

ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

Доменико Синезио

ПОЛЬЗОВАНИЕ РЕСУРСАМИ И ИХ ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ДЛЯ ВЫПОЛНЕНИЯ ПОДРЯДОВ ДЛЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ НУЖД. ОБЩИЕ АСПЕКТЫ НОВОГО ИНСТИТУТА СОТРУДНИЧЕСТВА КОМПАНИЙ*

Среди различных инструментов сотрудничества между предприятиями, направленных на выполнение и исполнение государственного или частного договора, в итальянской правовой системе нашло применение понятие «временные группы предприятий». В то же время это понятие имеется в прецедентном праве Европейского Суда справедливости и в директивах Европейского Союза. Поэтому оно стало широко использоваться в Европе.

Ключевые слова: предприятия, сотрудничество, процедуры закупок.

Domenico Sinesio

USE OF RESOURCES AND THEIR PROVISION FOR PERFORMING CONTRACTS FOR STATE NEEDS. GENERAL ASPECTS OF A NEW INSTITUTE OF COOPERATION BETWEEN COMPANIES

The Italian legal system applies the notion of a “temporary group of companies” among different instruments of cooperation between companies aimed at performing and executing state or private contracts. At the same time this notion can be found in the case law of the European Court of Justice and in the Directives of the European Union. That is why it is wide-spread in Europe.

Keywords: company, cooperation, purchasing procedures.

Прежде всего следует подчеркнуть, что речь идет о межотраслевом институте, который в различных аспектах затрагивает административное, коммерческое и частное право.

Среди различных инструментов сотрудничества между компаниями, предназначенных для предоставления и выполнения подряда для государственных или же, если угодно, частных нужд, помимо «временной группы предприятий», консорциумам различных типов и другим организациям, в итальянском правовом порядке недавно было нормативно закреплено «пользование ресурсами» — новый для итальянского языка термин. Он, однако, возникнув из судебной практики Европейского Суда

Доменико Синезио — профессор частного права, Отделение политических наук, Неаполитанский университет имени Фридриха II, Италия, 80138, Неаполь, пр. Корсо Умберто I, 40; sinesio@unina.it

Domenico Sinesio — professor of private law, department of political sciences, The University of Naples Federico II, 40, Corso Umberto I, Naples, 80138, Italy; sinesio@unina.it

* Доклад был заслушан на конференции «Открытые акционерные компании и регулирование энергии» (юридический факультет СПбГУ, 18 февраля 2013 г.).

справедливости и Директивы 2004/18/СЕ Европейского Союза, является уже широко распространенным по всей Европе институтом. В Италии пользование ресурсами регулируется ст. 49 и 50 Кодекса о подрядах для государственных нужд (Законодательный декрет от 12 апреля 2006 г. № 163).

Ранее в итальянском правовом порядке и в правовых порядках многих европейских стран лица, намеревающиеся участвовать в конкурсах на выполнение подряда для государственных нужд, должны были сами обладать всеми характеристиками, заявленными органом-заказчиком для выполнения таких работ, услуг или поставки, чтобы гарантировать качество выполняемой работы. Этот принцип был нарушен постановлением Европейского Суда справедливости (14 апреля 1994 г. № 389/92), в котором пользование ресурсами было впервые признано судебной практикой. Речь идет о деле Балласт И., а именно о споре между *холдингом* по голландскому праву и бельгийским государством. Общество полагало, что имеет право пользования средствами индивидуализации других обществ, входящих в группу предприятий, для принятия участия в процедуре подряда для государственных нужд. Суд Справедливости на основе толкования другой Директивы (26 июля 1971 г. № 305) и аргументов, которые не представляют в настоящий момент интереса, определил, что «для оценки критериев, которым должен удовлетворять предприниматель на момент рассмотрения заявки на аттестацию, представленной юридическим лицом, доминирующим в группе» необходимо «принимать во внимание общества, входящие в такую группу, лишь бы юридическое лицо, подавшее заявку, доказало, что оно действительно имеет в своем распоряжении средства, принадлежащие упомянутым обществам, необходимые для выполнения подрядов».

Опуская процесс последующего развития, нужно остановиться на современном понятии пользования ресурсами. Оно подразумевает возможность для субъекта экономики (отдельного или входящего во временную группу), лишенного ресурсов (так называемая *снабжаемая* компания), пользоваться (откуда и происходит термин «пользование ресурсами») некоторыми технико-организационными или финансово-экономическими ресурсами (коротко — экономическими, финансовыми и техническими ресурсами, см. *amplius, infra*) другой компании (так называемая *вспомогательная* компания), установленными в объявлении о тендере, для того, чтобы принять участие в выполнении подрядных работ (поставок, услуг) для государственных нужд, из которого он иначе будет исключен.

Такая возможность может быть действительна однократно, т. е. только для единичного подряда, или же в течение какого-то времени.

Данный институт влечет за собой сложные и деликатные проблемы гражданско-правового и иного характера; сегодня я, очевидно, смогу лишь вкратце остановиться на некоторых из них.

Пользование ресурсами представляет собой принцип общего характера, действительный для всех публичных подрядов; в частности, необходимо подчеркнуть, что Директивой от 31 марта 2004 г. № 31 пользование ресурсами было распространено также на сферу подрядов энергоснабжающих организаций.

Уточним, что прибегнуть к пользованию ресурсами допустимо и при отсутствии такой возможности в объявлении о конкурсе.

Среди наиболее важных и востребованных передаваемых ресурсов нужно упомянуть аттестацию SOA (*Società organismi di attestazione* — Общества,

уполномоченные проводить аттестацию, — частные, но находящиеся под контролем органа по надзору за государственными контрактами), которая дает компании право участвовать в конкурсе на выполнение подрядов для государственных нужд на сумму свыше 150 000 евро. В частности, такое общество удостоверяет, что данная компания обладает всеми ресурсами для участия в определенном виде подряда на определенную сумму. Таким образом, компания, которая не располагает такими ресурсами, может воспользоваться аттестацией SOA другой компании. Кроме того, могут быть переданы финансовые, технические (например, механические средства) или человеческие ресурсы (например, специализированный персонал), а также нематериальные ресурсы, образовавшиеся, например, ранее в процессе оказания услуг, аналогичных тем, на которые объявлен конкурс, или же в процессе увеличения уставного капитала на определенную сумму.

Очевидно, что не подлежат передаче в пользование и, следовательно, не являются объектом пользования отсутствие приговоров по уголовным делам и другие обстоятельства, исключающие право выполнения подрядов для государственных нужд, или же, кроме того, отсутствие тяжких нарушений закона и т. д. Субъекты-банкроты, очевидно, не могут прибегнуть к пользованию ресурсами.

Нужно, наконец, помнить, что существует запрет на частичное пользование ресурсами; иными словами, претендент не может восполнить недостаток собственных ресурсов только в частичном объеме, пользуясь ресурсами другой компании, также не обладающей этими ресурсами в полном объеме: например, для выполнения работ, требующих 100 %, компания, аттестованная SOA как имеющая 50 %, не может восполнить недостаток, пользуясь ресурсами другой компании, аттестованной как имеющей 50 %. Необходимо, чтобы вспомогательная компания имела в наличии 100 %.

Целями пользования ресурсами являются расширение рынка, допуск и так называемой младшей или же лишенной таких ресурсов компании к участию в подрядах наибольшего экономического значения, для которых оно само по себе не обладает всеми необходимыми экономическими, финансовыми или техническими ресурсами. В ином случае наиболее важные подряды отдавались бы на откуп немногим большим компаниям, что очевидно приводит к большей конкуренции между самими этими компаниями.

Без критики пользования ресурсами также не обошлось: достаточно подумать о риске того, что этот институт, в случае его плохого применения, может обесценить основное требование до такой степени, что работы, услуги или же поставка будут выполняться тем, кто в действительности не обладает необходимыми ресурсами.

Необходимо также помнить об основном регулирующем принципе пользования ресурсами: по большому счету, для заказчика не важна типология юридических связей между компанией-претендентом на подряд и тем субъектом (вспомогательной компанией), который предоставляет технические и экономические ресурсы лишенному их претенденту. Достаточно продемонстрировать наличие обязательства вспомогательной компании (предоставить недостающие ресурсы в распоряжение).

Кроме того, следует упомянуть типологию связей между снабжаемой и вспомогательной компаниями. Последняя может быть обществом, входящим в группу вспомогательной компании в качестве ее контролирующего или контролируемого общества (ст. 2359 ГК). Однако недостаточно продемонстрировать юридические

связи между двумя компаниями. Необходимо, чтобы вспомогательное общество обязалось, как в отношении заказчика, так и в отношении снабжаемой компании, предоставить в распоряжение последней ресурсы, требуемые в соответствии с объявлением о конкурсе на выполнение конкретных подрядных работ. Для этой цели пользование может быть продемонстрировано, помимо договора, «заменяющим заявлением, удостоверяющим наличие юридической и экономической связи, существующей в группе» (ст. 49, аб. 2, лит. G Кодекса о подрядах для государственных нужд).

В иных случаях компания-претендент должна показать посредством заявления и заключения частноправового договора, что располагает *per relationem* необходимыми в соответствии с объявлением о конкурсе ресурсами. Кодекс о подрядах для государственных нужд налагает на претендента обязательство передать заказчику как «заявление, подписанное вспомогательной компанией, которая в силу такового обязуется перед претендентом и перед заказчиком предоставить на весь срок подряда необходимые ресурсы, недостающие претенденту» (ст. 49 абз. 2, лит. D Кодекса о подрядах для государственных нужд), так и договор (так называемый договор о пользовании ресурсами), в силу которого сама вспомогательная компания «обязуется перед претендентом снабдить последнего необходимыми ресурсами и передать необходимые ресурсы в его распоряжение на весь срок подряда» (ст. 49, абз. 2, лит. F Кодекса о подрядах для государственных нужд).

Желательно понимать, что пользование ресурсами влечет за собой множество сложных и деликатных проблем гражданско-правового и иного характера, и предусмотреть возможные последствия банкротства снабжаемой организации.

Остановимся на договоре пользования ресурсами, который в любом случае представляет собой ядро данного института.

Действительный договор — это в первую очередь инструмент демонстрации заказчику обладания ресурсами, которые нужны для участия в конкурсе; кроме того, он необходим для заключения договора подряда и, очевидно, для исполнения обязательств по нему.

В настоящее время обсуждается правовая природа договора пользования ресурсами: проводятся параллели с моделью проката и многими другими моделями.

В действительности, она определяется в зависимости от ресурсов, требующихся для подряда.

Так, в случае если требуются особые средства, речь, по-видимому, идет о договоре проката; если требуется временная передача персонала — о так называемой аренде персонала; в случае необходимости во всем комплексе мощностей и ресурсов вспомогательной компании — о роде временной аренды предпринимательского комплекса с некоторыми особенностями в соответствии с нормами Гражданского кодекса.

Некоторые авторы ссылаются на поручительство за третье лицо, закрепленное в ст. 1381 ГК. Сейчас сложность и, так скажем, двойственность комплекса отношений между вспомогательной и снабжаемой компаниями, с одной стороны, и между каждой из них и заказчиком — с другой, не вызывают сомнений. В самом деле, договор надежно регулирует отношения между двумя компаниями, но в то же время представляется для снабжаемой организации, участвующей в конкурсе, инструментом «гарантии» заказчику обладания ресурсами для различных вышеупомянутых целей.

Однако согласно закону этого недостаточно, поскольку, как уже упоминалось выше, необходимо также наличие *непосредственных* отношений между вспомогательной компанией и заказчиком; я имею в виду выше упомянутое заявление, подписанное вспомогательной компанией, которая в силу такового обязуется перед претендентом и перед заказчиком предоставить на весь срок подряда необходимые ресурсы, недостающие претенденту. Это делает некорректной ссылку на поручительство за третье лицо в соответствии со ст. 1381 ГК, поскольку должно существовать *прямое* обещание вспомогательной компании перед заказчиком.

Кроме того, из заявления вспомогательной компании перед снабжаемой компанией, о котором говорилось выше (ст. 49 абз. 2 лит. D Кодекса о подрядах для государственных нужд), следуют договорные отношения гарантии, отличные, однако, от поручительства; речь, скорее, идет о своего рода самостоятельном договоре гарантии.

Таким образом, мы видим, насколько сложно определение правовой природы договора пользования ресурсами. То же самое можно сказать и о предмете данного договора.

Надеюсь, что эти краткие сведения о пользовании ресурсами представляют собой только предисловие к дальнейшим встречам, на которых этот институт, несомненно, обладающий высокой важностью, будет проанализирован более глубоко.

Статья поступила в редакцию 30 декабря 2013 г.