

STUDIO LEGALE PADOVAN

Milano Roma Treviso New Delhi Istanbul Abu Dhabi Dubai Madrid Vigo Lisbona

*Aree di criticità
derivanti
dall'impatto dei
FIDIC con i diversi
sistemi giuridici:
common law e
civil law*

FEDERLEGNO-ARREDO

Avv. Marco Padovan

Milano, 28 novembre 2008





STUDIO LEGALE PADOVAN

Avvertenza

Il presente documento ha il mero fine di illustrare alcune criticità nell'uso dei contratti modello FIDIC e non rappresenta un parere legale né intende suggerire soluzioni o fornire indicazioni operative.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Sommario

- *Common law* e *civil law*: una premessa necessaria
- Storia ed evoluzione dei contratti FIDIC
- Il “Red Book” e gli altri
- Altri documenti – “*non Works Contracts*”
- Standardizzazione: utilità e limiti
- Rilevanza pratica
- Struttura
- I soggetti: ruoli ed obbligazioni
 - ❖ Ingegnere
 - ❖ Committente
 - ❖ Appaltatore
 - ❖ Subappaltatore
- Risoluzione delle controversie
- Aree di criticità



STUDIO LEGALE PADOVAN

Common law e civil law: una premessa necessaria (*segue*)

- Il *common law* è il sistema giuridico tipico dei Paesi anglosassoni e si contraddistingue per il valore quasi normativo dei precedenti giurisprudenziali. Nel *civil law*, prevalente nell'Europa continentale ed affermatosi grazie anche all'influenza del codice civile napoleonico, la maggiore parte delle norme è stabilita da codici e leggi scritte e i precedenti giurisprudenziali non hanno valore normativo.
- Il divario tra *common* e *civil law* va gradualmente attenuandosi. Da un lato è in atto una tendenza nei Paesi di *civil law* a conferire maggiore importanza ai precedenti giurisprudenziali, mentre, dall'altro lato, negli Stati Uniti e nel Regno Unito un numero sempre crescente di materie è disciplinato da norme scritte (rispettivamente attraverso *federal statutes* e norme di origine comunitaria). La distinzione è comunque ancora estremamente importante nell'universo dei contratti internazionali.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Common law e civil law: una premessa necessaria

- I contratti FIDIC sono documenti tipici della tradizione di *common law*.
- In assenza di un codice civile contenente le regole generali di diritto contrattuale, i contratti basati sul *common law* sono tendenzialmente molto più ampi e dettagliati rispetto agli atti tipici del *civil law*: esistono poche regole implicite e quasi sempre conviene ribadire ogni concetto, pur se apparentemente ovvio e intuitivo.
- Ne risulta che all'uso di un modello di contratto di matrice *common law* corrisponderanno meno “lacune” da riempire con il diritto locale e, per converso, l'unico limite all'uniformità delle regole predisposte dalla FIDIC saranno le norme inderogabili (cd. *imperative*) dello Stato in cui il contratto spiega i suoi effetti.



Storia ed evoluzione dei contratti FIDIC

- FIDIC è l'acronimo di *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (Federazione internazionale degli ingegneri), confederazione fondata nel 1913 che raccoglie le associazioni di categoria con la finalità di curare gli interessi degli associati, promuovendo la formazione degli ingegneri e la diffusione delle conoscenze.
- Il rappresentante italiano presso la FIDIC è InArSind (Sindacato Nazionale Ingegneri e Architetti Liberi Professionisti).



Storia ed evoluzione dei contratti FIDIC (*segue*)

- FIDIC ha assunto notevole importanza nel campo degli appalti internazionali attraverso l'elaborazione di diversi modelli contrattuali per la realizzazione di grandi progetti che sono gradualmente diventati dei veri e propri documenti standard per il mercato mondiale.
- Il primo di tali contratti fu il “*Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction*”, detto in breve “*Red Book*” per via del colore rosso della sua copertina, relativo agli appalti per costruzioni civili (strade, ponti, dighe ecc.).



Storia ed evoluzione dei contratti FIDIC (*segue*)

- Tale documento vide le stampe nell'agosto del 1957 e fu realizzato sulla scorta del modello di contratto internazionale elaborato dalla Association of Consulting Engineers (cd. *ACE Form*), a sua volta derivato dal contratto standard in uso presso la associazione professionale britannica Institution of Civil Engineers (cd. *ICE Form*).
- Sono due le principali ragioni di tale scelta:
 - (a) il modello di contratto ICE era già ampiamente usato nel dopoguerra per progetti finanziati dalla Banca Mondiale;
 - (b) l'uso di un modello di contratto basato sul *common law* avrebbe portato maggiore uniformità nei contratti internazionali di costruzione.



Storia ed evoluzione dei contratti FIDIC (*segue*)

- Il Red Book fu rielaborato più volte nel corso degli anni (nel 1969, nel 1977, nel 1987). L'edizione del 1987 (la quarta) ha assunto la veste attuale attraverso l'ampio riadattamento operato nel 1999.
- Parallelamente FIDIC sviluppò degli altri modelli generali di contratto applicabili ad appalti diversi per oggetto e struttura,

In particolare:

- ❖ “*Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works*” (cd. **Yellow Book**), la cui prima edizione risale al 1967, relativo alla fornitura di impianti e macchinari realizzati presso l'appaltatore e consegnati al committente.
- ❖ “*Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*” (cd. **Orange Book**), prodotto nel 1995 e relativo alla realizzazione “chiavi in mano” di opere progettate dallo stesso appaltatore e caratterizzate da finalità produttive (ad esempio centrali elettriche o stabilimenti industriali).



Storia ed evoluzione dei contratti FIDIC (*segue*)

- Nel 1999, a seguito di una profonda attività di revisione ed armonizzazione dei tre contratti di cui sopra, FIDIC curò una nuova edizione “armonizzata” dei suoi documenti standard (nel frattempo diventati quattro):
 - ❖ Conditions of Contract for Construction (**Red Book**)
 - ❖ Conditions of Contract for Plant and Design-Build (**Yellow Book**)
 - ❖ Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects (**Silver Book**)
 - ❖ Short Form of Contract (**Green Book**)
- Successivamente FIDIC elaborò degli ulteriori contratti standard relativi ad attività diverse dall'appalto.



Storia ed evoluzione dei contratti FIDIC (*segue*)

- Il successo dei modelli contrattuali FIDIC ha subito una forte accelerazione da quando la **Banca Mondiale** e le altre banche multilaterali di sviluppo (**International Financial Institutions – IFIs**) li hanno adottati ed inseriti nella loro documentazione standard (*bidding documentation*) relativa a gare d'appalto per opere (co-) finanziate dalle istituzioni stesse.
- I documenti in parola sono stati parzialmente modificati rispetto ai contratti FIDIC originari al fine di meglio adattarli alle esigenze delle IFIs. In particolare essi:
 - ❖ impongono particolari cautele tese a prevenire e sanzionare casi di corruzione;
 - ❖ stabiliscono maggiori oneri a carico dell'appaltatore al fine di garantire la realizzazione dell'opera appaltata entro i termini preventivamente stabiliti e nei costi finanziati dalle medesime IFIs.



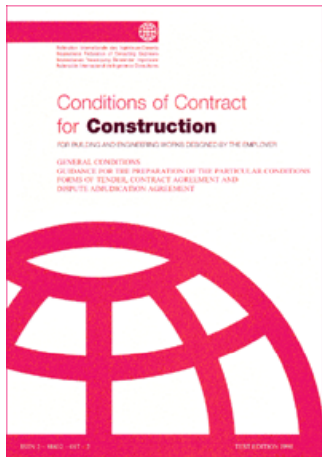
Storia ed evoluzione dei contratti FIDIC (*segue*)

- I contratti FIDIC sono concepiti per essere utilizzati nell'ambito di progetti internazionali, nei quali almeno una delle parti - sia essa il committente, l'appaltatore o semplicemente il finanziatore - non appartiene (o non necessariamente appartiene, come nel caso di bandi internazionali) allo Stato nel quale si svolgeranno i lavori.
- Il ricorso ai contratti FIDIC non è necessario quando si tratta di progetti "interni" a un singolo Paese poiché i contratti sono di per sé sottoposti al diritto ed alle prassi locali.
- Diversi Paesi (in particolare delle economie emergenti, come l'Emirato di Abu Dhabi o il Kuwait) hanno adottato (e adattato) i contratti FIDIC come documenti standard per gli appalti pubblici sul loro territorio.



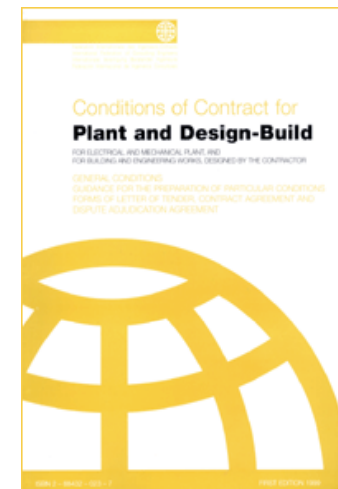
STUDIO LEGALE PADOVAN

Il “Red Book” e gli altri



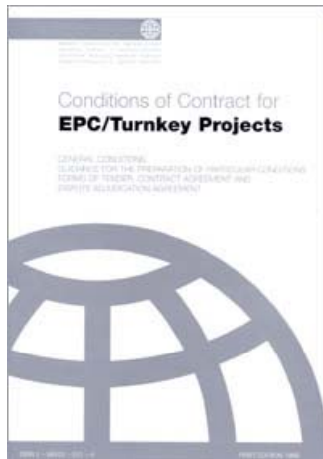
- **Red Book** – è il primo della famiglia FIDIC. 1a edizione del 1957, si applica agli appalti “tradizionali”, in cui il progetto è predisposto dal committente.

- **Yellow Book** – 1a edizione del 1967, è utilizzato per le forniture di impianti e macchinari nonché per gli appalti in cui anche una parte rilevante del progetto è predisposta dall'appaltatore.





Il “Red Book” e gli altri (*segue*)



- **Silver Book** – 1a edizione del 1999, si utilizza negli appalti nei quali l'appaltatore cura tanto la progettazione quanto la realizzazione di un impianto produttivo, da consegnarsi pronto per iniziare l'attività (“chiavi in mano” o “*turnkey*”). Sostituisce l'Orange Book.

- **Golden Book** – concepito per gli appalti da finanziarsi mediante sistemi affini al *project financing*. Si tratta in realtà di una bozza non matura per l'uso commerciale e, per il momento, se ne sconsiglia l'uso.





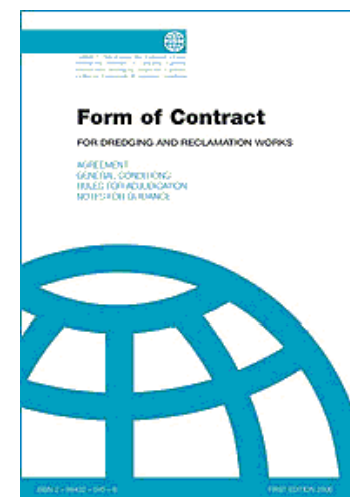
STUDIO LEGALE PADOVAN

Il “Red Book” e gli altri (*segue*)



- **Green Book** – versione semplificata del Red Book, pensata per gli appalti minor valore (orientativamente inferiore a USD 500.000).

- **Turquoise Book** – specificamente pensato per opere di dragaggio di porti e canali ed altri lavori che richiedono poco tempo ed attività relativamente semplici.



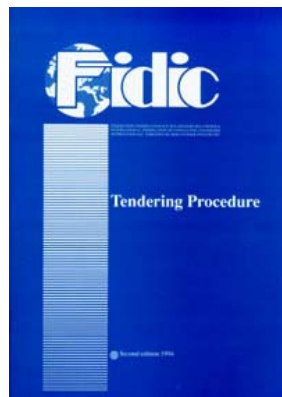


STUDIO LEGALE PADOVAN

Altri documenti – “*non Works Contracts*”



- **White Book** – Client/Consultant Model Services Agreement (1999). Modello di contratto di consulenza concernente progetti di costruzione.



- **Blue Book** – Tendering Procedure (1994). Modelli di condizioni generali e principali documenti per un bando di gara d'appalto.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Altri documenti – “*non Works Contracts*” (segue)



- *Joint Venture (Consortium) Agreement* – modello volto a disciplinare rapporti di collaborazione temporanei tra consulenti, aventi ad oggetto un progetto specifico.



- *Subconsultancy Agreement* – realizzato per disciplinare i rapporti tra un consulente (ai sensi del White Book) e i suoi consulenti particolari.



Standardizzazione: utilità e limiti

- Vantaggi:
 - ❖ Alcuni – anche se l'argomento è tutt'altro che pacifico – ritengono che le obbligazioni reciproche tendono ad essere maggiormente bilanciate, in particolare dopo la revisione complessiva del 1999.
 - ❖ Le condizioni sono espresse in modo chiaro e riposano su una lunga tradizione.
 - ❖ Prevedibilità e stabilità delle dinamiche contrattuali.
 - ❖ Uniformità di espressioni e definizioni.
 - ❖ I contratti standard sono generalmente accettati in quasi tutto il mondo ed adottati da Stati ed Istituzioni internazionali per i bandi di gara da essi promossi.
 - ❖ Riduzione dei costi di transazione.



Standardizzazione: utilità e limiti (*segue*)

- Svantaggi:
 - ❖ La strategia di “*one size fits all*” implica che i modelli di contratto difficilmente si adattano perfettamente a tutte le particolarità di un determinato ordinamento giuridico.
 - ❖ Laddove il modello sfavorisca la posizione contrattuale di una delle parti (come nel caso dell'appaltatore nei contratti FIDIC) la negoziazione delle condizioni particolari inizia sempre da una situazione di squilibrio. Sarà necessario uno sforzo negoziale già solo per ripristinare una situazione commerciale tendenzialmente equa.
 - ❖ L'uso di modelli internazionali di contratto può costringere le parti a farsi assistere da consulenti più sofisticati che abbiano familiarità con i documenti in esame e ciò può comportare onorari e costi più elevati.
 - ❖ L'adozione di contratti standard crea un vantaggio per le grandi imprese internazionali che sono avvezze all'uso di tali documenti e sanno affrontare i principali rischi ad essi connessi: ciò può metterle in condizione di allontanare da un bando di gara i piccoli operatori locali che altrimenti sarebbero competitivi.



Rilevanza pratica

In pratica, si possono immaginare due principali situazioni nelle quali un imprenditore del settore del legno sarà coinvolto in un progetto disciplinato dalle regole FIDIC:

- Costruzione (Red Book) - Subappaltatore/Fornitore: l'imprenditore è ingaggiato da un appaltatore per fornire (e/o installare) rivestimenti e mobili per un albergo costruito secondo le regole del Red Book FIDIC;
- Appalto globale – EPC (Silver Book) – Committente: l'imprenditore, in qualità di committente, si rivolge ad un appaltatore per la costruzione “chiavi in mano” di un impianto all'estero come parte di un progetto di delocalizzazione.



Struttura

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

Documenti che formano
il contratto o “pacchetto”
FIDIC/1999



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura *(segue)*

- **Contract Agreement** ←
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

Prevede semplicemente che le parti si impegnano a adempiere a quanto stabilito negli altri documenti. È necessario perché in alcuni Stati l'esistenza di un documento con le firme di entrambe le parti è un indefettibile requisito di validità del contratto.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- **Letter of Acceptance**
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

Lettera con la quale l'appaltatore conferma la sua accettazione del contratto.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- **Letter of Tender**
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

Lettera con la quale il committente informa l'appaltatore prescelto della aggiudicazione del bando.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- **Letter of Tender**
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

La Letter of Tender ha come allegato l'Appendix to Tender. Si tratta di un documento estremamente importante, una sorta di modulo di semplice compilazione e facile comprensione che raccoglie in forma schematica le principali variabili del contratto, come ad esempio l'identità delle parti, la valuta (o le valute) del pagamento, il diritto sostanziale applicabile, l'importo delle principali penali, ecc.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- **Particular Conditions** ←
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

Documento con il quale le parti adeguano le General Conditions agli aspetti particolari del caso di specie. Rappresenta la parte “mutante” del modello standard



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- **General Conditions**
- Specification
- Drawings
- Schedules

← Regole generali del modello di contratto FIDIC. Rappresentano il “cuore” d’ogni contratto FIDIC.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- **Specification**
- Drawings
- Schedules

Specifiche tecniche del progetto.





STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- **Drawings**
- Schedules

Disegni e progetti.





STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- **Schedules**

Documenti diversi allegati al contratto principale tra i quali si riveste di particolare importanza il *Bill of Quantities*.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

La clausola 1.5 delle
General Conditions
stabilisce la gerarchia
tra i documenti.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

Nel caso di conflitto o contraddizione tra due documenti, prevalgono le disposizioni del documento gerarchicamente superiore.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Struttura (*segue*)

- Contract Agreement
- Letter of Acceptance
- Letter of Tender
- Particular Conditions
- General Conditions
- Specification
- Drawings
- Schedules

documento più importante



documento meno importante



Struttura (*segue*)

■ General Conditions

1. General Provisions
2. The Employer
3. The Engineer
4. The Contractor
5. Nominated Subcontractor/Design
6. Staff and Labour
7. Plant, Materials and Workmanship
8. Commencement, Delays and Suspension
9. Test on Completion
10. Employer's Taking Over
11. Defects Liability
12. Measurement and Evaluation
13. Variations and Adjustments
14. Contract Price and Payment
15. Termination by Employer
16. Suspension and Termination by Contractor
17. Risk and Responsibility
18. Insurance
19. Force Majeure
20. Claims, Disputes and Arbitration



I soggetti: ruolo e obbligazioni dell'Ingegnere

- Per anni il Red Book è stato caratterizzato da un grave equivoco riguardo il ruolo dell'ingegnere. Questi infatti
 - ❖ da una parte era stipendiato dal committente;
 - ❖ dall'altra era presentato dal contratto come un soggetto geneticamente imparziale ed equidistante dalle parti, chiamato a conciliare eventuali interessi contrapposti di committente ed appaltatore.
- Con il 1999 la natura dell'ingegnere è stata meglio chiarita:
 - ❖ è stato reso palese il rapporto di dipendenza dal committente;
 - ❖ per converso è stato confermato il suo ruolo di conciliatore, con l'obbligo di assumere una “*fair determination*” in tutti i casi in cui le parti si rivolgono a lui ai sensi del punto 3.5 del contratto.



I soggetti: ruolo e obbligazioni dell'Ingegnere

- La figura dell'*Engineer* dei contratti FIDIC è oggi parzialmente assimilabile a quella del direttore dei lavori: l'ingegnere
 - ❖ Agisce quale dipendente del Committente; nel Silver Book si chiama Rappresentante del Committente(3.1);
 - ❖ verifica il regolare andamento dei lavori;
 - ❖ adotta eventuali varianti in corso d'opera (13.1) ma non ha il potere di modificare i termini del contratto (3.1);
 - ❖ dà all'appaltatore le istruzioni necessarie alla corretta esecuzione dei lavori;
 - ❖ agisce in qualità di conciliatore nei casi previsti dai punti 3.5 e 20.1;
 - ❖ scandisce le diverse fasi di avanzamento dei lavori e di esecuzione del contratto attraverso l'emissione dei vari certificati di pagamento, di esecuzione parziale/totale ovvero di consegna dei lavori.



I soggetti: ruolo e obbligazioni dell'Ingegnere - analisi

- Molto potere contrattuale e poche responsabilità.
 - ❖ L'ingegnere agisce come agente del committente. Il contratto stabilisce anche una presunzione di approvazione e accettazione degli atti dell'ingegnere da parte del committente (3.1).
 - ❖ Tuttavia, il committente può limitare o revocare i poteri dell'ingegnere soltanto con l'espressa approvazione dell'appaltatore (3.1).
 - ❖ L'appaltatore è tenuto in linea di massima a eseguire le istruzioni dell'ingegnere, ma nessuna dichiarazione, ordine o atto di questo ultimo può sollevare l'appaltatore di alcuna delle responsabilità assunte col contratto (3.1(b)(c)).
 - ❖ L'ingegnere non appare quale parte del contratto di costruzione e non esiste un rapporto contrattuale diretto tra ingegnere e appaltatore. Il contratto di consulenza tra il committente e l'ingegnere è invece sottoscritto esclusivamente da dette parti. Di conseguenza l'appaltatore non avrà un'azione contro l'ingegnere ma potrà esigere solo un risarcimento dal committente (per gli errori del suo agente).



I soggetti: ruolo e obbligazioni del Committente

- Obbligazione principale del Committente è – va da sé – pagare l'appaltatore per l'esecuzione dei lavori; i contratti individuano ulteriori compiti:
 - ❖ dare prova di avere preso opportune cautele atte a garantire la sua capacità di pagare puntualmente l'appaltatore (punto 2.4);
 - ❖ risarcire l'appaltatore per escussione abusiva del *performance security* da questi fornito (4.2);
 - ❖ è responsabile per eventuali errori di progettazione (se questa era a suo carico) (4.7);
 - ❖ deve fornire all'appaltatore ogni notizia “*rilevante*” sulla natura e lo stato dei luoghi del cantiere (4.8) (superfici, sottosuolo, condizioni idrogeologiche etc.);
 - ❖ garantisce e manleva l'appaltatore da ogni responsabilità riconducibile ad un proprio inadempimento contrattuale o violazione di legge (17.1, 17.5).



I soggetti: ruolo e obbligazioni dell'Appaltatore

- L'appaltatore è tenuto ad eseguire i lavori e consegnare l'opera nei tempi e nei modi contrattualmente predeterminati, secondo le istruzioni dell'ingegnere. Ulteriori specifiche obbligazioni sono poi precisate nel contratto, ai sensi del quale l'appaltatore deve:
 - ❖ predisporre e fornire al committente un programma dei lavori (8.3);
 - ❖ procurare i mezzi (materiali e personale) per l'esecuzione dei lavori (4.1);
 - ❖ fornire all'ingegnere i necessari chiarimenti circa lo stato dei lavori;
 - ❖ fornire al committente un performance bond (4.2) a garanzia della corretta esecuzione del contratto;
 - ❖ nominare un proprio rappresentante (4.3);
 - ❖ adottare un sistema di certificazione di qualità (come ISO 9001) (4.9);
 - ❖ non rimuovere materiale e macchine dal cantiere finché i lavori non sono completati;
 - ❖ limitare le emissioni dannose e/o inquinanti;



I soggetti: ruolo e obbligazioni dell'Appaltatore (*segue*)

- ❖ trasmettere un aggiornamento periodico sullo stato di avanzamento dei lavori (4.21);
- ❖ dare prova di aver pagato i subappaltatori;
- ❖ rispettare le norme in tema di diritto del lavoro applicabili (6) e garantire le capacità dei collaboratori (responsabilità in *eligendo* e in *vigilando*);
- ❖ consentire al committente di ispezionare il cantiere e fornire campioni dei materiali usati nei lavori;
- ❖ eseguire tutti i test necessari;
- ❖ eseguire il collaudo (9);
- ❖ porre rimedio a proprie spese ad eventuali difformità dei lavori, anche in corso d'opera (7 e 11);
- ❖ parallelamente a quanto ai punti 17.1 e 17.5 per il committente, manlevarlo dalle responsabilità derivanti da difetti del progetto (se predisposto dall'appaltatore), dall'esecuzione dei lavori o da ogni inadempimento o violazione di legge dell'appaltatore.



I soggetti: il Subappaltatore

- I contratti FIDIC prevedono espressamente che **parte** dei lavori sia affidata ad uno o più subappaltatori:
 - ❖ Il subappaltatore è già indicato nella documentazione contrattuale oppure è nominato dall'ingegnere (“*nominated Subcontractor*”);
 - ❖ l'appaltatore può però contestare tale scelta.
- Il rapporto di subappalto si instaura normalmente tra appaltatore e subappaltatore; è però necessario coordinare i rapporti committente/appaltatore e appaltatore/subappaltatore, onde predeterminare come le vicende del contratto principale incidano sul subcontratto e sulle obbligazioni del subappaltatore:
 - ❖ L'appaltatore è tenuto a remunerare il subappaltatore ed a dare notizia all'ingegnere dei pagamenti eseguiti; in mancanza di detta prova, l'ingegnere paga direttamente il subappaltatore salvo poi rivalersi sull'appaltatore.



I soggetti: il Subappaltatore (*segue*)

- ❖ Il contratto di subappalto dovrebbe contenere previsioni chiare e precise riguardo la responsabilità del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore giacché i FIDIC prevedono espressamente che, nei confronti del committente, l'appaltatore è il solo responsabile per i vizi dell'opera e, in generale, per ogni danno che possa essere originato dall'esecuzione dei lavori.
- ❖ Il contratto di subappalto deve necessariamente (4.4(d)) contenere l'obbligo di *step-in* del subappaltatore nel caso in cui l'appaltatore sia sollevato del suo incarico o qualora la garanzia per vizi fornita dal subappaltatore sia “più lunga” di quella prestata dall'appaltatore (4.5).
- ❖ Lo *step-in* consiste nell'obbligo del subappaltatore di proseguire la propria prestazione dedotta nel contratto di subappalto direttamente nei confronti del committente, in tutti i casi in cui l'appaltatore non sia più parte del contratto principale.
- ❖ Esistono differenze tra subappaltatore e fornitore di materiale: la scelta di quest'ultimo è sottratta alle possibili contestazioni del committente.



STUDIO LEGALE PADOVAN

I soggetti: il Subappaltatore (*segue*)

- ❖ È necessario accordare le regole del contratto di subappalto alle possibili variazioni nei termini del contratto principale: ad esempio, come cambia il rapporto di subappalto in caso di adozioni di varianti in corso d'opera nel contratto principale?

È utile a tal riguardo segnalare che la 4^a edizione del Red Book (1987) conteneva uno schema di contratto di subappalto che non è stato riproposto con la riedizione del 1999.





Risoluzione delle controversie (generale)

I contratti FIDIC prevedono diversi livelli di risoluzione delle controversie, caratterizzati da diversi gradi di vincolatività delle decisioni degli organi preposti al giudizio:

1. devoluzione della controversia alla determinazione dell'ingegnere;
2. ricorso al *Dispute Adjudication Board* (DAB - organo di composizione delle controversie);
3. arbitrato secondo le regole della Camera di Commercio Internazionale (ICC).

❖ la procedura arbitrale non può essere attivata se non è stato precedentemente esperito il tentativo di conciliazione presso il DAB.



Risoluzione delle controversie (Ingegnere)

Critica: ruolo di mediazione di conflitti senza avere la necessaria imparzialità.

- Nonostante i modelli di contratto FIDIC 1999 abbiano riconosciuto il fatto che l'ingegnere agisce come agente del committente, le condizioni generali continuano ad attribuire al medesimo una grande discrezionalità nella risoluzione di conflitti e interpretazione dei contratti.
- In linea di principio, l'ingegnere non avrebbe il potere di modificare gli impegni contrattuali delle parti, ma di fatto ciò succede spesso perché, in attesa della risoluzione di una controversia, l'appaltatore è tenuto a eseguire le istruzioni dell'ingegnere.



Risoluzione delle controversie (Ingegnere)

Critica: ruolo di mediazione di conflitti senza avere la necessaria imparzialità
(segue)

- L'attuale struttura crea inoltre un incentivo all'intransigenza dell'ingegnere. Se si comporta in modo rigoroso con l'appaltatore un ingegnere dimostra di svolgere il suo compito con diligenza. Invece se adotta un atteggiamento ragionevole e tollerante rischia di essere accusato di non difendere adeguatamente gli interessi del committente.
- Merita una menzione a sé il fatto che l'ingegnere è solitamente remunerato per ora o giorno di lavoro anche in relazione alle attività di risoluzione delle controversie. Ciò comporta un potenziale conflitto di interessi in capo all'ingegnere che trarrebbe benefici economici dall'esistenza di numerose controversie, controversie che pertanto egli stesso sarebbe interessato a fomentare.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Risoluzione delle controversie (Ingegnere)

Critica: ruolo di mediazione di conflitti senza avere la necessaria imparzialità (*segue*)

- La procedura è inoltre viziata da una disparità che non sembra motivata da esigenze particolari (v. schema diapositiva successiva):
 - ❖ la clausola 20.1 dispone che l'appaltatore che ritenga di avere diritto ad un pagamento aggiuntivo ovvero ad una proroga dei termini di consegna e voglia pertanto ricorrere all'ingegnere per vedersi riconosciuto tale diritto, deve farlo entro 28 giorni da quando diventa consapevole (“*becomes aware*”) del suo diritto e deve affiancare al ricorso originario (*claim*) una serie di ricorsi ulteriori (*interim claims*) e dei documenti a sostegno della sua pretesa;
 - ❖ nella stessa situazione il committente (2.5) non soggiace allo stesso termine di decadenza: deve semplicemente scrivere all'appaltatore “*as soon as practicable*”, quindi l'ingegnere assumerà la propria *determination* ai sensi della clausola 3.5



Risoluzione delle controversie (Ingegnere) Procedura

(2.5 e 20.1) in tutti i casi in cui una parte ritiene di aver diritto ad una dilazione dei tempi ovvero ad un pagamento aggiuntivo rispetto a quanto pattuito.



Deve attivarsi presso l'ingegnere, consegnandogli i documenti e le prove a sostegno della propria tesi.

I contratti prevedono termini e decadenze per appaltatore ma non anche per il committente.



L'ingegnere è tenuto prendere una decisione (*Determination*) che le parti possono spontaneamente osservare ovvero contestare davanti al DAB. L'eventuale *Determination* dell'ingegnere a favore dell'appaltatore non costituisce riconoscimento di responsabilità del committente.

In tutti gli altri casi previsti dal punto 3.5 delle Condizioni del Contratto, in cui l'ingegnere deve determinare il valore di alcuni parametri.





Risoluzione delle controversie (DAB)

- Il DAB è un organo costituito da una o tre persone scelte di comune accordo dalle parti. È previsto un particolare procedimento in caso di disaccordo sui soggetti che devono farne parte (20.3).
- Il DAB può essere permanente oppure costituito ad hoc, all'insorgere della controversia.
- Il DAB conosce di tutte le controversie nascenti dal contratto, compresi le *Determination* ed ogni altro atto dell'ingegnere.
- Il ricorso al DAB non sospende l'obbligo dell'appaltatore di proseguire i lavori.
- La decisione del DAB diventa vincolante se non è contestata entro 28 giorni con una *Notice of dissatisfaction*, che a sua volta costituisce un presupposto giudiziale dell'eventuale arbitrato.
- Quest'ultimo carattere, insieme con i costi relativamente alti, fa del DAB uno strumento "pesante".



Risoluzione delle controversie (arbitrato)

- Prima dell'arbitrato le parti sono chiamate ad un tentativo (non obbligatorio) di composizione amichevole della controversia (20.5).
- I contratti non prevedono regole particolari per l'arbitrato che, salvo diverso accordo delle parti, si svolge secondo le regole ICC. I fatti attinenti alla procedura davanti al DAB non hanno efficacia nei confronti dell'arbitrato, durante il quale le parti hanno ogni più ampio potere devolutivo.
- Le parti possono ricorrere direttamente all'arbitrato nel caso in cui, per qualsiasi ragione, non sia stato costituito il DAB.



Aree di criticità – inquadramento generale

- I contratti FIDIC non sono universalmente validi o completamente autonomi rispetto al diritto ai sensi del quale essi sono applicati. A seconda del Paese in cui sono utilizzati, i contratti FIDIC possono incontrare degli ostacoli nelle norme inderogabili di quell'ordinamento (nel diritto italiano c.d. di “ordine pubblico” e ad “applicazione necessaria”) che possono mutare significativamente l'efficacia delle previsioni dei contratti sul rapporto in essi dedotto e/o condizionare sensibilmente i comportamenti delle parti.
- Questo aspetto è più evidente in relazione alle regole di diritto pubblico (diritto ambientale, diritto del lavoro, sanità e sicurezza del cantiere, ecc.), ma può anche avere un impatto diretto sul rapporto contrattuale. In Francia, per esempio, il diritto dell'appaltatore di esigere una garanzia dal committente (codice civile, art. 1799-1) è considerato dai tribunali una norma imperativa e perciò non derogabile nemmeno attraverso la scelta di un diritto sostanziale diverso.



Aree di criticità – inquadramento generale

- I sistemi di *common law* e di *civil law* affrontano il tema degli appalti in maniera diversa ma entrambi contengono regole *grasso modo* ricorrenti in tutti gli ordinamenti ricadenti in uno o nell'altro sistema, delle quali è utile tenere conto nella preparazione alla partecipazione ad una gara d'appalto.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Aree di criticità – *common law*

- Principio della *full disclosure* (Inghilterra e Galles) o *discovery* (Stati Uniti).

Le parti sono tenute a ricercare attivamente, raccogliere e presentare al tribunale tutte le informazioni necessarie o utili alla soluzione di una controversia anche se contrarie ai propri interessi. Nel caso in cui non lo facciano, le sanzioni spaziano dalle multe al rifiuto di considerazione di prove utili, all'arresto automatico all'accoglimento delle pretese della controparte. Ne consegue che ove un contratto sia disciplinato dal *common law* è molto importante fare attenzione alla corrispondenza, pure se interna all'azienda, relativa ad un progetto.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Aree di criticità – *common law* (segue)

- Reato di “*perjury*”.

Nel *civil law* si accetta l'idea che il giudice debba cercare di ricostruire la verità attraverso le versioni dei fatti fornite delle parti. Soltanto i testimoni, ma non le parti stesse, sono sottoposti a un dovere generale di dire la verità. Nel *common law* al contrario le parti hanno un dovere di dire la verità e ogni falsità che possa avere degli effetti sull'esito di un processo costituisce un reato, punibile con la detenzione fino a 5 e 7 anni rispettivamente negli Stati Uniti e nel Regno Unito.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Aree di criticità – *common law* (segue)

- Costo della procedura.

Gli onorari degli avvocati nell'universo del *common law* sono piuttosto elevati rispetto a quanto avviene nell'area del *civil law*. Inoltre, il sistema probatorio del *common law* richiede, come già indicato sopra, una notevole attività di ricerca e, molto spesso, rende necessario rivolgersi ad aziende specializzate. Tutto ciò si aggiunge ai già rilevanti costi derivanti dagli onorari di arbitri e esperti di parte, ciò che avviene anche nelle procedure del *civil law*. A tal riguardo, è particolarmente importante disciplinare nelle condizioni particolari del contratto un'equa divisione (ed eventualmente anticipazione) delle spese procedurali, onde evitare che la parte economicamente più forte possa far prevalere le proprie ragioni anche prima di una decisione finale dell'arbitro o giudice.



STUDIO LEGALE PADOVAN

Aree di criticità - *civil law*

■ I concetti presenti nei contratti FIDIC sono perlopiù importati dal *common law* e non sempre la loro semplice traduzione è sufficiente a dare la dimensione dell'istituto giuridico sotteso, ad esempio:

❖ **Prevention**: la clausola 8.4(e) cita la “*prevention*” quale fonte del diritto dell'appaltatore di chiedere una proroga dei tempi di consegna. L'espressione non significa semplicemente “prevenzione” o “impedimento” ma rappresenta un riferimento preciso alla dottrina inglese del “*prevention principle*”, derivata dal diritto romano, che prevede che la parte di un contratto (nel caso di specie il committente) non può ottenere un vantaggio (ad esempio l'escussione della penale per ritardata consegna) dal proprio fatto illecito (come, restando all'esempio di prima, impedire o ostacolare la conclusione tempestiva dei lavori da parte dell'appaltatore).



STUDIO LEGALE PADOVAN

Aree di criticità - *civil law* (segue)

❖ *Fit for Intended use*: la clausola 4.1(c) prevede che l'opera oggetto del contratto sarà “*fit for such purposes for which the part is intended as are specified in the Contract*”. Si tratta di una espressione tipica dei contratti di fornitura del *common law* il cui obiettivo è semplicemente di sottolineare che i beni forniti saranno adatti ad un uso specifico, ma non necessariamente ad usi generali e straordinari dello stesso bene non espressamente previsti dal contratto (per esempio, un capannone è realizzato per essere usato come magazzino ma l'appaltatore non si assume alcuna responsabilità se lo stesso è utilizzato come impianto industriale o parcheggio).



STUDIO LEGALE PADOVAN

Aree di criticità - *civil law* (segue)

■ la tradizione di *civil law* conosce un gran numero di norme inderogabili potenzialmente incompatibili o in conflitto con le disposizioni FIDIC, ad esempio:

- ❖ Italia: le clausole di limitazione della responsabilità non sono valide in relazione all'obbligo di risarcire i danni risultanti da dolo o colpa grave. (art. 1229 cod. civ.).
- ❖ Germania: l'appaltatore ha il diritto di esigere una fideiussione dal committente a garanzia del pagamento della propria remunerazione e delle spese accessorie, quale ad esempio gli interessi (BGB, art. 648).
- ❖ Francia: assicurazione obbligatoria per coprire la responsabilità decennale (per molti versi oggettiva) dell'appaltatore nei confronti del committente (Legge 78.12 del 4 gennaio 1978, “*Loi Spinetta*”).
- ❖ Brasile: restrizioni quanto alla possibilità di scelta del diritto applicabile al contratto (legge di introduzione al codice civile).



Aree di criticità – Medio ed Estremo Oriente

- La diffusione globale dei contratti FIDIC ha comportato l'incontro di questi modelli contrattuali anche con tradizioni giuridiche distanti dalle “occidentali” *common* e *civil law*, con risultati ed effetti variabili:
- Il Medio Oriente è caratterizzato da varie combinazioni tra il diritto islamico tradizionale (*sharia*) ed il *civil law*.
 - ❖ La *sharia* non presenta molte regole applicabili all'economia. È però utile ricordare che il diritto islamico vieta il pagamento degli interessi. I contraenti devono prendere i dovuti accorgimenti per assicurarsi delle prestazioni alternative agli interessi (ove dovuti).
 - ❖ Come negli altri ordinamenti di *civil law*, le regole FIDIC devono fare i conti anche con le disposizioni imperative previste dai diversi codici civili.



Aree di criticità – Medio ed Estremo Oriente (*segue*)

- È utile segnalare che i governi di Kuwait, Arabia Saudita e Oman hanno adottato delle versioni nazionalizzate dei contratti FIDIC e lo stesso ha fatto l’Emirato di Abu Dhabi.
- Gli enti pubblici dei Paesi arabi tendono a preferire contratti che prevedono un pagamento forfettario. In particolare:
 - ❖ In Kuwait è necessaria un’autorizzazione governativa per variazioni al progetto che comportino aumenti superiori al 5% del prezzo contrattualmente prestabilito.
 - ❖ Nell’Emirato di Dubai ogni variazione dei costi inferiore al 30% del prezzo complessivo del contratto è considerata a carico dell’appaltatore.
- Molti codici civili e leggi speciali nazionali estendono la responsabilità dell’appaltatore per i vizi dell’opera oltre l’epoca di consegna dei lavori e/o impongono che l’appaltatore adotti cautele finanziarie per il caso di collasso dell’opera.
- Altre disposizioni particolari modificano il regime delle clausole penali previste nei modelli di contratto (si pensi all’italiano “*salvo il maggior danno*”).



STUDIO LEGALE PADOVAN

Aree di criticità – Medio ed Estremo Oriente (*segue*)

- I contratti FIDIC sono noti anche in Cina dove hanno fatto la loro comparsa verso la fine degli anni '70.
- FIDIC ha anche costituito, in collaborazione con la sua associata cinese CNAEC (*China National Association of Engineering Consultants*) e con l'università Tsinghua (a Pechino), una scuola di formazione per preparare le professionalità necessarie a lavorare con i contratti FIDIC.
- FIDIC e CNAEC hanno curato una traduzione in cinese dei contratti del 1999 proprio allo scopo di promuoverne l'uso negli appalti cinesi, perché, rispetto al modello contrattuale più diffuso (quello redatto dal Ministero degli Appalti Pubblici) offrono maggiore tutela ai committenti e consentono maggiore rapidità ed efficacia nella composizione delle controversie.



STUDIO LEGALE PADOVAN

STUDIO LEGALE PADOVAN

Via Leopardi, 9

20123 Milano

Tel.: +39 024814994

Fax: +39 0243981694

info@studiopadovan.com

www.studiopadovan.com