
**CCIAA – Camera di Commercio, Industria, Artigianato e
Agricoltura**

Pisa, 22 settembre 2011

La partecipazione agli appalti internazionali

Avv. Andrea Gattamorta

© *Studio Legale LGA*

FAX (051 6153548) Telefono (051 436359)

E-mail (info@lgalegal.com)

PROGRAMMA

- ✓Cenni alla disciplina comunitaria sugli appalti.
- ✓Le condizioni per la partecipazione alla gara.
- ✓Le caratteristiche del contratto di appalto.
- ✓Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale (termini, collaudo, garanzie, penali, aumento del prezzo, *if and when*).
- ✓L'esecuzione del contratto.
- ✓La risoluzione delle controversie. L'arbitrato.

Cenni alla disciplina comunitaria sugli appalti

- ✓ **La liberalizzazione del mercato dei pubblici appalti: principi di base delle direttive.**

In tema di appalti bisogna ricordare che importanti regolamentazioni sopranazionali sono state emanate al fine di liberalizzare il mercato dei pubblici appalti e forniture.

Tali disposizioni hanno caratteristiche essenzialmente procedurali, e si prefiggono lo scopo di garantire i concorrenti da comportamenti discriminatori delle pubbliche amministrazioni volti a favorire contraenti locali.

Cenni alla disciplina comunitaria sugli appalti

In ambito extra comunitario norme di questo tipo, relative però alle sole pubbliche forniture, sono quelle contenute nell'accordo GATT firmato il 12.04.1979, nell'ambito dei negoziati del Tokyo Round, entrato in vigore il 1 gennaio 1981 e successivamente modificato il 2.02.1987.

In ambito comunitario 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.

Cenni alla disciplina comunitaria sugli appalti

Le direttive richiamano nelle premesse i criteri cui si devono adeguare le legislazioni nazionali e che sono sostanzialmente gli stessi che hanno ispirato anche l'accordo GATT:

- l'organizzazione di una pubblicità comunitaria adeguata per sviluppare un'effettiva concorrenza tra le imprese degli stati membri;
- il divieto di prescrizioni tecniche aventi effetti discriminatori;
- l'applicazione di criteri obiettivi per la partecipazione alle gare di appalto e l'aggiudicazione degli appalti stessi.

Cenni alla disciplina comunitaria sugli appalti

Tra gli obblighi imposti dalle direttive quelli di pubblicità e di informazione durante lo svolgimento della gara, il rispetto della parità di trattamento dei concorrenti, il divieto di introdurre nelle clausole contrattuali prescrizioni tecniche discriminatorie, l'obbligo di seguire una delle procedure indicate dai singoli ordinamenti, procedure differenziate in aperte e ristrette.

Le amministrazioni sono inoltre tenute a selezionare candidati ed offerte in base a criteri predeterminati consistenti nella capacità economica, tecnica e finanziaria, fatta salva l'assenza di cause di esclusione relative alla situazione delle singole imprese (condanne penali, stato di fallimento, ecc..).

Cenni alla disciplina comunitaria sugli appalti: le direttive unitarie

✓ Le direttive unitarie 2004/18/CE e 2004/17/CE.

Nel corso del 2004 vengono approvate le direttive c.d. di terza generazione e precisamente le direttive n. 17 e 18.

La direttiva **2004/18/CE** si occupa dei settori ordinari

La direttiva **2004/17/CE** si occupa dei settori speciali (enti erogatori di acqua e di energia, nonché enti che forniscono servizi di trasporto e postali).

Il codice dei contratti pubblici e di servizi

- ✓ si assiste ad una evoluzione della tecnica normativa comunitaria: gli schemi di bandi e di avvisi di gara non costituiscono più allegati delle direttive, ma sono approvati con Regolamento CE n. 1564/2006, entrato in vigore il **1° febbraio 2006**.
- ✓ Tale data costituisce il termine per il recepimento delle direttive sopra richiamate, che sono state immediatamente ritenute applicabili nel nostro ordinamento.
- ✓ Il **1° luglio 2006** è entrato in vigore il codice dei contratti pubblici di servizi, forniture e lavori (D.lgs. 163/06) che ha recepito le direttive richiamate.

Il codice dei contratti pubblici e di servizi

✓ **Le novità del codice rispetto alla disciplina delle direttive comunitarie**

Il codice ha un ambito di applicazione più ampio delle direttive:

- unifica la disciplina dei settori ordinari e dei settori speciali;
- disciplina sia gli appalti comunitari che quelli sotto soglia;
- estende la figura del Responsabile del procedimento anche alle gare di forniture e servizi;
- non disciplina solo gli appalti ma tutti i contratti stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli altri soggetti tenuti all'applicazione del codice (settori speciali compresi)

Il codice dei contratti pubblici e di servizi

- ✓ **Conferma dei principi comunitari del codice contratti pubblici**
 1. Parità di trattamento (*par condicio*) tra i concorrenti: regole prefissate ed invariabili a tutela della concorrenza
 2. Trasparenza: pubblicità, regole conosciute, accesso agli atti
 3. Proporzionalità: criteri di selezione proporzionali e decisioni motivate
 4. Mutuo riconoscimento: qualificazioni professionali e specifiche tecniche

Le condizioni per la partecipazione alla gara

La Gara

1. Il Tender

Nel caso di lavori di notevole rilievo alla formazione di un contratto di appalto si arriva attraverso un particolare procedimento.

Prescindendo per il momento dalla fase che esaurisce i suoi effetti all'interno dell'ente appaltante e che consiste nello studio di pre-investimento e nello studio di fattibilità, l'inizio si ha con la fase denominata Tender o Appel d'Offre che consiste nell'invito alle imprese interessate a presentare un'offerta impegnativa.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

Il bando è generalmente portato a conoscenza degli interessati mediante pubblicazione dello Stato del committente, alla quale si aggiungono talvolta inserzioni anche nei principali quotidiani o periodici nazionali ed internazionali. In Europa (GUCE)

I documenti del bando di gara in genere sono i seguenti: **invitation to bid, instructions to bidder, modelli di bid bond e di performance bond, general terms and conditions, technical specifications.**

Le condizioni per la partecipazione alla gara

2. L'Invitation to bid

E' l'invito a presentare un'offerta. Spesso anziché essere aperta a qualunque operatore interessato, la gara è riservata a quelle imprese ritenute idonee dal committente, individuate dal committente attraverso una fase detta di pre-qualificazione, con la quale vengono emessi bandi pubblici internazionali di invito ad imprese aventi le presunte caratteristiche adatte per sviluppare un programma di attività, descritto nel bando, a presentare una documentazione che attesti la capacità dell'impresa di svolgere i lavori descritti e la disponibilità dei mezzi necessari.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

Le imprese sono anche invitate a fornire referenze dirette o indirette relative a quanto sopra (ad esempio indicando i lavori già eseguiti). A volte poi i candidati vengono riuniti dall'ente appaltante in una **pre-qualification conference**. Altre volte l'**invitation** è inviata solamente a quelle imprese già selezionate in occasione di pre-qualificazioni indette dal committente in occasione di precedenti gare.

Nel caso di gara ristretta alle imprese invitate viene inviato tutto il set dei **contract documents**, che nel caso delle gare libere è invece generalmente necessario acquistare presso gli uffici dell'employer, cioè il committente.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

3. Le Instructions to bidders e i bonds

Le instructions to bid (o tender specifications) contengono una descrizione dettagliata del regolamento della gara, inclusa la procedura di valutazione delle offerte e di aggiudicazione del contratto, nonché le varie formalità per la presentazione dell'offerta, incluso il termine.

I prezzi devono essere indicati nelle schede che ricalcano lo schema predisposto dal committente, evidenziando i costi dei materiali, della mano d'opera, dei trasporti, delle assicurazioni, dei servizi di assistenza successivi al completamento dell'opera. Tali schede sono contenute in buste sigillate separate dalla restante documentazione.

L'appaltante richiede anche la prestazione da parte di ogni offerente di un bid bond o "caution de soumission", cioè una garanzia a tutela della serietà dell'offerta. Esso serve a garantire all'ente appaltante che l'offerta non sarà revocata entro i termini.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

4. Le condizioni generali di contratto e le specifiche tecniche

Quanto ai **general terms and conditions** ed alle **technical specifications**, essi rappresentano rispettivamente le clausole di carattere generale e quelle di carattere tecnico che regoleranno il contratto, una volta che questo sia stato aggiudicato.

Le seconde sono contenute in **Annexes o Enclosures**, materialmente distinti dal documento che contiene le condizioni generali, ma sono anch'esse parte integrante del contratto.

Le condizioni generali del contratto sono generalmente redatti sulla base di modelli standard invalsi nella pratica, modelli preparati da organizzazioni internazionali, governative o private.

Non esiste quindi un unico testo di condizioni generali in uso sul mercato internazionale, ma vari testi standard che ogni ente elabora, completa, migliora (o peggiora a volte) a modo suo.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

Anche al fine di predisporre tali condizioni, come vedremo in seguito, gli enti appaltanti si avvalgono della collaborazione dei propri consulenti, che sono delle società di ingegneria (i consulting engineering) che hanno ormai assunto un ruolo determinante nelle gare per gli appalti internazionali.

In questa fase dell'appalto essi collaborano con l'appaltante alla predisposizione dei documenti di gara e nella selezione delle offerte, e svolgeranno inoltre altri compiti nella fase dell'esecuzione dei lavori

Tra i vari testi in uso, una menzione particolare merita quello concordato dalla Federazione Internazionale degli Ingegneri Consulenti (FIDIC) e dalla Federazione Europea della Costruzione, oggetto di continua rielaborazione sia sul piano europeo che extra-europeo.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

5. Obbligo dell'offerente di accettare le condizioni generali del bando

In genere i documenti di gara prevedono che l'offerente debba accettare integralmente le condizioni generali predisposte.

Chi in sede di offerta esprimesse tale accettazione non potrebbe poi pretendere di negoziarne la modifica in sede di stipulazione del contratto: l'eventuale rifiuto di sottoscrivere tutte le condizioni del *tender* equivarrebbe infatti a revocare l'offerta e quindi assoggetterebbe l'appaltatore al rischio dell'escussione del *bid bond*.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

D'altra parte spesso alcune clausole risultano inaccettabili; l'imprenditore offerente sarà quindi di fronte a questo dilemma: o chiederne la modifica in sede di offerta esponendo le opportune riserve, correndo però il rischio dell'esclusione dalla gara; oppure tentare di ottenere la modifica delle clausole inaccettabili una volta ottenuta l'aggiudicazione, ma rischiando in caso di mancato accordo di perdere la garanzia fornita col bid bond.

La rigidità dell'obbligo di accettazione in *toto* delle General Conditions è combattuta (o meglio si tenta di combatterla) attraverso la prassi della c.d. interpretazione condizionante: nella covering letter, cioè la lettera di accompagnamento dell'offerta, l'impresa formulerà delle riserve riguardo a determinate clausole contrattuali (ed eventualmente, ma più raramente, anche riguardo ad alcune specifiche tecniche), mascherandole però come postille interpretative delle clausole stesse.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

Altro sistema è quello di richiedere che eventuali osservazioni in merito a tali clausole vengano inserite nei verbali di riunione delle *pre-bid conferences*, cui si accennava precedentemente.

Non si può comunque dire che la questione sia risolta in modo soddisfacente. In ogni caso si può ricordare che talvolta si verifica una maggiore elasticità dell'ente appaltante, mentre in altri casi la rigidità è ancora più marcata con la previsione di misure sanzionatorie nei confronti delle imprese che si sono discostate dai general terms and conditions.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

Da ricordare ancora il fatto che talora può essere richiesto dall'ente committente la preventiva espressa accettazione dell'obbligo, in caso di aggiudicazione, di costituire una società locale, con funzionari eventualmente obbligati a risiedere nel paese, e dotata di un capitale sociale prestabilito interamente versato dalla stessa aggiudicataria.

A tale società faranno poi capo tutti i rapporti relativi alla esecuzione del contratto, e potrà anche essere richiesto che sia trasferita la proprietà dei beni materiali e dei mezzi d'opera impiegati dall'appaltatore, ad ulteriore garanzia quindi del committente.

Le condizioni per la partecipazione alla gara

6. L'aggiudicazione

La conclusione della prima fase delle procedure di gara si ha con la rituale cerimonia dell'apertura delle buste (tender envelope opening).

Quanto all'aggiudicazione, si può qui rilevare che non sempre la scelta dell'impresa vincitrice è fatta direttamente.

A volte esiste infatti una fase intermedia in cui dal numero di tutti gli offerenti (la c.d. long list) vengono selezionate solo alcune imprese (la short list) con le quali l'ente appaltante inizia dei contatti paralleli volti ad ottenere le migliori condizioni possibili.

La fase tra la presentazione delle offerte e l'aggiudicazione può a volte durare anche anni, e spesso in tale fase si assistono a varie forme di *pre-bid agreements* con cui diverse imprese offerenti si riuniscono in consorzi o *joint-ventures*.

7. L'entrata in vigore del contratto

L'entrata in vigore del contratto è generalmente differita al momento in cui le competenti autorità nazionali hanno rilasciato l'eventuale autorizzazione necessaria per la sua entrata in vigore.

Il materiale inizio dell'esecuzione rimane inoltre sospeso fino a quando non siano state adempiute le rispettive obbligazioni preliminari consistenti nel pagamento da parte del committente dell'importo pattuito a titolo di anticipo, con il rilascio da parte dell'appaltatore della relativa garanzia che abbiamo visto, *l'advance payment bond*, ed inoltre nell'immissione dell'appaltatore del possesso delle aree necessarie.

Le caratteristiche del contratto d'appalto

Il Contratto di Appalto

1. Appalto e vendita

Nel diritto italiano l'appalto è il contratto col quale “una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari l'esecuzione di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro” (art. 1655 c.c.).

Esso comporta quindi tre elementi essenziali:

- la produzione di un risultato;
- la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore;
- il rischio economico a carico dell'appaltatore.

Prescindendo per ragioni di tempo dalla differenziazione da altre figure, ci limitiamo qui a rilevare che nei casi concreti può talvolta non essere agevole distinguere l'appalto dalla compravendita, e non esistono criteri assolutamente certi per procedere alla qualificazione.

Le caratteristiche del contratto d'appalto

Distinguere le due figure, è però molto importante in quanto esistono sostanziali differenze tra la disciplina dell'appalto e quella della vendita:

- innanzitutto il momento del passaggio della proprietà della cosa, che nella vendita avviene al momento della conclusione del contratto (o quando la cosa viene materialmente ad esistenza nel caso di vendita futura), mentre nell'appalto si verifica al momento della accettazione dell'opera da parte del committente;
- nel caso dell'appalto sono spesso previste responsabilità per vizi di lunga durata;
- nell'appalto è generalmente riconosciuta all'appaltatore una facoltà di recesso che non trova riscontro nella compravendita;
- nell'appalto il committente dispone di un potere di controllo e di ingerenza nei lavori di cui non dispone in alcun modo il compratore.

Le caratteristiche del contratto d'appalto

Nel procedere ad una corretta qualificazione della fattispecie occorrerà quindi tenere conto di alcune considerazioni di base:

- l'appalto d'opera ha per oggetto un **facere** consistente nella realizzazione della cosa, ed il dare consistente nella fornitura della materia è puramente strumentale, nella compravendita invece l'oggetto del contratto è puramente un **dare**;
- nell'appalto assume quindi rilevanza l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore che si assume i rischi economici relativi alla realizzazione dell'opera, mentre nella compravendita l'attività diretta alla produzione del bene rimane del tutto estranea alla struttura del contratto;

Le caratteristiche del contratto d'appalto

- è sicuramente esclusa l'esistenza di un contratto di appalto quando la cosa rientri nel normale ciclo produttivo del fornitore, ancorché essa debba ancora venire ad esistenza, trattandosi in quest'ultimo caso di vendita di cosa futura;
- anche l'eventuale obbligo di installazione della cosa venduta non è solo sufficiente a trasformare il contratto di compravendita in un appalto laddove tale attività risulti una semplice prestazione accessoria che non intacchi la prevalenza dell'obbligo di fare rispetto a quello di dare.

Le caratteristiche del contratto d'appalto internazionale

In tema di appalti internazionali una prima riflessione da fare riguarda la differenza per un'impresa fra lavori da eseguire nel proprio paese ed i lavori della stessa natura e/o della stessa dimensione da eseguire in altri paesi.

L'appaltante e l'appaltatore non appartengono al medesimo sistema di norme giuridiche; il rapporto fiduciario è operativamente molto più debole e può quindi contare nella fase di approccio tra i contraenti, ma non può essere sostitutivo dei rapporti contrattuali scritti i quali devono anzi essere particolarmente rafforzati; l'impegno organizzativo delle risorse produttive, a parità di dimensione è naturalmente più rilevante nei lavori all'estero che non nel proprio Paese; i costi specifici sono in genere maggiori all'estero rispetto ai costi dei medesimi elementi nel proprio paese; le problematiche finanziarie sono più complesse.

Le caratteristiche del contratto d'appalto internazionale

Una seconda riflessione riguarda invece le articolazioni formali e sostanziali del contratto, sia in ordine alle difficoltà di definizione dei contenuti e della relativa regolamentazione, sia in ordine alle garanzie da offrire e acquisire.

I contratti sono infatti diversamente articolati in relazione allo specifico oggetto, al paese di destinazione, all'ente appaltante, alle normative da rispettare eccetera. I contratti dovranno quindi stabilire meccanismi automatici di funzionamento in misura adeguata per evitare incertezze interpretative rilevanti.

Bisogna precisare che i grandi appalti internazionali si caratterizzano per la esclusiva natura pubblica, o para pubblica, dei committenti.

Le caratteristiche del contratto d'appalto internazionale

E' per esempio noto come si sia creata una prassi internazionale relativa ai bandi di gara emessi da paesi in via di sviluppo per l'esecuzione di impianti volti a creare o a migliorare le infrastrutture di tali paesi. I bandi di gara emessi da paesi industrialmente sviluppati sono generalmente regolati dal diritto amministrativo interno o comunque dalla legislazione applicabile ai lavori pubblici.

Per i bandi emessi da paesi in via di sviluppo gli appaltatori stranieri insistono per trattare con la controparte su base paritaria, e quindi per una privatizzazione del rapporto, nonché per una sua internazionalizzazione quale contropartita di ampie responsabilità.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

1. Pagamento del prezzo: *criteri di determinazione del prezzo*

Un contratto di appalto o di engineering (sia di solo consulting che operativo) deve naturalmente specificare anche le obbligazioni del committente.

Tra le più importanti la tempestiva comunicazione delle istruzioni, la messa a disposizione di dati, informazioni, documentazione, spazi luoghi ed equipaggiamento necessario; la prestazione di particolari servizi (geologici, idrologici, ecc...), l'assistenza in *loco*, anche dal punto di vista amministrativo e legale.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Naturalmente però, il principale obbligo del cliente è quello di pagare il prezzo pattuito.

Per la determinazione del prezzo esistono vari criteri, elencati nella citata guida ONU alla redazione di contratti di consulting engineering, che nella pratica vengono spesso combinati tra loro.

Ad esempio nel caso di appalti a forfait spesso vengono individuate alcune attività secondarie, od eventuali, i c.d. minor works, per i quali è prevista una retribuzione in economia, sulla base delle tariffe a tempo delle varie categorie di personale impiegato e delle attrezzature utilizzate. Tali tariffe sono in genere inserite negli allegati tecnici al contratto.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

2. Pagamento del prezzo: *criteri di determinazione del prezzo*

Si differenzia dalla remunerazione a tempo quella a misura in genere utilizzata per attività meno specialistiche.

Si deve ricordare a questo proposito che nei capitolati tecnici è inserita un **bill of quantities** dove sono riportate, suddivise per categorie di lavori, le stime relative al complesso delle attività da svolgere.

Il **bill of quantities** è poi completato dalla **price list** che attribuisce ad ogni operazione un prezzo unitario (es. un metro cubo di terreno scavato, un metro di una determinata tubazione).

Qualora la direzione lavori (in genere il consulting engineer) attesti la congruità di un aumento dei quantitativi stimati eccedenti una data percentuale prestabilita, la remunerazione dei lavori aggiuntivi, gli **extra works**, si ottiene grazie alla moltiplicazione dei prezzi unitari. Gli importi totali così ottenuti saranno poi addizionati al restante importo già stabilito a titolo di forfait.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Come detto un'elencazione delle varie modalità di remunerazione è fatta dalla guida ONU alla redazione di contratti di **consulting engineering**. Vengono in particolare evidenziati i seguenti criteri:

TIME: consiste in una remunerazione a tempo, o in economia, che può essere espressa in termini mensili, settimanali, giornalieri od orari, ed essere calcolata su basi diverse in relazione ai diversi livelli di qualificazione professionale del personale. Come detto essa è generalmente utilizzata per i **minor works**.

PAYROLL COST MULTIPLIED BY AN OVERHEAD FACTOR PLUS DIRECT EXPENSES: in cui è previsto il rimborso dei costi del personale, moltiplicato per un coefficiente che comprende i costi generali ed il profitto, nonché il rimborso delle spese vive. Il coefficiente moltiplicativo varia ovviamente in relazione al tipo di attività, alla località in cui vengono eseguite, all'organizzazione dell'appaltatore, nonché ad altre circostanze specifiche.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

LUMP SUM (appalto a forfait): in questo caso è semplicemente prevista una somma forfettaria a copertura di tutte le obbligazioni dell'appaltatore, e nella quale possono essere o non essere comprese le spese. A questo criterio si può fare ricorso solo quando è possibile definire dettagliatamente le obbligazioni oggetto del contratto ed il tempo necessario per la loro esecuzione.

PERCENTAGE OF THE PROJECT'S CONSTRUCTION COST in cui il prezzo è costituito da una percentuale del costo complessivo del progetto da realizzare.

COST PLUS A PERCENTAGE FEE oppure COST PLUS A FIXED FEE, in cui è previsto il rimborso dei costi sostenuti dalla società di ingegneria, a cui viene aggiunto un importo determinato in percentuale oppure in forma fissa.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Non è escluso il ricorso a forme di pagamento anticipato (detto Retainer) nel caso di rapporti con una società di ingegneria che non sono di natura continuativa ma si esauriscono in singoli specifici interventi, ancorché ripetuti nel tempo. Tale sistema è riservato alle attività più propriamente consulenziali.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

3. Termini di pagamento

Quanto ai termini del pagamento essi sono predisposti in un apposito piano che prevede generalmente una prima rata di anticipo, più rate successive (su base mensile o trimestrale) a fronte dello stato di avanzamento dei lavori, ed un versamento finale a saldo, una volta decorso il periodo di garanzia.

Generalmente però, una percentuale di ogni pagamento è accantonata dal committente a titolo di garanzia: tali importi saranno corrisposti all'appaltatore o al momento dell'accettazione provvisoria, cioè all'inizio di decorrenza del periodo di garanzia, previo rilascio di fidejussione bancaria per lo stesso ammontare, oppure al momento dell'accettazione definitiva.

Bisogna però aggiungere, in tema di costi, che i prezzi dei materiali e della mano d'opera impiegati dall'appaltatore possono essere lievitati dal momento della formulazione dell'offerta a quello dell'esecuzione delle varie parti del contratto, che avviene sovente ad anni di distanza. Deve pertanto essere riconosciuto all'appaltatore il diritto al rimborso di tali differenze.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

4. Le penali e i liquidated damages

La “clausola penale” come regolata dal nostro ordinamento giuridico (artt. 1382 e ss. c.c.) ha la funzione di

- (i) determinare il *quantum* da risarcire in conseguenza del verificarsi di inadempimento o ritardo nell’adempimento,
- (ii) deterrente nonché sanzionatoria svolta dalla pena pecuniaria.

Alcuni ordinamenti, quali quelli dei paesi di common law, ritengono ammissibile la funzione risarcitoria, illegittima quella afflittiva o punitiva. Preso atto di questa sostanziale differenza con ordinamenti quali il nostro, che invece ammettono entrambe, dobbiamo concentrarci sul corretto utilizzo dei termini inglesi.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

In primo luogo, il risarcimento è definito compensation e la clausola in questione dovrà dunque avere funzione risarcitoria – compensatory -; per essere qualificata come tale, e dunque ammissibile, una clausola penale dovrà quantificare il danno da inadempimento in misura equa e commisurata – a genuine pre-estimate of damage -. La clausola penale sarà infine definita liquidated damages clause e non penalty clause. Il termine penalty infatti, individua nei paesi di common law una previsione contrattuale afflittiva e punitiva, non equa perché sproporzionata all'entità del danno conseguente all'inadempimento. Il nomen iuris, ovviamente, non supera in ultima istanza il reale contenuto della clausola che, al di là della definizione, può essere valutata dal giudice di common law come penalty clause e pertanto disapplicata (unenforceable), in quanto si riscontri una funzione afflittiva della clausola, piuttosto che riparatoria – punitive rather than compensatory -.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Per non correre inutili rischi è pertanto preferibile non utilizzare il termine *penalty*, o costrutti quali *by way of penalty* (a titolo di penale), salvo in quei contesti in cui il rapporto contrattuale sia regolato dall'ordinamento italiano o da altri ordinamenti che ritengono queste clausole pienamente legittime.

Nella contrattualistica internazionale si riscontra di frequente la presenza nella clausola penale, prudenzialmente denominata *liquidated damages clause*, di frasi quali: “The parties agree that this clause provides a realistic pre-estimate of our loss and is not intended to be a penalty”. Ciò che comunemente vengono chiamate penali, nei sistemi di *common law* vengono comunemente chiamati *liquidated damages*, quelle clausole di preliquidazione del danno.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

5. Garanzie e Responsabilità dell'appaltatore

Obbligazioni di garanzia

L'appaltatore che eseguirà i lavori assume un'obbligazione di risultato impegnandosi a garantire il raggiungimento dell'oggetto del contratto, attraverso l'iter concordato con il committente.

Grava quindi sull'appaltatore il rischio che l'attività non sfoci nel risultato promesso.

Egli è tenuto a garantire la conformità dell'opera alle prescrizioni contrattuali ed alle "regole dell'arte", pertanto qualora il committente dovesse rilevare che l'esecuzione procede in modo palesemente difforme da quanto concordato potrà aver luogo la risoluzione del contratto.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Dalla garanzia l'appaltatore è liberato in seguito all'accettazione definitiva dell'opera da parte del committente se questi conosceva o era in grado di riconoscere le difformità ed i vizi dell'opera.

Quanto ai vizi non riconosciuti e non riconoscibili malgrado l'effettuazione del collaudo, il committente, ancorché essi non precludano l'accettazione dell'opera, può farli valere in un momento successivo, purché li denunci ed eventualmente agisca in giudizio entro determinati limiti di tempo.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

6. Responsabilità

L'appaltatore (anche il consultant) può essere inadempiente in caso di ritardo rispetto ai termini previsti per l'espletamento delle singole attività indicate nel programma generale (Master Plan), in caso di esecuzione parziale di alcune di queste, o nel caso di adempimento inesatto. Sono prospettabili i seguenti rimedi:

a) in caso di ritardo: se il ritardo non si è ancora verificato, ma è solo temuto, il cliente può innanzitutto intimare di provvedere tempestivamente pretendendo anche dei c.d. sforzi supplementari (ad es. l'incremento del numero del proprio personale) senza diritto ad alcun compenso addizionale; se il ritardo si è già verificato l'appaltatore potrà essere tenuto al risarcimento del danno o al pagamento della penale convenuta.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

b) In caso di parziale inadempimento o di inesatto adempimento il cliente potrà richiedere l'esecuzione integrale, la correzione dei vizi.

Qualora esse non siano possibili, o nel caso di rifiuto da parte dell'appaltatore, quest'ultimo sarà tenuto a risarcire i danni sopportati dal cliente.

Se nessuno di questi rimedi si risolve nell'adempimento delle obbligazioni del consultant il cliente potrà risolvere il contratto, senza che ciò impedisca la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni. Appare comunque opportuno pre-determinare nel contratto i criteri di valutazione della rilevanza degli inadempimenti dell'appaltatore.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Da ricordare il fatto che talora il contratto, in alternativa alla risoluzione, in conseguenza di determinati inadempimenti dell'appaltatore, dispone che il committente subentri nel possesso delle opere in corso di esecuzione per portarle a compimento, in proprio (comunque avvalendosi di terzi) utilizzando i materiali i mezzi e le attrezzature dell'appaltatore, col vincolo per quest'ultimo di non rimuoverli senza autorizzazione del committente ed a pena di ingenti penali. Addirittura a volte è disposto che questi beni possano essere venduti dal committente fino al soddisfacimento dei propri crediti nei confronti dell'appaltatore.

I beni dell'appaltatore assumono quindi la funzione di rafforzare la garanzia offerta col performance bond.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

7. Limitazioni di 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.

Se le clausole del primo tipo attengono all'"an" delle della responsabilità dell'appaltatore, le seconde riguardano invece il "quantum" di tale responsabilità.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Sotto quest'ultimo profilo in particolare, si tende nella prassi a limitare l'ammontare dei danni risarcibili da parte dell'appaltatore, cercando di correlarli al corrispettivo pattuito che spesso costituisce il tetto massimo. Va precisato però che la validità o quantomeno la forma di queste clausole di limitazione di responsabilità deve poi essere verificata alla luce del diritto applicabile al contratto.

L'ordinamento italiano per esempio (ma anche in molti altri ordinamenti sono contenute disposizioni simili) ritiene nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave (art. 1229 c.c.), così come qualunque patto di preventivo esonero o limitazione di responsabilità per i casi ove il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca una violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

La responsabilità dell'appaltatore può altresì essere limitata mediante l'esclusione dei danni indiretti o dei consequential damages, danni che per evitare incertezze interpretative vengono generalmente elencati e specificati nel contratto.

Può inoltre essere prevista in ogni caso una liquidazione anticipata dei danni.

Sono comunque anche previste delle clausole di vero e proprio esonero da responsabilità in determinate circostanze: le c.s. clausole di Force Majeure che escludono la responsabilità della parte per il mancato adempimento dovuto ad un impedimento di forza maggiore sopravvenuto dopo la conclusione del contratto ed imprevedibile (ad esempio guerre, terremoti ed altri eventi della natura).

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Le parti possono inoltre prevedere nel contratto eventi e circostanze che pur non potendo ricadere nell'ambito di quelle rilevanti ai fini di un esonero da responsabilità, sono ciò nonostante in grado di alterare l'iniziale equilibrio economico e finanziario del contratto (hardship clauses). Esse potranno quindi fissare dei criteri e delle procedure per ripristinare l'iniziale equilibrio.

Si assiste però nella prassi ad un avvicinamento delle clausole di Force Majeure e di Hardship. In primo luogo l'esonero da responsabilità è previsto non solo in caso di impedimenti assoluti, ma anche in caso di eventi "beyond the control of the parties" o addirittura "beyond the reasonable control of the parties", inoltre anche in presenza delle clausole di F.M. si prevede anziché la risoluzione del contratto, la sua sospensione o la rinegoziazione.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

8. Sospensione e recesso

Nella prassi è infatti spesso prevista nei contratti anche la possibilità per ciascuna parte in determinate circostanze di sospendere l'esecuzione del contratto ovvero di recederne. Tale facoltà deve essere esercitata mediante preavviso scritto.

Al fine di evitare il protrarsi a tempo indeterminato di situazioni di stallo è opportuno prevedere un limite di tempo dalla sospensione, decorso il quale il contratto si considera risolto.

Si può inoltre prevedere nel contratto, qualora la sospensione si verifichi dopo che l'appaltatore ha iniziato la propria attività, che quest'ultimo abbia diritto al corrispettivo per l'attività già svolta oltre all'eventuale rimborso dei costi da sostenere durante la sospensione (fermo restando che questi costi devono però essere quanto più possibile limitati).

In linea con quanto spesso previsto dagli ordinamenti interni (ad es. il nostro art. 1671 c.c.) è prassi ormai consolidata nei contratti internazionali d'appalto quella di riconoscere al committente il diritto di porre fine unilateralmente al rapporto contrattuale, qualora la realizzazione dell'opera cessi di essere di suo interesse.

Le clausole principali del contratto di appalto e subappalto internazionale

Queste clausole vengono generalmente indicate col nome di termination without cause o termination for convenience. Gli effetti dell'esercizio di tale diritto vengono previsti nella clausola stessa.

In generale l'appaltatore, una volta comunicatogli la decisione del committente, dovrà porre in essere una serie di atti volti a ridurre quanto possibile il danno subito, interrompendo in particolare i lavori ed ogni altra attività connessa. In tale fase si può dire che l'appaltatore dovendo agire nell'interesse del committente deve adoperare la diligenza del mandatario.

Il compenso spettante all'appaltatore dovrebbe in linea di massima corrispondere ai danni che gli sarebbero spettati in caso di risoluzione per inadempimento del committente, ma le clausole usate nella prassi, ancorchè molto varie, tendono a limitare tale diritto. Comunque il mancato profitto è quasi sempre riconosciuto, anche se talvolta è determinato forfettariamente.

La proprietà dei lavori già eseguiti e pagati passa al committente al momento della risoluzione unilaterale da parte dello stesso.

Le clausole del contratto di appalto e subappalto internazionale

L'Accettazione

1. Accettazione provvisoria

Al termine dei lavori vengono eseguiti i tests volti a verificare l'affidabilità dell'opera, in seguito al superamento dei quali il committente è immesso nel possesso e diviene quindi responsabile della conduzione. Qualora l'oggetto dei lavori sia un impianto, il contratto può prevedere degli obblighi di assistenza a carico del consultant o dell'appaltatore, specie per quanto riguarda la formazione del personale del committente che deve essere debitamente addestrato.

Nella vasta gamma delle obbligazioni che possono essere assunte dalle imprese fornitrici dei servizi di consulenza si possono qui richiamare le c.s. prestazioni di operation and maintenance, che consistono nell'assicurare la realizzazione dei programmi di manutenzione e revisione dell'impianto successivamente alla scadenza del periodo della garanzia prestata dall'appaltatore.

Le clausole del contratto di appalto e subappalto internazionale

La presenza di minor defects, tali da non precludere la possibilità di utilizzo dell'opera, come detto non preclude l'accettazione provvisoria. Di tali vizi minori viene redatto apposito verbale in contraddittorio tra le parti con l'obbligo per l'appaltatore di porvi rimedio prima dell'accettazione definitiva.

Nella prassi vengono spesso posti a carico dell'appaltatore oneri la cui ampiezza non appare del tutto compatibile con l'immissione nel possesso e la conduzione dell'opera da parte del committente, quale quello di curare che le opere non subiscano e non arrechino danni. Appare invece opportuno per l'appaltatore che il contratto adotti opportuni temperamenti che tengano conto del trasferimento di almeno taluni rischi in capo al committente dal momento della accettazione provvisoria. Eventuali obblighi a carico dell'appaltatore durante il periodo di garanzia potrebbero anche costituire oggetto di autonome pattuizioni contrattuali separatamente retribuite.

Le clausole del contratto di appalto e subappalto internazionale

2. Accettazione definitiva

Decorso il periodo di garanzia detto maintenance period, periodo che si noti bene viene prorogato in seguito ad interventi di ripristino di parti difettose, il committente ha il diritto dovere di ricevere la proprietà dell'opera realizzata.

L'accettazione ha luogo in forma ufficiale mediante la redazione di un apposito verbale nel quale viene anche dato atto della chiusura di tutti i conti riguardanti i rapporti tra committente e appaltatore. Il committente può rifiutare l'accettazione definitiva nel caso di imperfezioni dell'opera, ma nel caso di rinvio pretestuoso non può escludersi che l'accettazione abbia luogo a prescindere dall'effettuazione delle operazioni ufficiali di presa in consegna.

Le clausole del contratto di appalto e subappalto internazionale

L'accettazione tacita può configurarsi qualora il committente compia uno o più atti consistenti nell'utilizzare l'opera che presuppongono la volontà di accettare l'opera e sono d'altro lato incompatibili con quella di non accettarla o accettarla con riserve.

L'accettazione implicita preclude al committente il diritto di avanzare successivamente azioni su difetti che erano evidenti.

All'accettazione definitiva consegue in ogni caso quanto segue:

- l'appaltatore è liberato dalla responsabilità per vizi conosciuti o riconoscibili dal committente, se quest'ultimo non ha avanzato specifiche riserve;
- l'appaltatore ha diritto al pagamento delle ultime rate del prezzo nonché della liquidazione delle quote ritenute a titolo di garanzia;
- la proprietà è trasferita al committente che assume pertanto tutti i rischi ad essa relativi.

Le clausole del contratto di appalto e subappalto internazionale

3. Vincoli destinati a durare nel tempo

Talvolta a carico del costruttore di opere destinate a durare nel tempo sono poste particolari forme di responsabilità. Un esempio ne è nel nostro ordinamento l'art. 1669 del codice civile in base al quale “se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta”.

Quanto a questa particolare norma, nonostante la dottrina ritenga che essa configuri una responsabilità di tipo contrattuale, la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione ritiene che si tratti invece di responsabilità extra-contrattuale.

L'esecuzione del contratto

Modificazioni apportate all'opera oggetto dell'appalto.

1. Modifiche dell'appaltatore

L'appaltatore deve eseguire l'opera in conformità alle prescrizioni contrattuali, pertanto non può portare di propria iniziativa alcuna variazione al progetto, ancorché le stesse appaiono utili e non comportino aumenti di prezzo. Egli potrà soltanto proporre delle variazioni da concordare con il committente, e che dovranno generalmente essere approvate per iscritto dal consulting engineer.

Qualora inoltre il corrispettivo sia previsto a forfait, non compete di regola alcun compenso aggiuntivo all'appaltatore per la realizzazione delle modifiche da esso stesso proposte.

L'esecuzione del contratto

2. Modifiche del committente

Il committente invece, come è naturale, dato che l'opera è realizzata nel suo interesse, può in qualunque tempo, almeno entro certi limiti, apportare delle variazioni al progetto iniziale.

Tale regola, già codificata da alcuni ordinamenti interni, tra cui il nostro (art. 1661 c.c.), ha raggiunto una tale diffusione nei contratti internazionali da far ritenere che sia ormai sorto un uso internazionale a tale riguardo.

Questo ius variandi è sottoposto ad una serie di limitazioni:

- le variazioni devono pur sempre essere ricomprese nell'ambito del c.d. "scope of the contract";
- le modifiche devono essere di entità ragionevole e non rappresentare ciò che viene definito come "cardinal change". A questo riguardo è previsto nella maggior parte delle clausole contrattuali un tetto massimo, espresso in una percentuale del prezzo oscillante intorno al 20%, nell'ambito del quale dette modifiche sono accettabili;

L'esecuzione del contratto

- sono infine previste determinate procedure formali per la notifica all'appaltatore del variation order.

In caso di modifiche ordinate dal committente l'appaltatore ha diritto ad un maggior compenso per i lavori aggiunti. Talvolta però le clausole prevedono una soglia, espressa ancora una volta in una percentuale del prezzo globale, prima della quale l'appaltatore non ha diritto a maggiori compensi. Problemi per la determinazione dell'adjustement del prezzo si hanno solo qualora fosse stato prospettato un corrispettivo a forfait, e non quando sia stata prevista la "bill of quantities" o "schedule of unit rates" che da diritto ad un compenso del tipo "cost plus".

In ogni caso l'appaltatore deve avere il diritto ad una ragionevole estensione dei termini di consegna qualora la modificazione della prestazione lo richieda.

L'esecuzione del contratto

3. Modifiche necessarie

A volte però nel corso dell'esecuzione alcune modifiche si rivelano necessarie, e ciò non solo a causa di vizi o lacune da cui il progetto sia affetto, ma anche a causa di esigenze di varia natura che possono manifestarsi nel corso della sua esecuzione. Appare opportuno disciplinare quindi nel contratto il limite superato il quale l'appaltatore possa vantare la facoltà di recedere del contratto (in Italia tale limite è fissato dall'art. 1660 in un sesto), vantando nel contempo il diritto ad un equo indennizzo. Un tale limite deve essere predisposto anche a favore del committente per il quale l'onere finanziario legato alla realizzazione del progetto può divenire eccessivamente oneroso.

Nella prassi si riscontrano spesso formulazioni contrattuali che prevedono trattamenti di particolare favore per il committente tendendo a limitare contrattualmente la possibilità che i prezzi possano notevolmente superare i preventivi iniziali a causa dei lavori aggiuntisi in corso d'opera.

L'esecuzione del contratto

Le clausole sottolineano spesso che rientra nell'oggetto dell'appalto, e quindi nel prezzo pattuito, tutto ciò che si rivelerà necessario per consegnare al committente l'opera completa ed in grado di assolvere agli scopi per cui è stata costruita: pertanto all'appaltatore non è concessa alcuna proroga nella consegna dei lavori né alcun ulteriore compenso sulla base del fatto che lo stesso appaltatore nel predisporre il calendario dei lavori avrebbe tenuto conto di tutte le circostanze di esecuzione del contratto. Per esempio con simili clausole viene talvolta posta a carico dell'appaltatore la bonifica dei terreni o la rimozione di ordigni bellici inesplosi.

Altre volte però, si legge che l'appaltatore non ha invero diritto al maggior compenso, ma può in tali casi esercitare la facoltà di recesso.

L'esecuzione del contratto

L'appaltatore nel formulare la propria offerta deve quindi prendere in considerazione tutte le caratteristiche locali che possono assumere rilevanza ai fini del calcolo del prezzo, sia con riguardo all'ordinamento locale che alla situazione dei luoghi interessati all'esecuzione dei lavori, compiendo anche opportuni sopralluoghi senza limitarsi alle informazioni fornite dal committente mediante le instructions to tender.

Tra i problemi più rilevanti da questo punto di vista, basta qui ricordare quello delle vie di accesso al luogo dei lavori, che a volte sono del tutto mancanti e scelta di subcontraenti da lui designati, cosiddetti nominated sub-contractors, molto spesso soggetti locali.

L'esecuzione del contratto

L'appaltatore dovrà cercare di tutelarsi contrattualmente con clausole di salvaguardia, sia in relazione alla qualità ed al prezzo delle forniture o dei servizi prestati, che dovranno allinearsi agli standard internazionali, sia, anzi soprattutto, in relazione alla possibilità di risolvere il sub contratto in presenza di gravi inadempimenti.

In ogni caso la disciplina del subappalto non differisce sostanzialmente da quella dell'appalto, nel senso che ai rapporti fra appaltatori e sub-appaltatori sono riferibili le medesime regole normative e giurisprudenziali.

L'esecuzione del contratto

LA COLLABORAZIONE TRA IMPRESE PER LA PARTECIPAZIONE AD APPALTI INTERNAZIONALI

1. Forme di collaborazione

Assistiamo nell'ambito degli appalti ad uno sviluppo delle forme di collaborazione tra imprese, che collaborano non più solamente con l'obiettivo di regolare rapporti di concorrenza, ma anche con ulteriori scopi quali ad esempio la realizzazione congiunta di complessi progetti industriali, di forniture, ricerche tecnologiche, cessione di know-how, produzione congiunta di semilavorati e molti altri ancora.

Il fenomeno è tutt'altro che nuovo ma si è andato indubbiamente estendendo negli ultimi anni. Le forme giuridiche attraverso cui si realizzano queste forme di collaborazione sono svariate, ma una parte della dottrina tende ormai a ricondurle in generale al termine unitario di "Joint-Ventures", termine peraltro mutuato dal diritto statunitense. In ogni caso si può rilevare che tali iniziative, pur nella varietà dei casi prospettabili, presentano dei tratti comuni.

L'esecuzione del contratto

2. La collaborazione tra imprese per l'esecuzione di contratti internazionali

La nostra indagine verterà esclusivamente sulle forme contrattuali di collaborazione adottate tra imprese per l'esecuzione di contratti internazionali. Tralascieremo invece le forme di collaborazione a base societaria, dato che queste sono strettamente alla legge statale di riferimento, e non lasciano spazio alla formazione di una regolamentazione transnazionale. Ci si può qui limitare a ricordare che in tali casi abbiamo accanto alla creazione della struttura societaria un accordo contrattuale tra i co-venturers che si configura alla stregua di un patto parasociale.

Le forme di cooperazione che esamineremo sono sorte e si sono sviluppate con lo scopo di ottimizzare le competenze tecniche e le capacità finanziarie di più imprese, nonché con lo scopo di ripartire i rischi relativi all'esecuzione di un contratto internazionale, in particolar modo di un contratto di appalto.

L'esecuzione del contratto

Tali forme di cooperazione sono spesso viste con favore dagli stessi committenti per i quali è sicuramente un vantaggio che l'opera venga realizzata da varie imprese con le adeguate capacità tecniche, finanziarie ed organizzative.

Talvolta però in capo al committente è predominante l'esigenza opposta di avere un'unica controparte contrattuale, per motivi di semplicità di rapporti e di immediata identificazione di un unico interlocutore responsabile dell'intero progetto. Per tali motivi si è assistito nella prassi alla nascita di due distinte forme di cooperazione tra imprese: l'una detta "interna" e l'altra detta "esterna", di cui parleremo in seguito.

Innanzitutto una premessa circa la qualificazione di una forma di cooperazione come internazionale: si parlerà infatti di cooperazione internazionale non solo nel caso di imprese di diversi paesi che collaborino alla realizzazione dell'opera, ma anche quando è internazionale il contratto che lega il committente alle singole imprese o alla capocommessa.

L'esecuzione del contratto

3. Il sub-contratto

Prima di parlare delle vere e proprie forme di cooperazione, dobbiamo ovviamente soffermarci su quella che ne costituisce la forma più elementare, consistente nel sub-contratto di parti dell'opera da parte dell'aggiudicatario dell'appalto, detto main o prime contractor ad un'altra impresa. Il subcontratto si distingue nettamente dalla cessione del contratto, detta assignement, la quale implica invece che un terzo si sostituisca ad uno dei contraenti che viene quindi estromesso dal rapporto contrattuale.

Conseguenza dell'autonomia del sub-contratto è che nel diritto del commercio internazionale il committente non può esperire azioni dirette nei confronti del sub contraente, il quale a sua volta non può agire direttamente nei confronti del committente. Azioni dirette di tal genere sono però talvolta previste dalle norme di diritto nazionale che generalmente in tali casi si configurano come norme di applicazione necessaria.

L'esecuzione del contratto

4. Differenza tra sub contraente e vendor

Condizione per l'esistenza di un sub contratto è che la prestazione del sub contraente non sia ad esecuzione istantanea, come invece avviene quando il contraente principale acquista beni fungibili prodotti in serie da terzi, c.d. vendors. I beni o anche servizi forniti dal vendor (p.e. anche servizi assicurativi, bancari o di custodia) vengono forniti senza uno specifico riferimento al contratto principale, nel senso che essi non sono in genere “tailored” ai fini specifici dell'esecuzione delle prestazioni del contratto principale.

Il contratto principale non influenza quindi da un punto di vista giuridico il rapporto tra il contraente principale ed il fornitore, anche nei casi in cui il vendor ne è a conoscenza, mentre il sub contraente è responsabilizzato nella misura stabilita dal contratto o sulla base dei principi generali. Nella prassi del commercio internazionale sono pertanto generalmente accettate con riferimento ai vendors delle limitazioni di responsabilità: gli obblighi relativi saranno quelli di “replace or repair” i beni o servizi difettosi, senza ulteriori conseguenze risarcitorie che si assumono come non prevedibili da parte del vendor.

L'esecuzione del contratto

Discorso opposto vale per il sub contraente che in linea di massima è responsabile di tutte le conseguenze del suo inadempimento nei confronti del contraente principale, salvo le limitazioni, peraltro frequenti, stabilite nel sub contratto.

Va quindi rilevato che mentre il sub contratto, ed in particolare il subappalto, è generalmente soggetto all'autorizzazione del committente, ciò non si verifica in relazione a forniture effettuate dal vendor al contraente principale.

Bisogna poi rilevare che talvolta il sub contraente è imposto dallo stesso committente (si tratta spesso di imprese locali): siamo di fronte alla figura cui si è già accennato dei c.d. nominated sub contractors. Nemmeno questa scelta da parte del cliente vale però a limitare la responsabilità del contraente principale che rimane l'unico soggetto a rispondere direttamente nei confronti del contraente. Si è a tale proposito già accennato alla necessità che il contraente principale si cauteri con opportune clausole di salvaguardia.

L'esecuzione del contratto

5.Sub contratto trasparente e non trasparente

Il sub contratto può essere non trasparente o trasparente.

Siamo di fronte ad un sub contratto del primo tipo quando le sue clausole non si richiamano in alcun modo al contratto principale. Nel secondo caso invece, le clausole del sub contratto attribuiscono rilievo giuridico o a clausole del contratto principale, nel senso che le recepiscono *mutatis mutandis*, ovvero anche ad eventi che si verificano nel corso dell'esecuzione del contratto principale, quali pagamenti o decisioni del cliente (c.d. clausole di pari passo o di back to back).

In entrambi i casi non si presumono limiti alla responsabilità del contraente del tipo di quelli visti nel caso dei vendors, ma spesso nel caso di sub contratti non trasparenti sono previste clausole di limitazione della responsabilità del sub contraente relativamente ai danni che il contraente principale dovrà risarcire al committente in conseguenza di propri inadempimenti causati da inadempimenti del sub contraente

L'esecuzione del contratto

(Si pensi al caso del contraente principale che debba pagare una penale pari al 10% del valore del contratto del ritardo o dell'inadempimento di un sub contractor che debba eseguire il 5% dei lavori: se il primo contraente si rivalessse interamente sul sub contraente questo sarebbe tenuto a pagare una penale pari al doppio del valore della propria parte dei lavori!).

Nella sua forma più semplice il sub contratto trasparente rimane comunque giuridicamente autonomo rispetto al contratto principale, e gli eventi che condizionano l'esecuzione del contratto principale rilevano solo in quanto le condizioni di fatto che ne sono alla base producono lo stesso effetto sul sub contratto. Per esempio se si risolve il contratto principale in base ad una clausola risolutiva richiamata anche nel sub contratto, quest'ultimo si risolverà non per effetto della risoluzione del contratto principale, ma perché lo stesso evento di fatto (ad ese. un caso di force majeure) ha determinato sia la risoluzione del contratto principale che la risoluzione del subcontratto.

L'esecuzione del contratto

Diverso è il caso in cui la trasparenza è più accentuata nel senso che il sub contratto non si limita a richiamare le clausole del contratto principale, ma attribuisce un effetto giuridico diretto sul sub contratto agli eventi relativi al contratto principale (ad es. le clausole c.d. “if and when” o “pay when paid” che condizionano il pagamento del subcontraente al pagamento da parte del committente all'appaltatore.

La trasparenza può comunque talvolta operare in senso opposto in relazione a richieste che il sub contraente può rivolgere al contraente principale per ottenere pagamenti addizionali o dilazione dei termini di consegna in base ad azioni od omissioni del committente. In tal caso l'unico obbligo del contraente principale consisterà nel sottoporre i claims avanzatigli dal sub contraente al committente facendoli propri, mentre il sub contraente si impegna ad accettare la decisione presa a tale proposito dal committente.

Il sub contraente si vede accollare così oltre ai rischi relativi al proprio rapporto con il contraente principale, anche quelli derivanti da eventuali comportamenti illegittimi del committente.

L'esecuzione del contratto

E' un po' come se il sub contraente fosse a sua volta firmatario del contratto principale, con la sostanziale differenza che egli non ha alcuna legittimazione ad agire nei confronti del committente, il che è tanto più grave in quanto come visto gli viene negato anche ogni ricorso verso il contraente principale.

Resterà però salva una eventuale azione del sub contraente nei confronti del contraente principale qualora questo non abbia usato la dovuta diligenza nel far valere nei confronti del committente i claims in questione: caso particolare, a tale riguardo, sarà quello in cui l'appaltatore sottoponga congiuntamente claims propri e claims del sub contraente accettando poi una soluzione transattiva (problemi simili si verificano del resto anche nel consorzio interno con riferimento all'impresa leader).

Per evitare ulteriori problemi sarà opportuno poi evitare che contratto principale e sub contratto trasparente siano sottoposti a giurisdizioni o leggi differenti, e prevedere altresì l'intervento del sub contraente nelle procedure relative alle controversie tra committente e appaltatore relative alle prestazioni dovute al sub contraente.

L'esecuzione del contratto

6. Sub contratti occulti e apparenti

Resta infine da ricordare in materia di subappalto che esistono figure da un lato di c.d. sub contratto occulto e dall'altro di sub contratto apparente.

Nel primo caso abbiamo un contratto di sub appalto tra le parti dissimulato nei confronti del committente o dei terzi sotto altre forme di cooperazione. Tra le esigenze che possono spingere a tale soluzione sono da ricordare quelle fiscali, nel caso in cui la legislazione fiscale del paese di esecuzione dei lavori non abbia introdotto un sistema di imposizione sul valore aggiunto, o qualora i sub contraenti non beneficiassero di eventuali esenzioni d'imposta concesse al contraente principale da Stati o loro Enti.

L'esecuzione del contratto

Le parti dovranno però chiarire molto precisamente al loro interno che il rapporto che le lega è un vero e proprio sub contratto.

Il sub contratto apparente si ha invece quando il desiderio delle parti è quello di realizzare una forma di cooperazione, mentre il cliente non intenda concludere accordi con più consorziati o Joint ventures, ma pretenda di avere un unico interlocutore. Tale interlocutore dovrà quindi stipulare il contratto con il cliente e un sub contratto apparente con gli altri partners, riproducendo però in un accordo interno con gli apparenti sub contraenti quella situazione di maggiore integrazione che si intendeva realizzare.

L'esecuzione del contratto

IL CONSORZIO INTERNAZIONALE

1. L'animus cooperandi

Esistono però delle forme di cooperazione che a differenza del subcontratto pervade tutte le parti del rapporto contrattuale e non solo alcune di esse.

Nell'ambito di tali rapporti contrattuali si possono distinguere due diverse tipologie:

- a) ciascuna impresa si assume l'obbligo e la responsabilità dell'esecuzione di una parte dell'opera, sopportando a livello interno il rischio economico legato alla realizzazione di quella parte dell'opera (ferma restando quindi la responsabilità solidale delle varie imprese nei confronti del committente);
- b) le imprese congiuntamente si assumono l'obbligo di eseguire congiuntamente l'opera attraverso l'imputazione ad un unico centro di contabilità di tutti i costi ed i ricavi relativi all'esecuzione.

L'esecuzione del contratto

Nel primo caso al termine del contratto ci potranno essere alcune imprese che hanno realizzato un utile a fronte di altre che hanno subito perdite, mentre nel secondo caso la differenza tra costi e ricavi determinerà o un utile o una perdita che verranno suddivisi tra le imprese secondo quote prefissate.

Le due forme come si nota sono molto diverse, e in parte della dottrina e nella prassi si è ricorso a una differenziazione terminologica, riferendosi con il termine di consorzio internazionale per il primo tipo, e col termine di Joint venture internazionale a quelle del secondo tipo. Per comodità espositiva adotteremo questa terminologia.

Quanto alla legge applicabile a tale forme di cooperazione, in mancanza di una espressa previsione, a fronte di una opinione dottrinale che ritiene applicabile la legge del contratto per la cui esecuzione esse sono state attuate, la giurisprudenza arbitrale internazionale tende giustamente a prescindere da tale opinione in quanto si è rilevato che tale legge è il più delle volte frutto di una imposizione del committente. Molto spesso si tende ad applicare la legge del luogo in cui il consorzio o la Joint venture hanno la sede.

L'esecuzione del contratto

2. Il consorzio esterno

Quanto al consorzio internazionale si deve ricordare che esistono anche in questo caso dei significativi contratti-tipo predisposti da associazioni di categoria o organizzazioni internazionali, tra cui sono da ricordare il “Consortium Agreement for Tender and Execution of Turn-key Projects” della Japan Machinery Exporter’s Association (JMEA) nonché le Guide elaborate dall’ORGALIME (Organisme de Liason des Industries Métalliques Européennes) e dalla Economic Commission for Europe dell’ONU).

Per quanto riguarda i rapporti con il committente il consorzio può essere di due tipi: esterno oppure interno.

Il consorzio esterno si ha allorché, come avviene nella maggioranza dei casi, tutte le imprese sono co-firmatarie del contratto con il committente. Il contratto menziona in genere l’esistenza del vincolo consortile e l’impresa che assume il ruolo di leader, o capocommessa. Spesso viene enunciata nel contratto la ripartizione dei lavori tra le imprese, e talvolta lo stesso contratto di consorzio ad essere allegato all’offerta o al contratto principale.

L'esecuzione del contratto

3.La responsabilità solidale nei confronti del committente nel consorzio stesso

Caratteristica del consorzio esterno è la responsabilità solidale delle imprese consorziate nei confronti del committente: anche qualora tale principio non fosse espressamente enunciato nel contratto principale, è da ritenere che operi nella lex mercatoria quella presunzione di solidarietà che è del resto comune a molti ordinamenti nazionali (es. art. 1294 c.c. italiano). Tale presunzione viene meno solo nel caso di esplicita esclusione, non valendo a tal fine nemmeno la mera enunciazione nel contratto principale della ripartizione delle opere, ancorché non omogenee, da eseguire da parte di ciascuna impresa.

Quanto al contenuto di tale responsabilità, nessun problema se si tratta di una responsabilità pecuniaria (ad es. nel caso di penali per ritardi): le altre imprese dovranno pagare quanto dovuto.

L'esecuzione del contratto

Nel caso invece in cui l'inadempimento si riferisca ad un mancato facere da parte di una impresa, ci si chiede quali obblighi la responsabilità solidale possa implicare nei confronti del committente: se cioè le altre imprese siano obbligate a eseguire la prestazione non eseguita dall'impresa inadempiente o siano solo tenute ad un risarcimento pecuniario del danno subito dal committente.

Nel caso le imprese abbiano assunto l'obbligo di eseguire prestazioni tra loro omogenee e fungibili, sicuramente la responsabilità solidale si traduce in una vera e propria co-obbligazione ad eseguire la parte di lavori non eseguiti dall'impresa inadempiente.

Nel caso di prestazioni infungibili, non è invece possibile giungere alla stessa conclusione. Ben potrebbe verificarsi il caso in cui le imprese diverse da quella inadempiente non abbiano le capacità tecniche per eseguire i lavori che alla stessa facevano capo.

L'esecuzione del contratto

Nella prassi le imprese hanno sempre trovato una soluzione alternativa consistente nel reperire un'altra impresa che sostituisce quella inadempiente, sia completando esse stesse, ove possibile, i lavori compiuti, sopportando i maggiori costi implicati rispetto al progetto originario da tali misure correttive.

Sembra quindi potersi concordare con la tesi secondo la quale la responsabilità solidale debba intendersi in tali casi come comportante l'obbligazione per tutte le imprese di reperire una soluzione alternativa che permetta la realizzazione dell'opera senza costi aggiuntivi per il committente. Non mancano però autorevolissime voci secondo le quali, così come previsto nel nostro ordinamento interno all'art. 1307 c.c., la solidarietà trova limite nell'infungibilità-impossibilità della prestazione dovuta: pertanto agli altri consorziati incomberebbe solo l'obbligo di far conseguire al committente il valore della prestazione dovuta dall'impresa inadempiente.

L'esecuzione del contratto

4. Il consorzio interno

Diverso da quello esterno è il consorzio interno nel quale una sola impresa firma il contratto con il committente, mentre le altre non hanno con questo alcun rapporto contrattuale, e da un punto di vista formale risultano come sub contraenti dell'impresa firmataria. Sarà quindi un accordo interno tra le imprese, un accordo cioè al quale il committente è estraneo, a realizzare tra le imprese le ripartizioni di competenze e di responsabilità proprie del consorzio. Inutile dire che i sub contratti tra la firmataria e le altre imprese saranno dei sub contratti apparenti, che rileveranno a fini fiscali, valutari o doganali.

L'impresa leader nel caso di consorzio interno diventa quindi contraente del contratto principale, ed agisce come mandataria in nome proprio ma per conto delle altre imprese.

L'esecuzione del contratto

E' evidente che in questo caso non ci sarà responsabilità solidale delle consorziate verso il committente, ma da ogni inadempimento deriverà una responsabilità per l'impresa leader che potrà poi rivalersi sulle altre imprese secondo gli accordi del contratto interno.

Non è peraltro escluso, anche se molto raro, il caso che le imprese non firmatarie del contratto principale assumano mediante separato accordo con il committente responsabilità solidale nei suoi confronti. Qualche volta si assiste invece ad un accordo di consorzio interno tra imprese che a seguito di un c.d. team bid,, hanno assunto vincoli contrattuali separati con il committente.

L'esecuzione del contratto

5. La responsabilità tra le imprese consorziate

Quanto alle responsabilità delle varie imprese all'interno del consorzio, sia esso interno o esterno, vale la regola secondo la quale ciascuna impresa sopporta il rischio economico relativo alla parte dell'opera che deve eseguire.

A tale elemento di rischio si aggiunge poi quello derivante per ciascuna impresa dal fatto che la propria parte di lavori è altresì collegata a quella di competenza delle altre (si pensi a quanto già ricordato in tema di sub contratto). Il contratto di consorzio dovrà quindi definire chiaramente la responsabilità di ciascuna impresa nei confronti delle altre.

Vale la pena di specificare che i danni causati alle altre consorziate possono essere aggiuntivi rispetto a quelli dovuti al committente (quando cioè è stato causato un danno al committente ed ulteriori danni ad altre imprese), sostitutivi degli stessi (quando si sono causati danni ad altre imprese che hanno evitato però di causare danni al committente, ad esempio mediante le c.d. procedure di accelerazione), od essere addirittura da essi del tutto indipendenti (si pensi al caso del mancato conseguimento di un bonus per consegna anticipata).

L'esecuzione del contratto

Esistono due criteri di base adottati nella prassi, che però vengono generalmente mitigati con il ricorso ad una notevole gamma di soluzioni intermedie: il criterio della piena responsabilità ed il criterio del mutuo soccorso:

a) In base al criterio della piena responsabilità l'impresa inadempiente sopporta integralmente le conseguenze del proprio inadempimento sia per i danni causati al committente che per quelli causati alle altre consorziate. Tra l'altro, giova ricordarlo, nel contratto di appalto è dedotta un'obbligazione di risultato e l'inadempimento non va valutato in base ad un criterio di colpa-diligenza, ma consiste nella pura e semplice mancanza del risultato promesso. Questo principio si applica quindi anche nei rapporti tra le imprese consorziate.

Non è infrequente che vengano comunque previsti delle limitazioni all'ammontare dei danni risarcibili, ovvero che tali danni vengano forfettizzati mediante il ricorso a clausole penali interne.

L'esecuzione del contratto

b) il criterio opposto è invece quello detto del mutuo soccorso, che implica una ripartizione dei rischi tra i vari contraenti su basi diverse dalla imputazione di responsabilità. L'abbandono del criterio della piena responsabilità è giustificato dal fatto che esso determina un'eccessiva estensione del rischio a carico di ciascuna impresa, ed è inoltre di difficile attuazione pratica in quanto non è sempre agevole individuare a quale impresa è imputabile l'inadempimento.

Il criterio in oggetto può coprire tanto i casi in cui la causa dell'inadempimento sia ignota, quanto quelli in cui esiste una vera e propria imputazione di responsabilità, operando in tal caso come una sorta di coassicurazione interna. Esso potrà poi coprire anche una serie di rischi interni che sono comuni a tutte le imprese, in quanto non rientrano nell'ambito specifico della prestazione di ciascuna di esse. Anzi talvolta le clausole di mutuo soccorso riguardano esclusivamente tale tipo di rischi.

L'esecuzione del contratto

Restano invece sempre a carico dell'impresa inadempiente i maggiori oneri che essa dovrà sopportare al proprio interno a causa dell'inadempimento, in quanto essi fanno parte di quel rischio imprenditoriale relativo alla specifica attività di ciascuna impresa che non viene ripartito con gli altri membri di un consorzio.

Per ciò che concerne la distribuzione delle conseguenze economiche tra i vari consorziati, i criteri adottati tengono generalmente conto della percentuale degli importi contrattuali delle varie imprese rispetto all'importo totale del contratto.

L'esecuzione del contratto

6. La responsabilità dell'impresa capogruppo

Particolari responsabilità possono far capo all'impresa leader nei confronti delle altre consorziate, tanto più che nei consorzi interni la capogruppo agisce in nome e per conto delle altre imprese. Essa infatti mantiene in genere i rapporti con il committente e con altri terzi, e spesso ha anche delle competenze di carattere decisorio relative ai rapporti tra i membri del consorzio.

Bisogna però precisare che essa risponderà nei confronti delle altre imprese secondo i normali criteri della colpa-diligenza. Inoltre particolare elasticità sarà necessaria nel valutare il comportamento della capogruppo qualora le siano conferiti poteri decisorii discrezionali.

Nel caso poi di quei particolari organi del consorzio (comitati di coordinamento, comitati di gestione, steering committees) nel quale tutti i membri sono rappresentati e che decidono, alla unanimità o in base a criteri di maggioranza, su questioni di interesse comune non demandate all'impresa leader, è da ritenere che non sorgano responsabilità a carico delle imprese per i voti espressi. Una valutazione di tali comportamenti sarà oggetto di possibile valutazione solo in base ai principi generali di buona fede e correttezza.

L'esecuzione del contratto

7. Clausole di durata

Quanto alla durata del contratto di consorzio bisogna innanzitutto premettere che esso può cessare prima della conclusione del contratto principale.

Esso contempla infatti le seguenti tre fasi, di cui la seconda e la terza si pongono come eventuali:

- la presentazione dell'offerta;
- la negoziazione del contratto;
- l'esecuzione dei lavori.

L'esecuzione del contratto

Una tipica clausola di durata prevede quindi la cessazione del contratto di consorzio al verificarsi dei seguenti eventi:

- a) mancato accordo dei consorziati in merito alla presentazione dell'offerta;
- b) aggiudicazione del contratto ad altri offerenti;
- c) decisione del committente di non provvedere all'aggiudicazione del contratto;
- d) decorso di un determinato periodo di tempo dall'offerta senza che vi sia stata alcuna aggiudicazione;
- e) completamento dell'esecuzione del contratto principale con il committente.

Da ricordare infine che il recesso volontario è regolato dalle norme generali sull'inadempimento contrattuale, mentre l'ingresso di nuovi membri non può avvenire che con il consenso di tutti i partecipanti.

L'esecuzione del contratto

LA JOINT VENTURE INTERNAZIONALE

1. La Joint Venture internazionale

Esiste poi un'altra forma di collaborazione temporanea tra imprese in ambito internazionale che abbiamo indicato con il termine di Joint Venture Internazionale, ancorché come detto parte della dottrina riconduca sotto questo termine ogni forma di collaborazione tra imprese, con inclusione del consorzio.

Come detto la Joint venture si differenzia notevolmente dal consorzio per vari motivi:

- i profitti e le perdite risultanti dall'esecuzione complessiva dell'opera sono ripartiti tra i membri secondo le rispettive quote, e rischi e responsabilità connessi al contratto principale sono pertanto comuni a tutte le imprese;
- le risorse in denaro o in natura con cui i membri contribuiscono all'esecuzione del contratto divengono di proprietà comune, mentre nel consorzio restano di proprietà dei singoli membri;
- la gestione del contratto con il committente deve essere effettuata congiuntamente dai membri che devono perciò assicurare una direzione unitaria efficace, la sua parte di lavori ed alla capogruppo o ai comitati di gestione sono lasciati compiti di puro coordinamento.

L'esecuzione del contratto

Si può quindi concludere che mentre il consorzio è uno schema contrattuale finalizzato alla suddivisione in più parti di un'opera complessa, in cui è necessario assicurare il coordinamento dell'attività dei membri nonché precisarne le rispettive responsabilità, la Joint venture, pur rimanendo una forma di cooperazione a base contrattuale che non dà vita ad un nuovo soggetto giuridico, presenta una certa parentela con schemi di tipo societario, in cui le parti si ripartiscono gli utili secondo le rispettive quote di partecipazione.

Al fine di evitare che una simile forma di cooperazione possa nell'ambito di particolari ordinamenti interni essere ricondotta all'ambito di schemi societari, particolarmente importante diventa quindi la necessità di una evidenziazione della volontà di "delocalizzare" il contratto non solo dandogli per esteso il contenuto desiderato, ma ponendosi anche al di fuori dell'ambito di applicazione degli ordinamenti interni, ferme restando però eventuali norme di applicazione necessaria.

L'esecuzione del contratto

2. Joint venture interna ed esterna

Anche la Joint venture può essere tanto esterna quanto interna.

Nel caso di Joint venture esterne il contratto principale col committente viene firmato da tutti i membri, ma, diversamente dai consorzi, non sarà in esso normalmente menzionata la suddivisione delle opere di competenza di ciascuna impresa in quanto è la Joint venture nel suo insieme a farsi carico dell'esecuzione di tutti i lavori.

Anche i membri della Joint venture esterna sono solidalmente responsabili nei confronti del committente, valendo anche per questa forma di collaborazione una presunzione di solidarietà nel silenzio del contratto. La responsabilità solidale però, nella Joint venture si configura diversamente, nel senso che essendo la prestazione nel suo complesso indivisa, il committente potrà sempre pretendere l'esecuzione della stessa da ciascuno dei co-venturers.

L'esecuzione del contratto

Nella Joint venture interna, invece, una sola è l'impresa firmataria del contratto che assume nei controlli del committente la responsabilità dell'intera opera. Qui non è però necessario quel dualismo di rapporti che abbiamo visto concretarsi nel consorzio interno nella stipulazione di sub contratti apparenti con le altre imprese, perché nei rapporti interni l'opera viene eseguita congiuntamente e non c'è una responsabilità da suddividere. Il contratto multilaterale di Joint venture sarà l'unico documento a regolare i rapporti tra le parti.

Ovviamente non vi sarà nella Joint venture interna alcuna responsabilità solidale nei confronti del committente, e valgono al riguardo le considerazioni espresse in tema di consorzio interno.

L'esecuzione del contratto

3. Ripartizione di responsabilità

Data la particolare struttura della Joint venture non ritroviamo qui la problematica tipica del consorzio relativa ai criteri di ripartizione dei rischi e di mutuo soccorso tra i membri: per definizione nella Joint venture tutti i rischi sono comuni e vengono sopportati pro quota dai vari partners.

E' evidente che questa forma di collaborazione realizza quindi una integrazione decisamente maggiore di quella del consorzio, e maggiore importanza rivestono quindi gli organi collegiali di gestione che dovrebbero presupporre la regola dell'unanimità decisionale, anche se spesso prevale invece il principio maggioritario ed il sistema evidenzia alcuni limiti.

L'esecuzione del contratto

MODALITA' DI ESECUZIONE DEI LAVORI

1. Esecuzione da parte della Joint venture

Esistono diverse modalità con cui la Joint venture può provvedere alla materiale esecuzione dei lavori.

Nell'ipotesi più semplice, e più frequente, la Joint venture non sub appalta i lavori e li esegue essa stessa con personale assunto per l'occasione, (seconded), o con personale assunto per l'occasione, ed allo stesso modo con materiali e attrezzature acquistati o presi in locazione presso terzi o presso i propri membri. Gli atti giuridici relativi sono effettuati a nome congiunto di tutti i membri o a nome dell'impresa leader (soprattutto nel caso di Joint ventures interne).

I costi relativi al personale assunto ed alle attrezzature reperite vengono contabilizzati come costi per la Joint venture e detratti quindi dai ricavi al fine di determinare l'utile residuo da distribuire.

Nel caso di personale "distaccato" di uno dei membri, tale membro addebiterà alla Joint venture i relativi costi.

L'esecuzione del contratto

Il problema sarà in tal caso quello di assicurare da un lato una uniformità di criteri di contabilizzazione e dall'altra un comportamento corretto da parte dei vari co-venturers volti a prevenire il sorgere di situazioni di conflitto d'interessi.

L'organizzazione dell'esecuzione dell'opera, come detto, è assunta dalla Joint venture, che la eserciterà attraverso i suoi organi di gestione.

Tutte le responsabilità in cui essa potrà incorrere si tradurranno in costi che andranno a ridurre l'utile da ripartire tra i membri, e non saranno configurabili azioni risarcitorie da parte di membri nei confronti di altri membri.

Lo stesso discorso vale anche, al contrario, per eventuali claims o pretese risarcitorie che la Joint venture abbia ad avanzare nei confronti del committente, e che, ove accolte, si risolveranno in maggiori utili da distribuire pro quota.

L'esecuzione del contratto

2. Sub contratto a terzi

Altra ipotesi è quella in cui la Joint venture sub contratti a terzi l'esecuzione dell'opera o parte di essa. Naturalmente il prezzo pagato ai sub contraenti si risolverà in costi per la Joint venture, che però potrà rivalersi su tali terzi a norma del sub contratto per i danni subiti a causa di loro inadempimenti.

L'esecuzione del contratto

3. Sub contratto a membri della Joint venture

Un'ulteriore ipotesi, che costituisce indubbiamente una figura spuria tra le tre diverse forme di collaborazione esaminate (sub contratto, consorzio e Joint venture) si ha quando la Joint venture sub appalta l'esecuzione di parti dell'opera a propri membri. Il membro sub contraente si trova infatti a questo punto, relativamente alla parte di lavori subappaltati, in una situazione del tutto simile a quella del membro di un consorzio.

Naturalmente questa soluzione espone al rischio di ancora più gravi conflitti di interessi, e pertanto in genere l'eventuale affidamento in sub contratto, con la determinazione del relativo prezzo, è già definita nell'originario contratto di Joint venture.

Conflitti di interessi si possono però naturalmente verificare anche qualora il partner sub contraente avanzi claims nei confronti della Joint venture, o quando la Joint venture voglia rivalersi sul sub contraente per pretese risarcitorie del committente.

L'esecuzione del contratto

GLI ORGANI DI GESTIONE

1. L'impresa leader

Mentre nel consorzio l'esigenza principale è quella di coordinare le prestazioni a carico dei vari membri, nella Joint venture è l'esecuzione dell'intera opera a dover essere gestita congiuntamente.

Un ruolo particolare assume pertanto l'impresa leader, o sponsor, designata con lo stesso contratto di Joint venture:

- nelle Joint ventures esterne essa potrà agire nei confronti dei terzi come semplice "nuncius" della volontà delle imprese riunite, o invece come vera e propria mandataria in nome e per conto di esse. Sarà comunque necessario che le varie imprese identifichino un procuratore comune che entri, a nome di tutte, in rapporto con i terzi, in quanto non sembra particolarmente praticabile l'alternativa di stipulare tali rapporti sempre a nome congiunto;

L'esecuzione del contratto

- nelle Joint ventures interne l'impresa leader agirà sempre in nome proprio, ancorché per conto delle altre imprese.

Alla capofila sono normalmente demandati gli atti di ordinaria amministrazione nell'esecuzione del contratto principale, in relazione alla quale essa si atterrà sia alle clausole del contratto di Joint venture che alle eventuali deliberazioni degli organi collegiali comuni. Essa risponderà di tale operato nei confronti degli altri membri secondo i normali criteri di colpa-diligenza, nonché di quelli della correttezza-buona fede soprattutto dal punto di vista spesso ricordato di conflitti d'interessi. Spesso poi essa si fa coadiuvare nelle proprie funzioni da un Project Manager, che essa può nominare, ed in tal caso questi risponderà direttamente del proprio operato, o semplicemente designare, ed allora il project manager risponderà invece all'organo collegiale che rappresenta tutti i membri.

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato

1. Contratti “internazionali” ed arbitrati “Internazionali”

1.1. Il contratto internazionale come:

(a) contratto garantito dall'ordinamento internazionale (critica)

(b) contratto garantito da un (presunto) ordinamento mercatoriale transazionale (critica)

(c) contratto collegato con una pluralità di ordinamenti nazionali

1.2. L'arbitrato internazionale come:

(a) arbitrato tra Stati

(b) arbitrato attinente al commercio internazionale

(c) arbitrato “straniero”

La risoluzione delle controversie

L'Arbitrato

1.3. Rilevanza della distinzione tra arbitrato interno, arbitrato straniero, arbitrato internazionale:

(a) ai fini dell'applicazione delle convenzioni internazionali sulla "circolazione" delle sentenze arbitrali

(b) ai fini dell'applicazione delle norme interne sul riconoscimento e sulla esecuzione delle sentenze arbitrali

(c) ai fini della applicazione dello "statuto" speciale talora attribuito all'arbitrato internazionale, sia interno che straniero, in termini di

- maggiore autonomia della volontà privata (in punto di organizzazione della procedura e di scelta della legge applicabile)

- minore incidenza dell'ordine pubblico internazionale, processuale e materiale, quale limite al riconoscimento ed alla esecuzione delle sentenze arbitrali

- maggiori poteri degli arbitri

- riduzione delle formalità per il riconoscimento e la esecuzione del lodo

- riduzione dei mezzi di impugnazione

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato.

2. Criteri di valutazione nella scelta dell'arbitrato quale strumento per la soluzione di controversie relative a contratti internazionali

- a. indipendenza dalle giurisdizioni statali;
- b. certezza nell'individuazione del foro competente;
- c. tayloring della procedura arbitrale alla volontà delle parti
 - in punto di scelta del diritto applicabile
 - in punto di qualifiche degli arbitri
- d. definitività della decisione;
- e. riservatezza della procedura;
- f. celerità della procedura;
- g. costo della procedura;
- h. effetti del “fondamento negoziale” della procedura arbitrale;
- i. individuazione degli ordinamenti statali potenzialmente interessati dalla procedura arbitrale e dalla sentenza arbitrale.

3. "Principi generali" dell'arbitrato internazionale

- (a) efficienza procedurale
- (b) effetto utile della procedura
- (c) "circolazione" del lodo
- (d) approccio "equitativo"
- (e) approccio "dialogico"

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato.

4. Distinzione dell'arbitrato internazionale da istituti similari

- (a) conciliazione e mediazione: interposizione di terzi fra le parti in lite, prima che la controversia venga deferita ad organi di giustizia, con poteri di varia natura relativamente all'accertamento di fatti ed alla formulazione di proposte per una soluzione negoziale della lite stessa
- (b) minitrial: simulazione di procedura, arbitrale o giurisdizionale, in presenza di terzi ai quali si attribuiscono poteri di conciliazione e mediazione
- (c) expertise technique: accertamento da parte di un terzo di un fatto controverso
- (d) adaptation du contract: procedura per la riduzione ad equità di un rapporto contrattuale interessato da eccessiva onerosità sopravvenuta
- (e) arbitrato irrituale: mandato a terzi per transigere su questioni controverse
- (f) arbitraggio: attribuzione ad un terzo del potere di determinazione di un elemento del contratto
- (g) perizia contrattuale: attribuzione ad un terzo del potere di accertare un fatto rilevante ai fini del contratto

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato

5. Rapporti tra arbitrato internazionale e giurisdizione statale

- 5.1. La deroga alla giurisdizione statale
 - (a) l'arbitrato internazionale come deroga alla giurisdizione
 - (b) la compromettibilità in arbitri delle questioni controverse

- 5.2. La cooperazione con la giurisdizione statale
 - (a) attuazione della convenzione arbitrale
 - (b) provvedimenti cautelari
 - (c) provvedimenti d'urgenza
 - (d) provvedimenti istruttori
 - (e) riconoscimento ed esecuzione del lodo

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato.

6. Il fondamento della procedura arbitrale: la convenzione arbitrale

- 6.1. clausola compromissoria, compromesso, atto di missione
- 6.2. validità della convenzione arbitrale
 - (a) capacità delle parti a stipulare la convenzione arbitrale
 - (b) forma della convenzione arbitrale
 - (c) contenuto della convenzione arbitrale
- 6.3. La c.d. autonomia della convenzione arbitrale rispetto al rapporto litigioso
- 6.4. La c.d. Kompetenz/Kompetenz degli arbitri a giudicare sulla validità della convenzione arbitrale

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato.

- 6.5.** La redazione della convenzione arbitrale
- (a) esatta individuazione delle controversie compromesse
 - (b) opportunità di definire:
 - sede dell'arbitrato
 - lingua della procedura
 - qualifica degli arbitri
 - procedura per la nomina degli arbitri
 - legge applicabile
 - termine per la pronuncia del lodo
 - adesione a regolamenti di camere arbitrali internazionali
 - (c) rapporti con la autorità giurisdizionale
 - (d) rinuncia preventiva alla impugnazione del lodo
 - (e) problemi connessi al c.d. multiparty arbitration

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato.

7. Il diritto applicabile all'arbitrato internazionale

7.1. Norme procedurali

- (a) la convenzione arbitrale
- (b) i regolamenti delle camere arbitrali internazionali
- (c) la legge processuale statale
 - (i) scelta dalle parti
 - (ii) scelta dagli arbitri
- (d) norme procedurali ad hoc
- (e) norme di ordine pubblico internazionale processuale di ordinamenti statali

7.2. Norme di conflitto

- (a) norme di conflitto di un ordinamento statale
- (b) norme di conflitto ad hoc adottate dagli arbitri
 - la c.d. voie directe
 - il c.d. tronc commune

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato.

- 7.3.** Norme materiali
- (a) legge sostanziale di un ordinamento statale
 - (b) lex mercatoria
 - (c) principi generali del diritto
 - (d) equità
 - (e) norme di applicazione necessaria di ordinamenti statali
 - (f) norme di ordine pubblico internazionale materiale di ordinamenti statali

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato.

8. La sentenza arbitrale

8.1. La formazione della sentenza arbitrale

(a) la procedura deliberativa

(b) il contenuto della sentenza

(a) la procedura deliberativa

(b) il contenuto della sentenza

- data

- luogo di sottoscrizione

La risoluzione delle controversie. L'Arbitrato.

8.2. L'efficacia della sentenza

(a) l'effetto obbligatorio tra le parti

(b) l'esecutorietà

(c) l'efficacia di cosa giudicata

- il giudice competente a conoscere dei mezzi di impugnazione

- i mezzi di impugnazione

- l'eventuale rinuncia pattizia alle impugnazioni

- l'effetto della impugnazione

8.3. Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza

(a) secondo il diritto comune applicabile agli arbitrati stranieri

(b) secondo il diritto speciale delle convenzioni internazionali

- l'ambito di applicazione della convenzione di New York

- la disciplina della convenzione di New York in materia di riconoscimento ed esecuzione

Grazie per l'attenzione e arrivederci

www.lgalegal.com