

Le Garanzie nei contratti di appalto internazionale



*Le garanzie (o bond) che l'Appaltatore rilascia al
Committente nel contesto di un appalto internazionale
rappresentano un rischio enorme per l'Appaltatore.*

*Scopri quali clausole negoziare (e come) per limitare al
massimo i rischi connessi ad un'escussione illegittima delle
garanzie.*

INDICE

1. Introduzione.
2. Tipi di Garanzie (*Bid Bond, Advance Payment Bond, Performance Bond e Warranty Bond*).
3. Garanzia autonoma o condizionale.
4. Cosa fare in caso di escussione illegittima.
5. Conclusioni.

1. Introduzione

Negli appalti di medie e grandi dimensioni (sia internazionali che nazionali) è prassi che il Committente richieda all'Appaltatore il rilascio di garanzie (ad esempio per l'anticipo ricevuto -***advance payment bond***- per il corretto adempimento delle opere - ***performance bond***- e per il periodo di garanzia dei lavori - ***warranty bond***).

La regola standard è che il Committente richiede una ***garanzia autonoma e a prima domanda*** e cioè una garanzia che può essere escussa dal Committente (i) su semplice richiesta inviata alla banca garante, (ii) senza che l'Appaltatore ed il garante possano sollevare alcun tipo di eccezione, ma soprattutto (iii) senza che il Committente debba provare l'effettivo inadempimento dell'Appaltatore.

E' ovvio che la struttura stessa della garanzia autonoma si presta facilmente ad abusi da parte del Committente ed il contenzioso relativo all'escussione illegittima è molto elevato.

Spesso capita che l'Appaltatore scopra solo dopo aver rilasciato la garanzia (o addirittura dopo l'escussione) che la garanzia conteneva clausole che davano al Committente un potere quasi assoluto.

Gli appalti (soprattutto di medie e grandi dimensioni) sono spesso fonte di controversie tra Committente ed Appaltatore e le **garanzie** rilasciate dall'Appaltatore si prestano ad essere facilmente **utilizzate come strumento di pressione da parte del Committente**, di frequente con la minaccia di escussione che alle volte è del tutto ingiustificata.

Esistono, però, alcune regole molto semplici che puoi seguire per limitare i rischi di un'escussione 'ingiusta'.

2. Tipi di garanzie

Normalmente l'Appaltatore rilascia le seguenti garanzie:

a) *Bid Bond o Tender Bond*:

Consiste nella garanzia che l'Appaltatore deve consegnare al Committente quale condizione per partecipare alla gara.

Con tale tipo di garanzia, il Committente si protegge dal rischio che l'Appaltatore decida di non firmare il contratto qualora risulti vincitore della gara.

Questo tipo di garanzia non presenta grandi rischi per l'Appaltatore a condizione che abbia valutato attentamente le condizioni di gara e che dunque sia veramente difficile che, in caso di aggiudicazione, non firmi il contratto di appalto.

Il Committente ha, in questo modo, una leva che scoraggia la presentazione di offerte da parte di chi non ha reali intenzioni (o capacità) di eseguire il contratto in caso di aggiudicazione.

Si tratta solitamente di una garanzia che viene rilasciata per un importo che può oscillare tra l'1% ed il 5% del valore del contratto, ma la percentuale può raggiungere, anche se in casi eccezionali, il 10%.

Suggerimenti pratici

- **VERIFICA** che siano specificate in dettaglio le ragioni che permettono al Committente di escutere il *Bid Bond* e le relative modalità;
- **ACCERTATI** che il *Bid Bond* perda automaticamente efficacia (anche nel caso in cui il documento originale contenente la garanzia non sia restituito al Committente) quando il contratto viene firmato o, al massimo, quando viene consegnato l'*Advance Payment Bond* o il *Performance Bond*;
- **VERIFICA** se si tratta di una garanzia a prima domanda ovvero di una garanzia condizionale (su cui vedi il successivo paragrafo 3) e cerca di negoziare in modo che il *Bid Bond* sia nella forma di garanzia condizionale per limitare il rischio di escussioni illegittime;

- **INSERISCI** una clausola in virtù della quale il Committente, per poter escutere il Bid Bond, deve dimostrare l'ingiustificata stipulazione del contratto di appalto.

b) Advance Payment Bond

Alla firma del contratto (o meglio poco prima dell'inizio dei lavori, alla cosiddetta 'mobilitazione'), l'Appaltatore solitamente riceve un anticipo che gli permetterà di iniziare i lavori (la vera e propria mobilitazione o il *procurement*). Questo anticipo viene poi restituito al Committente mediante trattenute in percentuale sul pagamento di ogni stato di avanzamento.

Con questo tipo di garanzia il Committente si copre dal rischio che l'Appaltatore non completi l'esecuzione del contratto avendo, tuttavia, incassato l'intero anticipo.

Si tratta solitamente di una garanzia che viene rilasciata per un importo (pari all'anticipo ricevuto) che può oscillare tra il 5% ed il 10% negli appalti a basso contenuto tecnologico mentre, soprattutto nel settore dell'impiantistica, è normalmente di ammontare compreso tra il 10% ed il 20% del valore del contratto.

L'*Advance Payment Bond* è una garanzia che (insieme al *Performance Bond*) va esaminata con la massima attenzione in quanto molto spesso si tratta di una garanzia a prima domanda ed è frequente il caso in cui il Committente, qualora risolva il contratto per (presunto) inadempimento dell'Appaltatore, non si faccia molti scrupoli e decida di escutere, insieme al *Performance Bond*, anche l'*Advance Payment Bond* nella sua interezza (anche nel caso in cui una parte dell'anticipo sia già stata restituita mediante le opportune trattenute sugli stati d'avanzamento).

Suggerimenti pratici

- **VERIFICA ED OTTIENI** che l'importo complessivo dell'*Advance Payment Bond* si riduca proporzionalmente ed automaticamente all'ammontare dell'anticipo restituito (se ad esempio hai ricevuto un anticipo di 100 e hai già restituito 20, l'*Advance Payment Bond* deve automaticamente ridursi a 80);
- **ACCERTATI** che siano dettagliate le situazioni e gli eventi che permettono al Committente di escutere l'*Advance Payment Bond*. Il diritto di escutere questa garanzia deve essere

specificamente limitato all'ipotesi in cui l'Appaltatore non abbia restituito, in tutto o in parte, l'anticipo ricevuto;

- **SEGUI** quanto previsto dal successivo paragrafo 3 se si tratta di una garanzia autonoma in modo da limitare il diritto del Committente di escutere la garanzia senza dover fornire alcun tipo di giustificazione;
- **ACCERTATI** che sia inserita la data di scadenza del bond e che, decorsa la data, l'*Advance Payment Bond* perda di efficacia anche nel caso in cui l'originale della garanzia non sia restituito al Committente;

c) *Performance Bond*

Si tratta della garanzia con la quale il Committente si tutela da possibili inadempimenti (totali o parziali) o ritardi eccessivi da parte dell'Appaltatore.

E' quasi sempre una garanzia a prima domanda (leggi il successivo paragrafo 3).

Alle volte negli appalti internazionali tale garanzia può essere redatta in modo tale che il garante, anziché pagare un determinato importo al Committente, si impegni a provvedere all'esecuzione delle opere (ad esempio quando la garanzia è rilasciata dalla società capogruppo dell'Appaltatore).

Questo tipo di garanzia prevede espressamente (se nella forma di garanzia autonoma) l'impossibilità sia per l'Appaltatore che per il garante di sollevare eccezioni relative al contratto di appalto. Esistono però alcuni limiti a tali previsioni che possono essere utilizzati solo in casi eccezionali e solo tramite una corretta tenuta della documentazione di cantiere.

Suggerimenti pratici

- **VERIFICA** prima di tutto se si tratta di una garanzia che copre solo la corretta e puntuale esecuzione dei lavori o se invece copre anche i difetti che possono sorgere durante il periodo di garanzia (in tal caso dovrà essere inserito un meccanismo che chiaramente indichi la differenza di funzione della garanzia e la diminuzione dell'importo);
- **NEGOZIA** la garanzia in modo che il Committente possa escuterla dietro presentazione, quanto meno, di un parere da

parte di un terzo indipendente (ad esempio un tecnico nominato dalle parti) che dichiari l'effettivo inadempimento, parziale o totale);

- **NEGOZIA** la garanzia in modo tale che il Committente debba, quantomeno, indicare in dettaglio l'(asserito) inadempimento dell'Appaltatore (tale indicazione sarà utile nel caso l'escussione sia illegittima);
- **NEGOZIA** la garanzia in modo tale che il Committente debba documentare l'entità del danno subito e che l'ammontare che può essere escusso sia limitato al solo danno effettivamente subito;
- **VERIFICA** attentamente la data di scadenza della garanzia ed il termine ultimo entro il quale il Committente può escutere la garanzia.

d) *Warranty Bond*

Si tratta della garanzia con la quale il Committente si tutela in caso di mancato ripristino di eventuali difetti che dovessero sorgere durante il periodo di garanzia dei lavori.

Si tratta di una garanzia molto frequente negli appalti per la costruzione di impianti produttivi e di opere infrastrutturali di medio-grandi dimensioni.

Suggerimenti pratici

- **VERIFICA** che siano indicati in modo preciso i difetti che questa garanzia intende coprire;
- **OTTIENI** dai tuoi subappaltatori o fornitori garanzie con termini e condizioni sostanzialmente simili alla garanzia che rilasci al Committente;
- **PREVEDI**, nella garanzia o nel contratto, che l'escussione può avvenire solo se i difetti sono accertati o certificati da un terzo indipendente;
- **PREVEDI** nel contratto di appalto che la garanzia non possa essere escussa in caso di contestazione dei difetti lamentati dal Committente o, al massimo, che, in caso di contestazioni, l'importo della garanzia venga messa a disposizione di un terzo indipendente che agisce da depositario;

- **VERIFICA** la data di scadenza del *warranty bond* e fai in modo che il Committente non possa più escutere la garanzia dopo la sua scadenza o dopo un breve lasso di tempo successivo alla scadenza.

Spesso, purtroppo, il Committente, in prossimità della scadenza del *warranty bond*, inizia ad inviare una serie di richieste di rettifiche di presunti difetti (spesso inconsistenti o non dimostrati) o, nei casi peggiori, procede direttamente con l'escussione della garanzia indipendentemente dalla natura dei difetti e dalla loro imputabilità all'Appaltatore stesso.

3. Garanzia autonoma o condizionale

Ogni garanzia può assumere diversa natura e in genere esistono sostanzialmente due tipi di garanzie:

- La **garanzia condizionale** (denominata '*default guarantee*' o '*conditional guarantee*', in Italia equivalente alla cosiddetta fideiussione), ossia una garanzia con cui il garante si impegna a pagare una certa somma di denaro al Committente a condizione che quest'ultimo dimostri l'*inadempimento al contratto di appalto*. Il garante (la banca o la compagnia assicurativa) potrà sollevare, generalmente, tutte le eccezioni che l'Appaltatore avrebbe potuto sollevare in base al contratto di appalto.

La caratteristica di tali garanzie è che, se l'appaltatore ha validi motivi per non eseguire la propria prestazione (sulla base del contratto di appalto), tali motivi potranno essere utilizzati anche dal garante per non pagare la garanzia;

- la **garanzia autonoma a prima domanda** (solitamente denominata '*on-demand bond*' oppure '*unconditional bond*' o anche semplicemente '*first demand bond*') cioè una garanzia completamente slegata dal contratto di appalto (pur essendo emessa in virtù di uno specifico obbligo del contratto) e grazie alla quale il Committente non deve dimostrare l'avvenuto inadempimento da parte dell'Appaltatore per ottenerne il pagamento bastando, infatti, che '*dichiari*' semplicemente che l'Appaltatore si è reso inadempiente.

In tali garanzie, né il garante né l'Appaltatore potranno sollevare alcuna eccezione relativa al contratto di appalto proprio perché tali garanzie sono *'autonome'* rispetto al contratto.

Salvo rare eccezioni (su cui vedi di seguito), il garante dovrà in ogni caso pagare l'importo della garanzia richiesto dal Committente.

La garanzia autonoma, pertanto, offre al Committente uno strumento efficacissimo per coprirsi dal rischio derivante dall'inadempimento dell'Appaltatore, senza la necessità di iniziare alcun contenzioso e senza la necessità di dover provare l'effettivo inadempimento dell'Appaltatore.

Purtroppo spesso l'escussione di garanzie a prima domanda è oggetto di contenzioso in quanto sia l'Appaltatore che il garante non hanno strumenti efficaci per prevenire l'escussione di una garanzia che si presta a facili abusi da parte del Committente.

Suggerimenti pratici

- **ANALIZZA** attentamente il testo della garanzia e verifica se si tratta di una garanzia autonoma.

Espressioni tipo:

1. *"senza sollevare eccezioni"* (*"without objections"*) oppure *"incondizionatamente"* (*"unconditionally"*);
2. *"nonostante qualsiasi obiezione da parte dell'appaltatore"* (*"notwithstanding any objections from the contractor"*);
3. *"a semplice richiesta"* (*"on first demand"*);

sono, solitamente, e se presenti congiuntamente, indicative di una garanzia autonoma.

La semplice espressione *"il garante dovrà pagare a prima richiesta"* o *"a prima domanda"* non è ritenuta invece sufficiente a rendere una garanzia come autonoma anche se la presenza di tali espressioni deve essere considerata come un segnale rischioso.

- **RENDI** il più chiari possibili, anche nel contratto di appalto, i casi specifici in cui il Committente può pretendere il pagamento della garanzia da parte della banca.
- **INSERISCI** nel testo della garanzia che l'escussione sarà possibile solo dietro presentazione di un documento:
 - redatto da un terzo il quale abbia accertato l'avvenuto inadempimento dell'Appaltatore; oppure
 - che indichi dettagliatamente quali sono gli asseriti inadempimenti che vengono imputati all'Appaltatore;
- **OTTIENI** che la garanzia sia redatta in conformità ad alcuni standard diffusi nella pratica (ad esempio quelli previsti dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi con la Pubblicazione numero 758);
- **VERIFICA** se il contratto prevede il rimborso dei costi finanziari della garanzia o di eventuali assicurazioni che l'Appaltatore abbia stipulato;
- **PREVEDI** che, nel caso esista una disputa in corso tra le parti, l'importo escusso sia versato ad un soggetto terzo (ad esempio una banca depositaria) in modo da scoraggiare il Committente da escussioni pretestuose o da 'minacce' volte solo a mettere sotto pressione l'Appaltatore;

4. Cosa fare in caso di escussione illegittima

Viste le caratteristiche delle garanzie autonome, il Committente potrebbe escutere, in mala fede, la garanzia anche in tutti quei casi in cui non ha effettivamente diritto a riceverne il pagamento (la cosiddetta escussione abusiva o fraudolenta).

Il tipico esempio di escussione abusiva si ha quando:

- il Committente escute l'intero *Advance Payment Bond*, pur avendo l'Appaltatore già restituito (almeno in parte) l'anticipo

ricevuto all'inizio dei lavori (avendo subito le relative trattenute sui pagamenti ricevuti in corso d'opera). La contabilità dell'Appaltatore rivelerà in modo abbastanza semplice che l'anticipo è stato già interamente ripagato, oppure quando

- l'inadempimento dell'Appaltatore dipende in realtà da un fatto del Committente, ad esempio nel caso in cui sia il Committente ad impedire che l'Appaltatore esegua puntualmente e correttamente la prestazione oggetto del contratto o nell'ipotesi in cui il Committente rifiuti di dare istruzioni specifiche all'Appaltatore su come agire in determinate circostanze.

In tali ipotesi, l'Appaltatore potrà verosimilmente ottenere un provvedimento d'urgenza (se ricorrono alcuni requisiti) con cui il giudice ordina alla banca garante di non pagare l'importo della garanzia ma solo a condizione che l'Appaltatore sia in grado di dimostrare (sulla base di documenti) la mala fede del Committente.

La prima cosa che l'Appaltatore deve fare è di intimare formalmente alla banca di non eseguire alcun pagamento in quanto l'escussione è ritenuta (sulla base di documentazione che sarebbe opportuno inviare alla banca) illecita.

La seconda cosa da fare, qualora la banca intenda dar corso al pagamento, è di presentare un ricorso d'urgenza al giudice competente (solitamente e salvo patto contrario il giudice del luogo in cui ha sede la banca che ha materialmente emesso la garanzia) affinché intimi alla banca stessa di non eseguire il pagamento. Infatti, spesso la banca non esegue il pagamento solo se riceve un ordine del giudice (e non sulla base della sola diffida da parte dell'Appaltatore).

Nel caso in cui il giudice non emetta alcun ordine di questo genere, e la banca paghi l'importo della garanzia, l'Appaltatore avrà diritto di agire nei confronti del Committente (mediante, solitamente, arbitrato internazionale) ed eventualmente nei confronti della banca nel caso in cui quest'ultima abbia agito senza la necessaria professionalità e diligenza.

Il fatto cioè che il giudice non abbia emesso alcun provvedimento di urgenza non vuol dire necessariamente che il Committente ha diritto di trattenere l'importo della garanzia escussa.

Ci sono casi in cui il giudice non emette il provvedimento d'urgenza solo perché non ne ricorrono i requisiti previsti dalla

legge (ad esempio l'Appaltatore non ha fornito prove sufficienti della mala fede del Committente), ma ciò non vuole necessariamente dire che il Committente ha diritto a quelle somme.

Malgrado quindi il Committente abbia il diritto ad escutere la garanzia (perché è nella forma di una garanzia autonoma e quindi è svincolata dal contratto di appalto), un giudizio sulla sostanza dell'inadempimento dell'Appaltatore potrebbe dimostrare che l'inadempimento è stato causato dal Committente.

Ad esempio, se per la costruzione di una centrale elettrica (ad esempio alimentata a carbone), il Committente deve mettere a disposizione dell'Appaltatore il combustibile per eseguire i test di funzionamento della centrale e l'Appaltatore non esegue i test nei tempi previsti perché il Committente non ha fornito il combustibile, si potrebbe ben verificare l'ipotesi in cui il Committente (in mala fede) escuta la garanzia per inadempimento dell'Appaltatore ma in un successivo giudizio arbitrale l'Appaltatore riuscirà a dimostrare che l'inadempimento non era a lui imputabile.

L'Appaltatore (anche dopo il pagamento della garanzia) potrà iniziare un giudizio ordinario non solo verso il Committente ma anche verso la banca garante.

Si deve sottolineare, infatti, che, in caso di emissione di garanzie, anche la banca garante ha una serie di obblighi nei confronti dell'Appaltatore.

Spesso si dimentica, infatti, che la garanzia viene rilasciata in virtù di un apposito contratto tra la banca e l'Appaltatore in virtù del quale la banca stessa si obbliga a comportarsi in buona fede nei confronti della propria controparte (l'Appaltatore).

Ogni comportamento della banca che risulti essere, in un successivo giudizio, non fondato su principi di buona fede potrà essere un buon argomento per l'Appaltatore per impedire, quanto meno, alla banca di addebitare le somme escusse all'Appaltatore.

5. Conclusioni

Le garanzie (spesso nella forma di garanzia bancaria autonoma e a prima domanda) sono molto diffuse negli appalti internazionali di medio grandi dimensioni e, nelle ipotesi normali, rappresentano una giusta protezione e di copertura, per il Committente, del rischio derivante da specifici inadempimenti dell'Appaltatore.

Esse, tuttavia, proprio in considerazione della loro struttura possono prestarsi ad abusi da parte del Committente e dunque ad una loro escussione arbitraria in tutte quelle ipotesi in cui il Committente stesso sa bene di non averne diritto.

L'unica protezione che l'Appaltatore ha è di cercare di inserire alcune limitazioni al potere quasi assoluto che il Committente ha di escutere la garanzia.

La negoziazione di una garanzia nel contesto di appalti internazionali richiede dunque particolare attenzione per evitare che essa esponga l'Appaltatore a rischi eccessivi.

La garanzia (soprattutto se autonoma) viene spesso utilizzata infatti come strumento intimidatorio o come grimaldello attraverso il quale il Committente, in casi patologici, riesce ad esercitare pressioni (spesso ingiustificate ma efficaci) sull'Appaltatore.

Il ricorso agli standard internazionali (ad esempio a quello previsto dalla Pubblicazione numero 758 della Camera di Commercio Internazionale -Uniform Rules on Demand Guarantees) consente quanto meno di ricorrere ad uno strumento consolidato nella prassi internazionale pur non garantendo un'escussione abusiva.

Il 'segreto' resta sempre quello di esaminare attentamente il testo che si sta per sottoscrivere o che ci si impegna a rilasciare tenendo presente che l'unico modo per impedire al Committente di escutere in modo illegittimo una garanzia a prima domanda è l'azione giudiziaria che, nei limiti del possibile, dovrebbe essere sempre evitata.

**La presente Guida è stata redatta da BdaLaw - Studio Legale ed il suo contenuto deve intendersi meramente informativo e non invece come un parere legale.*

Condividi questa Guida



**ISCRIVITI QUI AL NOSTRO BLOG
PER RICEVERE LE PROSSIME GUIDE**

Per ulteriori informazioni o per altri suggerimenti puoi contattare:



Giuseppe Broccoli
Partner

broccoli@bdalaw.it

T: + 39 02 0066891

T: + 44 (0)20 3693 7510