



www.consulting3000.com

info@consulting3000.com

MILANO - ITALY

via Monti 8

20123

Tel. +39 (0)2 87167377

Fax +39 (0)2 70047188

PADOVA - ITALY

via Foscolo 18

35131

Tel. +39 (0)49 8364364

Fax +39 (0)49 8364364

Consultants & Lawyers in Italy

Gennaio 2012

INDIA, DISCIPLINA DEI CONTRATTI

“CONSTRUCTION CONTRACT” PER OPERE PUBBLICHE E INFRASTRUTTURE

di

Prof. Germano Franceschin

Docente di Diritto Commerciale dell'India, Università di Venezia

e

Avv. Annika Romano

PREMESSE

In India l'appaltatore è generalmente responsabile non solo per l'esecuzione dei lavori ma anche per l'engineering ed il procurement dei materiali, il Construction Contract viene generalmente definito “Engineering Procurement Construction Contract” o più semplicemente EPC.

La natura di tale accordo varia a seconda delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore.

Si tratta inoltre di un documento abbastanza critico in quanto connesso con la gestione dei rischi durante la fase di realizzazione delle opere. In tale fase, infatti, la presenza di rischi è elevata in quanto l'eventuale mancato completamento dei lavori entro i termini ed i costi contrattualmente pattuiti potrebbe determinare il mancato successo del progetto.

CONNESSIONE CON IL CONCESSION AGREEMENT

Nella prassi contrattualistica del diritto indiano il Construction Contract si coordina con il Concession Contract.

I principali punti del Concession Agreement che devono essere correlati con il contratto EPC sono i seguenti:

- cronoprogramma dei lavori di realizzazione delle infrastrutture;
- scopo e durata delle infrastrutture;
- status del terreno su cui verrà realizzata l'infrastruttura e relativi diritti del concessionario;
- standards e specifiche dell'infrastruttura;
- collaudo e accettazione;
- clausole di force majeure;
- responsabilità del concessionario in caso di vizi e difetti delle opere.



www.consulting3000.com

info@consulting3000.com

MILANO - ITALY

via Monti 8
20123

Tel . +39 (0)2 87167377

Fax +39 (0)2 70047188

PADOVA - ITALY

via Foscolo 18
35131

Tel . +39 (0)49 8364364

Fax +39 (0)49 8364364

Consultants & Lawyers in Italy

GESTIONE DELLO SVILUPPO

Le clausole del contratto EPC relative alla modalità di gestione dello sviluppo del progetto sono cruciali per il rendimento dello stesso.

Sarà, infatti, fondamentale una chiara formulazione dei termini e delle condizioni relativi a:

- ambito di controllo della project company sulla realizzazione del progetto;
- sistemi per monitorare l'implementazione del progetto;
- coordinamento da parte dell'appaltatore con i fornitori di materiali e attrezzature;
- gestione e risoluzione delle controversie durante il periodo di realizzazione del progetto;
- conformità dell'appaltatore alle disposizioni e variazioni eventualmente imposte dall'amministrazione;
- conformità dell'appaltatore alle normative applicabili alla realizzazione di opere in India;
- eventuale sub-appalto;
- coordinamento dell'appaltatore con l'O&M contractor;
- coordinamento con l'amministrazione dei test di collaudo e accettazione.

STRUTTURA DEL CONTRATTO EPC

La struttura del contratto EPC è quella di un accordo contenente in modo dettagliato i termini e le condizioni relativi alla realizzazione delle opere, nonché i requisiti tecnici e le specifiche delle opere stesse.

OBBLIGAZIONI DELL'APPALTATORE

Pur variando a seconda del progetto da realizzare, le seguenti obbligazioni dell'appaltatore dovrebbero sempre essere previste nel contratto:

a) Obbligo di terminare l'opera

Deve, infatti, essere prevista una chiara obbligazione dell'appaltatore di realizzare e terminare le opere. A tal fine si dovrà:

- 1) specificare in modo dettagliato le opere da realizzare;
- 2) specificare che l'ambito delle opere ricomprende ogni lavoro accessorio o necessario a completare il progetto;
- 3) specificare il termine entro cui l'appaltatore è tenuto a rimediare ad eventuali vizi.

b) Obblighi relativi alla progettazione e alla qualità dei materiali e delle opere

L'appaltatore è obbligato a:

- 1) eseguire le opere con cura e diligenza;

- 2) utilizzare materiali di buona qualità;
- 3) lavorazione e materiali devono essere idonei allo scopo; la previsione dell'eventuale responsabilità dell'appaltatore dovrà essere espressamente estesa alle attività eseguite

non solo dai suoi dipendenti ma anche dai sub-appaltatori. Bisogna, infatti, considerare che l'appaltatore nella sostanza è nella stessa posizione di un 'venditore'.

c) Obbligazioni relative allo stato di avanzamento dei lavori

Il contratto dovrebbe prevedere un chiaro e preciso termine per il completamento dei lavori, oltre ad una generale obbligazione dell'appaltatore di procedere regolarmente, diligentemente e senza ritardi nell'esecuzione delle opere.

Ciò potrebbe rivelarsi essenziale, ad esempio, nell'ipotesi di attività edili oggetto di Concession Agreement o di altri accordi che prevedono uno specifico time-frame entro cui le infrastrutture devono essere completate.

d) Obbligazioni relative ai costi

Tale previsione è cruciale poiché ogni divergenza rispetto ai costi pattuiti avrebbe un impatto negativo sul progetto. Conseguentemente, le project companies dovrebbero cercare di imporre specifici obblighi all'appaltatore al fine di mantenere i costi ai livelli pattuiti contrattualmente e permettere delle variazioni sui costi solo in ottemperanza alle clausole contrattuali.

Le parti dovrebbero elencare le circostanze che possono incidere sull'aumento dei costi nonché il modo di gestire tale aumento.

OBBLIGAZIONI DELLA PROJECT COMPANY

In generale, gli obblighi della project company si riferiscono a:

- terreno;
- dati tecnici relativi ai requisiti di realizzazione dell'opera;
- pagamenti dell'appaltatore e finanziamenti.

a) Obbligazioni relative al terreno

La project company ha, in generale, la responsabilità di assicurare la fornitura del terreno nonché l'accesso allo stesso al fine di permettere l'inizio ed il mantenimento delle attività edilizie. Tale obbligazione, prevista dal contratto EPC, dovrà essere coordinata con le clausole relative al terreno contenute nel Concession Agreement.

L'appaltatore, tuttavia, cercherà ovviamente di ottenere dalla project company la garanzia di diritti esclusivi di accesso e possesso del terreno entro un determinato time-frame.

A tal proposito, la project company dovrebbe sempre cercare di inserire nel contratto specifiche eccezioni con riferimento all'ottenimento di tali garanzie dalle amministrazioni.

b) Obbligazioni in relazione ai dati tecnici

L'appaltatore cercherà di porre in capo alla project company l'obbligazione di fornire tutti i dati e le specifiche tecniche relativi alla costruzione.

Con riferimento a tale aspetto, la project company dovrebbe tuttavia cercare di evitare che una tale previsione attenui l'eventuale responsabilità dell'appaltatore rispetto agli obblighi di progettazione previsti dal contratto EPC.

c) Obbligazioni relative ai finanziamenti

Considerata l'ampia portata delle opere edili oggetto del contratto EPC, gli appaltatori tendono ad imporre alla project company precise obbligazioni al fine di assicurare che i finanziamenti coprano l'intero periodo dei lavori e a riservarsi conseguentemente il diritto di non dare avvio agli stessi fintanto che non venga assicurato alla project company il finanziamento.

PREZZO E PAGAMENTI

Al fine di assicurare che l'interesse della project company sia protetto e che un certo grado di sicurezza sia dato all'esecuzione dei lavori, viene generalmente preferita nei contratti EPC la corresponsione di una somma forfettaria (c.d. lump sum fixed price contracts).

Invero, tali contratti vengono generalmente suddivisi in due categorie principali, a seconda dei termini di pagamento:

- a) "price based contracts": il prezzo e i tassi sono già contenuti nell'offerta dell'appaltatore;
- b) "cost based contracts": l'appaltatore viene rimborsato dei costi effettivi sostenuti in aggiunta ad una fee.

I "fixed price contracts" sono contratti price based in cui l'appaltatore accetta di realizzare le opere per la somma stabilita nel contratto.

Al fine di evitare offerte con prezzi maggiorati o offerte che conducano in qualche modo ad un punto morto durante la realizzazione delle opere, si dovrebbe far ricorso a tale tipologia contrattuale quando il concept e l'ambito del progetto relativo alle infrastrutture siano chiari e ben definiti già al momento della gara d'appalto.

Dal punto di vista dell'appaltatore, i "fixed price contracts" rappresentano una buona opportunità di massimizzare i profitti.

Inoltre, per la project company i “cost based contracts” rappresentano rispetto ai “fixed price contracts”, un rischio maggiore. Risulta, infatti, abbastanza difficile fare una

previsione dei costi di costruzione prima che i lavori siano terminati. Anche la flessibilità nel determinare il prezzo di nuove voci è del resto limitata.

VARIAZIONI

I contratti EPC conferiscono generalmente alla project company il diritto di modificare unilateralmente i lavori e i materiali.

Ciò serve a proteggere la project company contro variazioni che vengano imposte dalle autorità ed altre circostanze che determinano in qualche modo la necessità di apportare delle variazioni.

Per quanto concerne le variazioni che in qualche modo comportino delle ‘aggiunte’ rispetto all’oggetto dei lavori originariamente stabilito nel contratto, l’appaltatore dovrebbe avere diritto a pagamenti addizionali.

Al contrario, egli non dovrebbe avere diritto a pagamenti addizionali nell’ipotesi di variazioni:

- a) eseguite al fine di assicurare la conformità al contratto EPC;
- b) che siano conseguenza di un inadempimento dell’appaltatore o comunque dovute a vizi nell’esecuzione delle opere;
- c) richieste dall’appaltatore;
- d) qualora l’appaltatore non rispetti i requisiti di sicurezza e diligenza.

La clausola relativa alle variazioni dovrebbe, infine, precisare che soltanto ordini scritti o conferme scritte di ordini verbali dovrebbero valere quali variazioni autorizzanti l’appaltatore a richiedere pagamenti addizionali.

TERMINE PER L’ESECUZIONE DEI LAVORI

Affinché la project company sia tutelata, il termine per l’esecuzione delle opere dovrebbe essere considerato essenziale.

Di conseguenza, le parti dovrebbero concordare un chiaro cronoprogramma e l’appaltatore dovrebbe essere tenuto a tenere aggiornata la project company con periodici reports relativi allo stato di avanzamento dei lavori.

A tal fine, il contratto dovrebbe imporre da un lato all’appaltatore di eseguire le opere con la dovuta diligenza e, dall’altro, all’altra parte di far valere attraverso “termination clauses” o “liquidated damages clauses” l’eventuale inadempimento dell’appaltatore.

Tali clausole, infatti, permettono di agire tempestivamente in caso di ritardi.

COLLAUDI, VIZI E DIFETTI DELLE OPERE

Il contratto dovrebbe prevedere la facoltà della project company di eseguire periodiche ispezioni, fermo restando il suo diritto di agire in caso di responsabilità dell'appaltatore per vizi e difetti non scoperti nel corso delle ispezioni stesse.

E' opportuno precisare, come si sarà in presenza di vizi e difetti delle opere ogniqualvolta le stesse non corrispondano alla descrizione o ai requisiti stabiliti nel contratto.

In termini generali, i diritti della project company in caso di vizi dovrebbero essere i seguenti:

- fermare i lavori ed ordinare un'indagine volta a determinare la causa dei difetti;
- richiedere la rimozione, demolizione o sostituzione;
- modificare l'originario oggetto dei lavori senza variazione di costi; o
- accettare le opere nello stato in cui sono con una deduzione nel prezzo.

Al fine di ridurre i rischi legati all'esecuzione delle opere non a regola d'arte, il contratto dovrebbe infine prevedere un c.d. 'periodo di responsabilità per vizi', decorrente dall'accettazione delle opere stesse e durante il quale l'appaltatore dovrebbe essere tenuto a rimuovere o porre rimedio ai difetti.

ACCETTAZIONE DELLE OPERE

Il contratto dovrebbe stabilire con precisione la procedura di accettazione delle opere da parte della project company (anche detta 'taking over') e specificare i requisiti di performance.

Al fine di tutelare gli interessi della project company, invero, viene generalmente previsto che:

- l'accettazione delle opere non fa venire meno il diritto della project company di dimostrare che le stesse siano incomplete o eseguite non a regola d'arte;
- la lettera/certificato di accettazione non vincola la project company o eventuali arbitri con riferimento alla scoperta dei vizi.

Solitamente, l'accettazione comporta le seguenti conseguenze:

- la clausola di liquidated damages non sarà più applicabile in caso di ritardo;
- il rischi legati alle opere passano dall'appaltatore alla project company
- la project company prende possesso delle opere e le consegna all'O&M operator con la cooperazione dell'appaltatore;
- il periodo di responsabilità per i vizi normalmente decorre dall'accettazione delle opere.