhulgas alltöövõtjate pinnalt, tuginedes nende vahenditele (RHS § 40 lg 3) ja näitajatele (RHS § 41 lg 6).

Hankijal on õigus nõuda teenuste hankelepingu puhul pakkuja või taotleja tehnilise ja kutsealase pädevuse kvalifitseerimise tingimustele vastavuse kontrollimiseks RHSi § 41 lg 1 p 9 kohaselt hankelepingu osa suurust, mille suhtes pakkuja või taotleja kavatses sõlmida allhankelepinguid. Eeltoodud nõue on asjakohane juhul, kui pakkuja tõendab oma kvalifikatsiooni alltöövõtjate näitajate alusel vastavalt RHSi § 41 lg 6.

Nimetatud sätted tulenevad 2004/18/EÜ direktiivist ning on seotud artikli 25 ja artikli 48 lg 2 punktidega b) ja i), mille eesmärgiks on eemaldada takistused teenuse vaba liikumise osas hankelepingute sõlmimisel, mistõttu nende vajadus ja asjakohasus RHSis on piisavalt põhjendatud.

5.1.4 Hankemenetlus võrgustikega seotud valdkonnas

Tõestus, et allhanke piiramine ei ole kooskõlas riigihanke direktiividega tuleneb ka direktiivi 2004/18/EÜ artiklist 60, mis ehitustööde kontsessiooni korral annab hankijale võimaluse nõuda alltöövõtu kasutamist. RHSis reguleerib osundatud õigust § 74, mis annab hankijale võimaluse ehitustööde kontsessiooni korral nõuda, et kontsessioonäär sõlmiks allhankelepinguid vähemalt 30% ulatuses ning kontsessioonitaotleja näitaks kontsessioonitaotluses, kui suures osas kavatsetakse allhankelepinguid sõlmida.

²⁵ Euroopa Kohtu 18.03.2004 otsus asjas C-314/01, p 45.

6. Roheline raamat

Euroopa Komisjoni viimase uuringu²⁶ kohaselt kasutatakse liikmesriikides alltöövõttu suhteliselt harva või ei ole alltöövõtjate kohta andmete nõudmine liikmesriikides kohustuslik. (EU-30 riikide keskmisest hankelepingute arvust 2006. aastal 9%, 2009. aastal 7%). Kui 2009. aastal oli Eestis kõikidest hankelepingutest teostatud alltöövõttu kasutades 15%, siis Soome vastav näitaja oli vaid 3% ning suurima mahuga Ungari lausa 25%. Suurematest liikmesriikidest olid väiksemad näitajad Prantsusmaal (5%) ja Ühendkuningriikidel (3%) ning suurimad Saksamaal (13%) ja Hispaanial (22%).

Tõenäoliselt ei pea liikmesriigid alltöövõtjate kohta andmete kogumist oluliseks, kuivõrd hankeleping sõlmitakse pakkujaga mitte alltöövõtjaga.

27. jaanuaril 2011. a avaldatud riigihangete rohelises raamatus märgiti ühe arutelu vääriva teemana ära ka alltöövõtjate küsimus ja seda eelkõige põhjusel, et praegusel ajal kehtivates direktiivides sisalduvad alltöövõtjate kasutamisele piiratud eeskirjad, kuigi Euroopa Kohtu kohtupraktika kohaselt on pakkujal põhimõtteliselt õigus pöörduda lepingu täitmiseks abi saamiseks alltöövõtjate poole, isegi kui see tähendab, et suur osa lepingust või kogu lepingu teostavad alltöövõtjad. Lepingu peamiste osade allhanget võib piirata või keelata üksnes juhul, kui hankijal ei olnud võimalik kontrollida alltöövõtjate tehnilist ja majanduslikku suutlikkust.

Komisjon viitas, et mõni sidusrühm soovib alltöövõtu kasutamise suhtes rangemaid piiranguid, et hankijad saaksid lepingu täitmist rohkem mõjutada. Nad toetavad näiteks võimalust jätta allhankelepingud välja täielikult või vähemalt lepingu peamiste osade puhul või piirata seda teatava protsendini lepingust või kehtestada hankijatele üldine õigus lükata tagasi pakutud alltöövõtjad. Nimetatud allhanke piirang on sätestatud juba RHS § 31 lg 7.

Lisaks allhanke piiramise võimalusele on Komisjon viidanud ka vajadusele toetada VKEde osalemist riigihangetel, näiteks muutes alltöövõtjate kasutamise teatud valdkondades kohustuslikuks ja määraates kohustusliku makseperioodi. Probleemid, millele Euroopa Komisjon VKE-de osas viitab ei ole Eesti siseturu kontekstis asjakohased, samuti ei viita probleemidele ka teiste liikmesriikide seisukohad, mis valdavas osas ei näe vajadust alltöövõtu regulatsiooni muutmiseks.

Euroopa Komisjoni soov alltöövõtjate regulatsiooni täpsustamiseks on seotud eesmärgiga toetada VKE-de tegevust Euroopa turul. Ettevõtjate jaoks on ilmselgelt kasulikum võita hankelepinguid ise. Samas võivad VKE-d teatud olukordades pakkuda lisaväärtust spetsialiseeritud või uuenduslike toodete või teenuste näol.

Saksamaa õiguse kohaselt peab hankija sätestama dokumentides, et edukas pakkuja ei tohi kehtestada oma alltöövõtjatele tema ja ostja vahel kokku lepitud tingimustest ebasoodsamaid tingimusi, seda eelkõige seoses maksekorraldustega. Alltöövõtjatele tasumisega seoses võivad ostjad lisada lepingudokumentidesse ka klauslid tagamaks, et nende tarnijad tasuvad alltöövõtjatele õigel ajal ning et maksed liiguvad tarneahelas allapoole.

Liikmesriikide tagasiside põhjal rohelisele raamatule saab märkida, et suurem osa hankijatest pooldab alltöövõtu küsimustes suurema voli omamist, kuivõrd ülejäänud osa on sellele vastu.

²⁶ Commission staff working paper Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation Part 1.

Ettepanekutest on välja toodud nii alltöövõtjate kõrvaldamist kui ka allhanke piiramist. Lisaks peetakse oluliseks õigust nõuda nii pakkujate kui ka alltöövõtjate vastavust sotsiaalsetele tingimustele ja tööseadusele. Märkimisväärne on ka asjaolu, et allhankega seotud küsimustele vastamist pidas oluliseks vaid 39% vastanutest.²⁷

Eesti seisukoht antud küsimuses oli mitte toetada allhangete reguleerimist riigihangete-eeskirjadega, kuna kuigi allhanked on riigihangete õigusega kaasnev teema, ei ole tegemist otseselt riigihanke küsimusega ning riigihangete regulatsioon ei peaks allhankeid täpsemalt reguleerima. Tegemist on eraõiguse sfääri jääva küsimusega, mida ei tuleks RHSi tasemel lahendada.

7. Allhanked kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas

Alltöövõtjate kasutamist soosib ka kaitse- ja julgeolekuvaldkonna direktiiv 2009/81/EÜ, mille preambula punktis 40 julgustatakse liikmesriike siseriiklikus õigusaktis sätestama õiguse või kohustuse teatud osas alltöövõtu kasutamise ning kasutama seeläbi ära alltöövõtu eeliseid. Lisaks peaksid liikmesriigid teavitama kõiki millised on allhankelepingute puhul läbipaistva ja konkurentsivõimelise pakkumuse ning tarnijate mitmekesisuse eelised, ning arendama ja edendama parimaid tavasid tarneahale juhtimise alal. Alltöövõtu küsimuste olulisusele viitab ka asjaolu, et regulatsioon on antud küsimuses oluliselt põhjalikum kui see on olnud 1993. aasta või 2004. aasta direktiivides. 2009/81/EÜ direktiivis on sätestatud allhankelepingu mõiste (artikkel 1 p 22) ning allhangete kohta on eraldi artikkel (21), mis sisaldab seitset lõiget ning eraldi jaotis (III) kahe peatükiga.

Erinevalt 2004. aasta riigihanke direktiivides kasutatud alltöövõtu regulatsioonist, mis seni piirdus üksnes andmete esitamisega pakkumuses, on kaitse- ja julgeolekuvaldkonna direktiivis 2009/81/EÜ ette nähtud eeskirjad rakendatavad nii pakkumuse esitamise faasis kõikidele pakkujatele kui ka eduka pakkuja suhtes allhankelepingute sõlmimisel (artikkel 50). Seega asub direktiiv reguleerima ka pea- ja alltöövõtjate omavahelisi suhteid kohustades pakkujat allhankelepingute sõlmimisel järgima riigihanke üldpõhimõtteid läbipaistvuse, võrdse kohtlemise ja mittediskrimineeriva põhimõtte osas (artikkel 51) ning ostjat sätestama alltöövõtjate kvalitatiivse valiku kriteeriumid, mis peavad olema objektiivsed, mittediskrimineerivad ja kooskõlas pakkujale hanketeates sätestatud kvalifikatsiooni tingimustega (artikkel 53). Lisaks eeltoodule võib liikmesriik kohustada pakkujaid kuni 30% ulatuses riigihanke mahust sõlmima allhankelepinguid.

Allhankelepingute sõlmimiseks peab pakkuja avalikustama oma kavatsused teate avaldamise teel, mis sisuliselt tähendab pakkujate jaoks allhankelepingute sõlmimiseks avalikku konkurssi.

Eeltoodust tulenevalt selgub, et kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihangete läbiviimisel soovib vastav direktiiv liikmesriikidel sekkuda ka allhankelepingute sõlmimisse pakkujate poolt. Nimetatud protseduuri avalikkus viitab vajadusele avada allhanketurg paljudele huvitatud ettevõtetele ning lubada allhankelepinguid täitma ettevõtted, kes vastavad ostja poolt ettenähtud kvalitatiivsetele kriteeriumitele.

²⁷ European Commission „Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. Synthesis of replies”.

Nimetatud regulatsioon ei aita aga Eestis tekkinud praktiliste probleemide lahendamist vaid suurendab oluliselt halduskoormust, mistõttu ei ole analüüsi koostaja hinnangul nimetatud regulatsiooni ülevõtmine RHSi vajalik.

Oluline on märkida, et sarnasel seisukohal on ka Suurbritannia²⁸, kes planeerib direktiivist üle võtta vaid need sätted, mis on seotud ostja kaalutusotsusega (see annab võimaluse ostjatel iga juhtumi korral eraldi hinnata, kas allhankeid puudutavad meetmed aitavad kaasa parima kvaliteedi ja hinna tekkimisele ning loovad võimalusi kõikidele Euroopa Liidu liikmesriikide VKEdele. Samuti välistab otsustusõigus tekkiva bürokraatia, eelkõige olukordades, kus see ei täida oma eesmärki). Suurbritannia ei planeeri üle võtta artikli 21 lõiget 4, mis kohustab pakkujaid sõlmima teatud mahus allhankelepinguid ning ei näe vajadust ka alltöövõtjate suhtes kvalifikatsiooni kontrolli teostamiseks (nimetatud meetmed asetavad pakkujatele suure administratiivkoormuse. Lisaks, ei pruugi alltöövõtjatel olla vahendeid, et kanda kvalifitseerimise tingimustest tulenevaid tehnilisi, finantsilisi või ärilisi riske).

8. Kokkuvõte ja järeldused

Alltöövõtu regulatsioon RHSis on viimaste aastate jooksul tekitanud praktikas mitmeid probleeme, mida on püütud lahendada viimaste RHSi muudatustega ning mida püütakse lahendada ka tänasel päeval. Nimetatud probleemid võib jagada sisuliselt kaheks, mis tulenevad alltöövõtjate andmete esitamisest ning hankelepingu täitmisega seotud rikkumistest.

Alltöövõtjate andmete esitamisega seotud probleeme püüti lahendada nii 1. juulist 2010 kui ka 1. jaanuarist 2011 jõustunud RHSi redaktsiooniga. Esimese RHSi muudatustega nägi seadusandja ette alltöövõtjate vahetamise regulatsiooni (RHS § 38 lg 4¹⁻⁴), mille tingis vastava eelnõu seletuskirja kohaselt praktikas esinenud probleem, kus pakkumuse märgitud alltöövõtjatel esinesid maksuvõlad, mistõttu tuli pakkujat ja teinekord ka kõik pakkujad hankemenetlusest kõrvaldada. Nimetatud olukord tähendaks aga uut hankemenetlust ning täiendavat ajakulu hankelepingu sõlmimiseks. Muudatuse sisuks oli pakkujat õigus pakkumuses märgitud alltöövõtjaid, kellel esinevad hankemenetlusest kõrvaldamise alused, üks kord vahetada. Analüüsi koostajale jäi selgusetuks eelnõu seletuskirjas toodud praktikast tulenev põhjendus, kuna RHSi § 38 lõike 1 kohaselt ei ole võimalik hankemenetlusest kõrvaldada pakkujat, kelle alltöövõtjatel esinevad hankemenetlusest kõrvaldamise alused vaid üksnes pakkujat, kellel vastavad alused esinevad. Eeltoodust tulenevalt on analüüsi koostaja seisukohal, et RHSi alltöövõtjate vahetamise regulatsiooni sisse toomine eelnõu seletuskirjas märgitud põhjuste tõttu ei olnud vajalik, sest viidatud probleemi ei oleks tohtinud olla. Lisaks oleks analüüsi koostaja hinnangul pidanud pakkujal jääma võimalus vahetada ka seda alltöövõtjat, kelle vahenditele või näitajatele ta oma kvalifikatsiooni vastavusele tõendamisel tugines, tingimusel, et vahetuseks esitatakse selline alltöövõtja kelle vahenditele või näitajatele võib samuti tugineda. Kuigi RHSi § 38 lg 4¹ grammatiline tõlgendus nimetatut ei võimaldanud, siis eelnõu seletuskiri sellisele võimalusele siiski viitas.

Teise RHSi muudatusega 1. jaanuarist 2011. a eemaldati pool aastat tagasi jõustunud muudatused kui ka kõik teised sätted, mis alltöövõtjate kohta andmete esitamist reguleerisid. RHSi § 31 lg 2 p 9 kohaselt pidi HDs sisalduma pakkujale nõue näidata pakkumuses, kui suures osas hankelepingu mahust kavatses pakkujat sõlmida allhankelepinguid koos

²⁸Ministry of Defence Consultation Document on the approach to implementation of: Directive 2009/81/EC of the European Parliament and the Council of July 2009, lk 13-15.

kavandatavate alltöövõtjate nimedega, kes osalevad vahetult hankelepingu täitmisel, ja teabega hankelepingu osa suuruse ja iseloomu kohta, milles pakkuja kavatseb nendega allhankelepingud sõlmida ning esitada pakkumuses tingimus, et pakkuja võib kaasata hankelepingu mahust olulise osa täitmisel muid alltöövõtjaid üksnes hankija nõusolekul pärast nende suhtes hankemenetlusest kõrvaldamise aluste puudumise kohta kinnituse saamist. RHSi § 47 lg 3 kohustab hankijat lükkama tagasi pakkumuse, milles ei sisaldunud RHS § 31 lg 2 p 9 sätestatu kohaselt nõutud tingimust.

Praktikas oli aga keeruline ja ebaotstarbekas alltöövõtjate andmeid esitada pakkumuse esitamise faasis. Näiteks olukorras, kus hankemenetlus venib või hankelepingu sõlmimise ajaks pakkumuses märgitud alltöövõtjate individuaalne seis olla oluliselt muutunud (näiteks pankrott, maksuvõlad, ühinemised jms) või turul toimunud hinnamuutused põhjustada eelkõige taganemise. Samad põhjused on asjakohased ka pikaajaliste hankelepingute täitmisel, lisaks on keeruline pakkujatel ühelt poolt alltöövõtjate vajadust ning alltöövõtjatel teiselt poolt enda ajagraafikut planeerida. Analüüsi koostaja jagab eelnõu seletuskirja koostaja seisukohta, et alltöövõtu küsimused on erasfääri kuuluvad ning pea- ja alltöövõtja omavahelised suhted kuuluvad võlaõiguslike küsimuste alla, mida ei peaks reguleerima RHSis.

Lisaks nimetatud kahele muudatusele jäid RHSis muutmata osad sätted, mida tuleks analüüsi koostaja hinnangul siiski teha. Esiteks, tuleks kehtetuks tunnistada allhanke piiramist võimaldav säte (RHS § 31 lg 7), kuivõrd selline piiramine ei ole kooskõlas riigihanke direktiividega ning Euroopa Kohtu kohtupraktikaga, mille kohaselt on pakkujal põhimõtteliselt õigus pöörduda lepingu täitmiseks abi saamiseks alltöövõtjate poole, isegi kui see tähendab, et suur osa lepingust või kogu lepingu teostavad alltöövõtjad, kuid lepingu peamiste osade allhanget võib piirata või keelata üksnes juhul, kui hankijal ei olnud võimalik kontrollida alltöövõtjate tehnilist ja majanduslikku suutlikkust. Seega saab allhanke piiramine olla seotud üksnes asjaoluga, et hankijal ei ole võimalik kontrollida allhankija kvalifikatsiooni, mitte asjaolust, et hankija hinnangul on piiramine vajalik hankelepingu olemusest tulenevalt hankelepingu täitmise kvaliteedi ja kontrollitavuse tagamiseks.

Teiseks tuleks kehtetuks tunnistada sisutühjad sätteosad RHSi § 38 lg 1 p 5 ning § 44 lg 5, kuivõrd osundatud sätetes nimetatud nõusoleku puudumine ei too kaasa pakkuja ega ka alltöövõtja jaoks negatiivseid tagajärgi. Pakkujal ei ole kohustust alltöövõtjalt nõuda ega alltöövõtjal kohustust pakkujale anda kirjalikke nõusolekuid hankelepingu täitmisel osalemiseks.

Viimase aasta jooksul on eriti teravalt esile kerkinud alltöövõtjate tasustamisega seotud probleemid ning muud pahatahtlike pakkujate poolt välja mõeldud skeemid hankelepingu täitmata jätmisega. Sellistele, ehitusvaldkonnale omastele, probleemidele RHSi lahendusi ei paku ning hankijad on sunnitud aktsepteerima ka selliseid pakkujaid, kes eelnevaid hankelepinguid ei ole nõuetekohaselt täitnud või kes ei ole tasunud oma alltöövõtjatele tehtud tööde eest. Nimetatud probleemi püüti lahendada ka viimase RHSi muutmise Riigikogu majanduskomisjonis, kuid lihtsat lahendust ei leitud. Tegelikult on lahendus olemas praeguse RHSi § 38 lg 2 p 1 sätestatud aukohtu otsuse näol, mille rakendamiseks ei ole vajalik mitte niivõrd RHSi muudatus, kui vastavate erialaliitude tegevus aukohtu instituudi loomisel. RHSi § 38 lg 2 p 1 kohaselt on hankijal võimalik kõrvaldada hankemenetlusest pakkuja, kelle suhtes või kelle esindaja suhtes on kutse- või ametiliidu aukohtu otsusega või muul sellesarnasel alusel tõendatud raske süüline eksimus kutse- või ametialaste

käitumisreeglite vastu. Seega on alus pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamiseks nii aukohtu otsusega, kui ka näiteks ametiliidu juhatuse otsusega ametiliidust välja heitmise tõttu.

Analüüsi koostaja hinnangul tuleks siiski muuta RHSi § 38 lg 2 p 1 osas, mis puudutab eksimuse süü tõendamist, kuivõrd riigihanke direktiivi 2004/18/EÜ artikli 45 lg 2 p d) kohaselt piisab hankemenetlusest kõrvaldamiseks raske eksimuse tõendamisest ning süülisuse tõendamine ei ole vajalik. Aukohtu instituudi loomisega tuleks RHSis sätestada ka vastavate otsuste ajaline vaade ehk tähtaeg, mille jooksul aukohtu otsustele saab tugineda.

Resümeerivalt võib asuda seisukohale, et praktikas tekkinud alltöövõtjate kasutamisega seotud probleemide lahendamiseks ei ole vajalik muuta RHSi (va eelpool nimetatud väiksemad muudatused) vaid astuda samme selles ettenähtud võimaluste rakendamiseks. Lisaks tuleks harida hankijaid hankelepingutes sätestatavate tingimuste osas, mis aitavad samuti lahendada alltöövõtjatega seonduvaid küsimusi.

Autorist:

Kadri Look on Rahandusministeeriumi riigihangete ja riigiabi osakonna juhtivspetsialist.

Rahandusministeerium, august 2011.