

Contratto di appalto internazionale

Approccio giuridico



Definizione



- È il contratto con cui una parte (appaltatore, constructor) si obbliga nei confronti della controparte (committente, appaltante, employer) a realizzare e consegnare opere complesse e/o di durata
- Nel diritto italiano: contratto con il quale una parte assume con propria organizzazione dei mezzi necessari, l'esecuzione di un'opera o di un servizio dietro un corrispettivo" art. 1655 c.c.
- Tre elementi essenziali:
 - Produzione di un risultato
 - L'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore
 - Rischio economico a carico dell'appaltatore

Appalto internazionale

- Appaltante ed appaltatore non appartengono al medesimo sistema di norme giuridiche, il rapporto fiduciario è molto più debole;
- Impegno organizzativo delle risorse produttive a parità di dimensione è molto più rilevante rispetto ad un lavoro “domestico”
- Maggiori costi
- Problematiche finanziarie più complesse

Legge applicabile



- Legge nazionale -> Libertà di scelta della legge applicabile: Art. 3, comma 3, Reg. Roma I
- Assenza di scelta -> Criteri di individuazione del diritto applicabile: Art. 4, comma 2, Reg. Roma I «il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale» appaltatore
- Fonte di origine non statuale -> Principi e norme del commercio internazionale e/o lex mercatoria Compilazioni di principi (i.e. Principi Unidroit, PECL)

AMBITO APPLICATIVO

- In ambito extra comunitario vi sono le norme contenute nell'accordo GATT
- In ambito europeo invece, negli anni 90 sono state emanate le direttive c.d. di seconda generazione: - sulle pubbliche forniture n. 93/36 CE, sui lavori n. 93/37, sui servizi n. 92/50, sui settori speciali 93/38 -> oggi divenuto un vero e proprio Regolamento europeo

Cenni alla disciplina europea

- Le direttive europee richiamano nelle premesse i criteri cui si devono adeguare le legislazioni nazionali, ricalcando il contenuto dei principi dell'accordo GATT
- Garantire effettiva concorrenza fra le imprese
- Divieto di prescrizioni tecniche aventi effetti discriminatori
- Criteri obiettivi per la partecipazione alle gare di appalto e aggiudicazione degli appalti stessi

Caratteristiche del contratto di appalto internazionale

- I contratti vanno articolati caso per caso a seconda dell'opera, del paese di destinazione, ente appaltante etc.
- Generalmente i grandi appalti internazionali si caratterizzano per la esclusiva natura pubblica o para pubblica dei committenti

Modelli contrattuali

- Sono elaborati da enti internazionali (UNECE UNCITRAL GATTS), organizzazioni intergovernative o non governative a vocazione internazionale:
- facilitano la redazione di uno specifico contratto
- consentono una efficace ed efficiente selezione dell'appaltatore

Fidic

- Fidic Federation Internationale des Ingénieurs Conseils
Fondata nel 1913 con sede a Losanna
- Per la progettazione e consulenza nel settore delle costruzioni
- Per la pubblicazione di modelli contrattuali e clausole standards di construction contracts
- Per modelli per la prestazione di servizi professionali e documenti di indirizzo politico, studi, guide

construction contract internazionale

Contratti separati

Prevedono che per ciascuna singola prestazione sia concluso uno specifico contratto (ad es. forniture, montaggio, costruzione e così via)

Contratti c.d. *chiavi in mano*

Il Committente conclude un unico contratto di particolare complessità con l'Appaltatore che si obbligherà a costruire e consegnare un'opera conforme a quanto pattuito

Contratti c.d. *prodotto in mano*

Contratto complesso, costituente l'evoluzione dei contratti chiavi in mano, in quanto l'Appaltatore si rende garante di livelli qualitativi e/o quantitativi di produttività

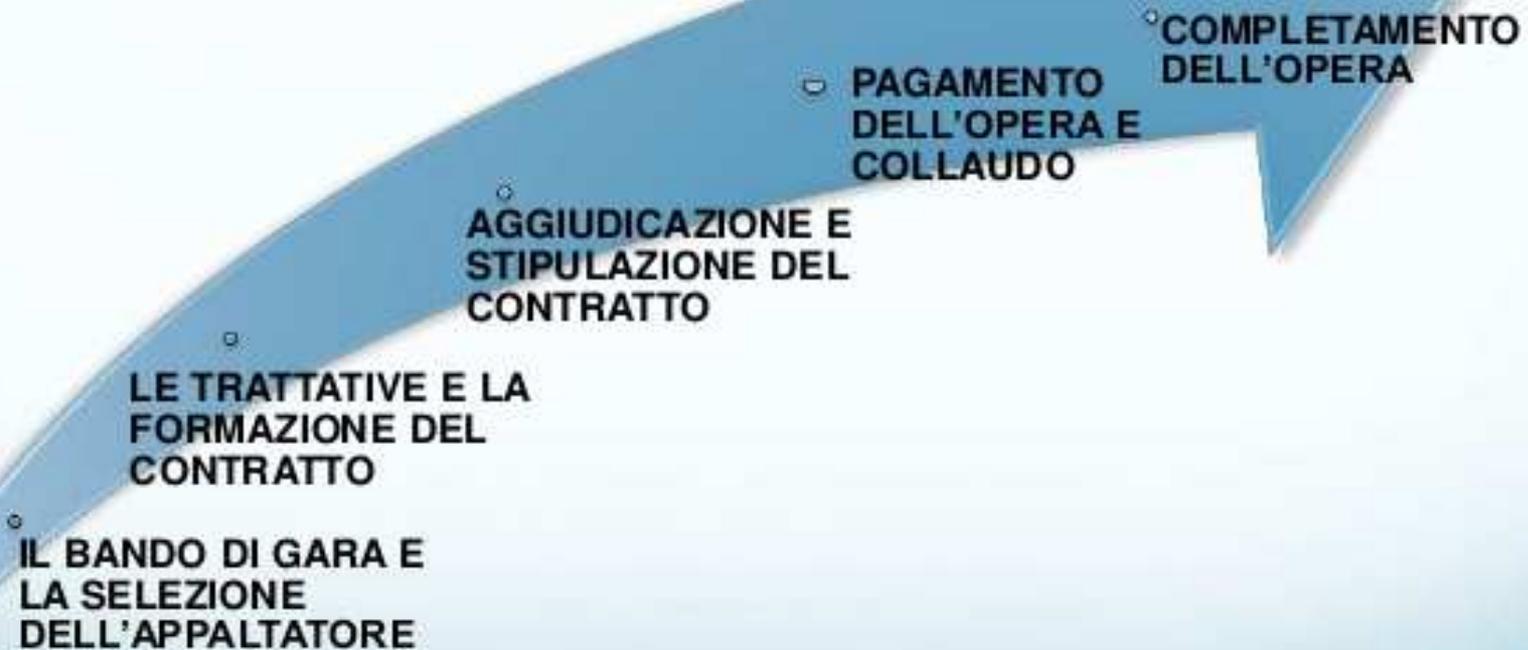
Contratto c.d. prodotto in mano

Adesione dell'Appaltatore agli obiettivi di produzione del Committente

Nel contratto *chiavi in mano* alla consegna

- Assunzione di responsabilità maggiori da parte dell'Appaltatore: il **trasferimento del rischio** avverrà solo **dopo l'accettazione dell'impianto da parte del committente** alla fine di un periodo di gestione iniziale dell'impianto (normalmente di 36 mesi)
- l'Appaltatore diviene anche conduttore ed è tenuto: alla **formazione del personale**, alla **assistenza tecnica**, alla **verifica della qualità dei prodotti** e dell'**utilità dell'impianto**, della **sicurezza**, del **corretto flusso dei materiali di circuito**
- Prevede **due diverse consegne**: quella dell'impianto funzionante alla accettazione provvisoria e quella della capacità di gestione dell'impianto all'accettazione di fine gestione iniziale

Contratto di appalto internazionale: *principal events*



Selezione dell'appaltatore



Fasi principali della selezione



prequalification conference:
pre-gara per valutare lo stato dell'arte e i costi nel settore dell'opera da realizzare

Prebid conference:
si chiariscono le incertezze relative al bando di gara

La formazione del contratto di appalto internazionale



Documenti precedenti al contratto, caratterizzati da estrema eterogeneità di contenuti e di rilievo giuridico cui sono collegate una serie di garanzie:

- **COVERING LETTER** (proposta di modifica del bando, è elemento autonomo dell'offerta che non risulta formalmente modificata)
- **LETTERE DI INTENTI** - *letters of understanding, heads of agreement, memorandum of understanding, minutes of meeting, instruction to proceed*- (registrano i punti fermi della trattativa, disciplinano la conclusione del contratto, etc.)

Aggiudicazione e stipulazione del contratto

Termine delle trattative

Il Committente dichiara quale offerta è stata la migliore e la volontà di costituire il rapporto contrattuale

Accettazione dell'offerta

Il contratto si perfeziona secondo i termini e le condizioni previste dalle parti

Efficacia condizionata

Se l'accettazione è subordinata a una o più circostanze l'aggiudicazione e la stipulazione avvengono in momenti distinti

Garanzie di offerta ed esecuzione: le garanzie di pagamento

GARANZIA D'OFFERTA O *BID BOND*:

rinforzare la serietà dell'offerta e la leale condotta dell'Appaltatore durante le trattative

GARANZIA DI ESECUZIONE:

diligenza dell'Appaltatore nella realizzazione dell'opera

- **Performance bond** (*adempimento del termine finale*)
- **Penalty bond** (*rispetto termine iniziale e/o intermedio*)
- **Maintenance bond** (*soddisfacimento degli obblighi risarcitori nel caso di vizi dell'opera*)
- **Advance payment bond o retention money bond** (*eventuale restituzione delle anticipazioni del prezzo contrattuale*)

Le varianti (*changes*)

MODIFICAZIONI DELL'OPERA DA REALIZZARE

VARIANTI NON NECESSARIE

- Richieste dal Committente o dall'Appaltatore
- introdurre miglioramenti al progetto iniziale

VARIANTI NECESSARIE *EX LEGE*

- Adeguare l'opera alle regole dell'arte
- Modifiche richieste da mutamenti legislativi

VARIANTI NECESSARIE

- Causate da difficoltà impreviste che richiedono un mutamento del progetto

MODALITÀ DI
CONDIVISIONE
DELLA VARIANTE

SOPPORTAZIONE
DEI COSTI

Prezzo e criteri di determinazione

- La remunerazione può essere a tempo o a misura
- Time -> può essere in termini mensili, settimanali, giornalieri od orari (viene utilizzata per i minor works)
- PAYROLL COST MULTIPLIED BY AN OVERHEAD FACTOR PLUS DIRECT EXPENCES -> rimborso dei costi del personale moltiplicato per un coefficiente che comprende costi generali e profitto, nonché rimborso spese vive
- LUMP SUM (appalto a forfait) -> prevista una somma forfettaria
- PERCENTAGE OF THE PROJECT'S CONSTR. COST -> prezzo una percentuale del costo complessivo del progetto da realizzare
- COST PLUS A PERCENTAGE FEE -> rimborso costi sostenuti + importo determinato in percentuale fissa.

pagamento



Pagamento anticipato prima dell'avvio dei lavori
(garantito dall'*advance payment bond*)



Previsione di una c.d. *cash flow clause*: l'appaltatore
viene remunerato mediante anticipi e pagamenti sugli
stati di avanzamento dei lavori

Inadempimento dell'appaltatore

Inadempimento temporale o ritardo - *delay*

Inadempimento qualitativo o difetto - *defect*

Inadempimento quantitativo o mancato completamento dell'opera

Modalità di risarcimento

- Risarcimento = compensation
- Compensatory -> clausola penale che dovrà quantificare il danno da inadempimento in misura equa e commisurata (a genuine pre – estimate of damage)
- La clausola penale nei negozi internazionali viene tradotta in liquidated damages clause (e non lett. penalty clause) anche per non incorrere rischi di invalidità della clausola secondo l'ordinamento straniero.
- “the parties agree that this clause provides a realistic pre-estimate of our loss and is not intended to be a penalty”
- Ovvero una clausola di predeterminazione del danno

Garanzie e responsabilità dell'appaltatore

- L'appaltatore che eseguirà i lavori assume una obbligazione di risultato impegnandosi a garantire il raggiungimento dell'oggetto del contratto attraverso l'iter concordato con il committente
- Deve garantire la conformità dell'opera alle prescrizioni contrattuali ed alle regole dell'arte
- L'appaltatore è liberato in seguito all'accettazione definitiva da parte del committente e non lo libera per quei vizi non riconoscibili al momento dell'effettuazione del collaudo

Limitazioni responsabilità

- Nella prassi la responsabilità dell'appaltatore viene limitata da un duplice punto di vista:
- in primo luogo dal punto di vista del c.d. danno-evento, prevedendo cioè casi specifici nei quali è del tutto esclusa la responsabilità dell'appaltatore nel caso di mancato raggiungimento del risultato oggetto dell'obbligazione;
- in secondo luogo dal punto di vista del danno-pregiudizio,
- determinando cioè dei limiti, quantitativi o percentuali entro i quali l'appaltatore inadempiente è tenuto a risarcire il committente per i danni subiti

Limitazioni responsabilità

- Nella prassi si tende a limitare l'ammontare dei danni risarcibili cercando di correlarli al corrispettivo pattuito quale tetto massimo.
- La validità delle clausole di limitazione va verificata alla luce del diritto applicabile al contratto
- Ad esempio l'ordinamento italiano (ma anche molti altri) ritiene nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave
- Possono essere previste delle clausole di esonero da responsabilità (Force Majeure) per esempio guerre, terremoti, sommosse civili o altri eventi della natura.

Hardship clauses

- Le parti possono altresì stabilire determinati eventi che possono alterare l'equilibrio contrattuale ai fini di un esonero dalla responsabilità.
- Hardship e Force Majeure potrebbero coincidere ed anche in presenza di F.M. si potrebbe prevedere anziché la risoluzione del contratto, la sua sospensione o rinegoziazione
- Al fine di evitare il protrarsi a tempo indeterminato di situazioni di stallo, è opportuno prevedere un termine per la sospensione, decorso il quale il contratto si considera risolto.
- E' prassi ormai consolidata nei cont. App.int. Riconoscere al committente il diritto di porre fine unilateralmente al rapporto contrattuale, nel caso la realizzazione dell'opera cessi di essere di suo interesse (cd. Termination clause o termination for convenience)

Accettazione provvisoria

- Al termine dei lavori vengono eseguiti i tests volti a verificare l'affidabilità dell'opera, in seguito al superamento, il committente è immesso in possesso e diviene responsabile della conduzione
- La presenza di minor defects tali da non precludere la possibilità di utilizzo dell'opera non preclude l'accettazione provvisoria (viene redatto apposito verbale in contraddittorio e l'appaltatore dovrà porvi rimedio).

Accettazione definitiva

- Decorso il periodo maintenance bond il committente ha il diritto-dovere di ricevere la proprietà dell'opera realizzata.
- Redazione apposito verbale nel quale viene dato atto anche della chiusura di tutti i rapporti e conti fra committente ed appaltatore.
- L'accettazione può essere anche tacita laddove il committente compia uno o più atti consistenti nell'utilizzo dell'opera.
- All'accettazione definitiva consegue:
- Appaltatore è liberato dalla responsabilità dei vizi conosciuti o riconoscibili
- Diritto di pagamento delle ultime rate del prezzo nonché delle quote ritenute a garanzia
- Trasferimento della proprietà e dei rischi relativi.

Collaborazione fra imprese

- Assistiamo nell'ambito degli appalti ad uno sviluppo delle forme di collaborazione tra imprese x la realizzazione congiunta di complessi progetti industriali, di forniture, ricerche tecnologiche, cessione di know-how, produzione congiunta di semilavorati e molti altri ancora.
- “Joint- Ventures” forma di collaborazione internazionale di imprese:
- i profitti e le perdite risultanti dall'esecuzione complessiva dell'opera sono ripartiti tra i membri secondo le rispettive quote,
- le risorse in denaro o in natura con cui i membri contribuiscono all'esecuzione del contratto divengono di proprietà comune;
- la gestione del contratto con il committente deve essere effettuata congiuntamente dai membri

JOINT VENTURE

- La joint venture è uno strumento assai diffuso, soprattutto a livello internazionale, per la facilità con cui consente alle imprese di affrontare progetti e iniziative in mercati nuovi, o di legarsi a partner stranieri
- la prassi ha dato vita a **due distinte fattispecie di joint venture**:
- quelle societarie o Incorporated Joint Ventures (società di persone o capitali costituite secondo le norme di un determinato ordinamento giuridico)
- quelle **contrattuali** o Contractual Joint Ventures (accordi fra imprenditori che non danno direttamente vita a entità nuove)

DEFINIZIONI

- La joint venture può essere "contrattuale" sorge attraverso la stipulazione di uno o più contratti collegati, che regolano ruoli, compiti e responsabilità di ciascuno
- La joint venture "societaria" è un nuovo soggetto giuridico costituito ad hoc per realizzare una collaborazione e disciplinata da una serie di contratti

JOINT VENTURE CONTRATTUALI

- Le *joint venture* contrattuali vengono abitualmente utilizzate per coordinare l'attività dei partners in vista di un singolo obiettivo, preventivamente ben individuato e raggiungibile in un arco di tempo non lungo e comunque ragionevolmente predeterminabile dalle parti
- possono essere finalizzate a coordinare la partecipazione congiunta di più società ad una gara di appalto internazionale o dai contratti di ricerca e sviluppo tra più partecipanti, ognuno dei quali sopporta una parte dei costi e contribuisce alle attività di ricerca e sviluppo

PRO E CONTRO JOINT VENTURE CONTRATTUALE

- maggior svantaggio di una joint venture contrattuale è quello della mancanza di una identità spendibile nei confronti di terzi (il che implica che la “joint venture”, non avendo personalità giuridica, non può finanziarsi all'esterno e tutti gli investimenti necessari per la realizzazione del progetto devono quindi essere direttamente finanziati dai partecipanti)
- **I pro ed i contro di una contractual joint venture**

Pro

Raggiungere un obiettivo che non si può o non si vuole raggiungere da soli

Mancanza di formalità / Maggior flessibilità

“Trasparenza” fiscale

Durata limitata

Contro

Mancanza di una identità spendibile nei confronti di terzi

mancanza di una organizzazione strutturata

finanziamenti / garanzie soltanto dai venturers

ASPETTI CRITICI IN CASO DI APPALTO

Coinvolgimento di terzi a cui sub-appaltare parte delle attività di Progetto.

I singoli contraenti possono sub-appaltare a terzi e/o a società da esse controllate singole attività di progetto? Se sì, quali sono le modalità per la scelta dei terzi sub-appaltatori? La selezione di tali società terze compete ai singoli venturer o è piuttosto demandata ad un comitato di Progetto formato da rappresentanti di tutte le parti? Quali responsabilità competono ai singoli venturer nel caso di mancato o ritardato adempimento da parte dei terzi da essi coinvolti nel Progetto?

Ripartizione di profitti e perdite: In una joint venture contrattuale costituita per partecipare ed eseguire, in caso di aggiudicazione, un appalto internazionale (*teaming agreement, consortium agreement*) occorre stabilire le modalità di ripartizione tra i partner dei profitti attesi, o delle inattese perdite, conseguenti all'esecuzione dell'appalto. Tale ripartizione usualmente è basata sulla percentuale dei lavori svolti da ognuna delle parti.

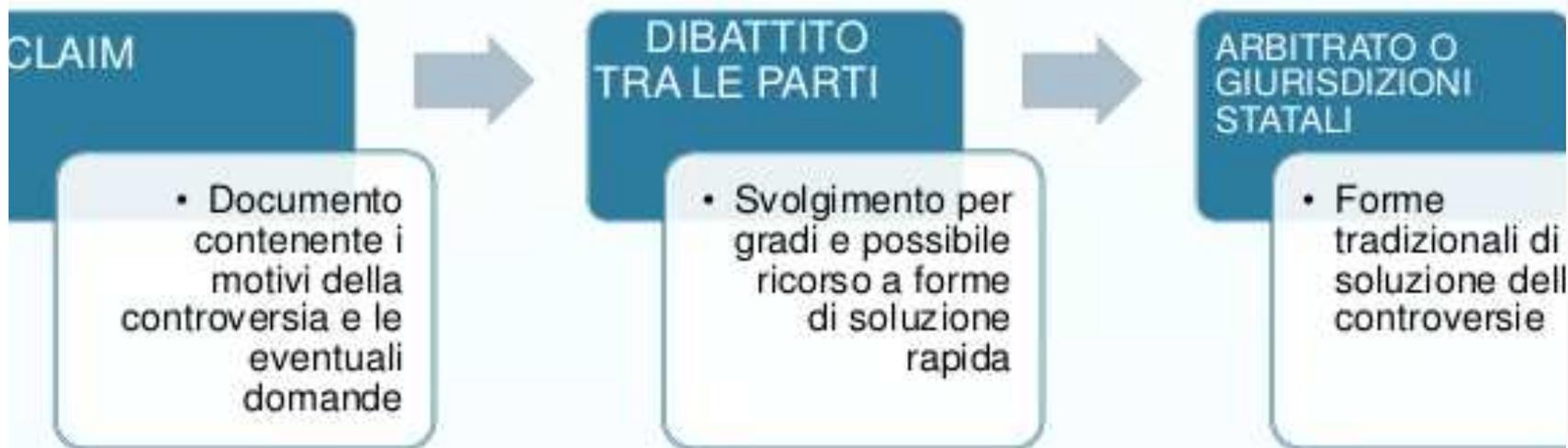
Gestione della collaborazione: Come gestire la collaborazione tra le parti durante l'esecuzione del progetto? Quali organismi di gestione è opportuno istituire? Non è infrequente che nelle joint venture contrattuali i partner formino un Comitato di Gestione (*management committee, steering committee*), a cui affidare la guida complessiva delle attività connesse con il progetto, nominando al contempo dei responsabili di progetto (*project leader, project manager*), ai quali affidare la gestione operativa di tali attività.

Partner capocommessa: Nelle joint venture con attività esterna (*teaming agreement, consortium agreement*) abitualmente ad una delle parti viene affidato il mandato di società capocommessa, incaricata di rappresentare gli altri partner nei confronti dell'appaltante e di eventuali terzi coinvolti nelle attività di progetto. Quali sono i poteri di rappresentanza affidati al partner capocommessa? Quali decisioni sono affidate alla società capocommessa e quali invece rientrano nelle competenze del Comitato di Gestione?

ALTRI ASPETTI SALIENTI

- *Garanzie a terzi:* I partecipanti ad una gara di appalto internazionale normalmente devono emettere delle garanzie di buona esecuzione (*bid bond/performance bond*). Si tratta di una unica garanzia solidalmente emessa/controgarantita da tutti i partner? Quali contro-garanzie devono essere scambiate reciprocamente tra i partner per garantire ognuno di essi dall'escussione da parte del committente di un performance bond causata all'inadempimento di uno solo dei partner?
- *Responsabilità dei singoli venturer per eventuali pretese di terzi:* Quale responsabilità viene assunta da ognuno dei venturer per quelle attività di progetto che questi è chiamato a svolgere? Come disciplinare il caso in cui la responsabilità non sia chiaramente attribuibile ad uno dei partner? E' possibile attribuire tale responsabilità tra tutte le parti in proporzione alla percentuale delle attività di progetto da ognuna di esse svolta?
- *Ripartizione dei diritti di proprietà intellettuale e loro sfruttamento:* In un contratto di ricerca e sviluppo congiunti a chi appartengono i diritti di proprietà intellettuale sui risultati dell'attività di progetto? Ognuna delle parti può sfruttare liberamente tali risultati o vi è un qualche tipo di limitazione (geografica, applicativa o temporale)?
- *Durata, risoluzione anticipata, risoluzione per inadempimento e forza maggiore:* I singoli partner possono abbandonare il progetto a loro discrezione ed in qualsiasi momento la joint venture (recesso) oppure soltanto a certe scadenze, corrispondenti con dei momenti di verifica delle fasi di avanzamento di Progetto (*milestones*)? E' invece opportuno escludere / limitare tali possibilità? In caso di inadempimento di uno dei partner, le altre parti possono escluderlo dalla collaborazione ed inibirgli l'utilizzazione dei risultati fino a quel momento ottenuti dalle attività di Progetto? Come delimitare l'ambito di applicazione di una eventuale clausola di forza maggiore?

Gestione delle controversie



Obbligo di incontro e negoziazione fra i rappresentanti del Committente e dell'Appaltatore
Fase di mediazione/ conciliazione in cui un terzo o l'*Engineer* svolge il ruolo di facilitatore

- Intervento di un DAB – *Dispute Adjudication Board* o di un DRB – *Dispute Review Board* che rende una decisione vincolante o una raccomandazione non vincolante

- Preferenza per l'arbitrato internazionale:
 - Specializzazione ed esperienza di giudice in materia
 - Terreno neutrale