CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JEAN MISCHO

22 gennaio 1987 *

Signor Presidente,
signori Giudici,

La controversia pendente dinanzi al tribunal de première instance di Bruxelles tra la Société pour l'exportation des sucres (in prosieguo: « la società » o « l'aggiudicataria ») e l'Office belge de l'économie et de l'agriculture (OBEA) verte sulla qualità di una partita di zucchero offerto dalla Comunità a titolo di aiuto alimentare all'UNRWA (Ente di soccorso e lavori delle Nazioni Unite per i profughi della Palestina).

In esito ad una gara indetta dall'OBEA, la società era stata incaricata di fornire all'ente destinatario una partita di 755 tonnellate di zucchero di qualità 2 (o qualità tipo).

Da un controllo risultava però che lo zucchero fornito era di qualità 3, in quanto la colorazione della soluzione superava di 0,7 punti il margine di 6 punti, limite massimo per la qualità 2, mentre tutte le altre caratteristiche corrispondevano a quelle della qualità 2.

La società veniva tuttavia informata di questa carenza solo allorché lo zucchero era già arrivato al porto di Ashdod (Israele) ed era stato preso in carico dall'UNRWA.

La gara di cui trattasi era stata indetta col regolamento della Commissione 25 febbraio 1982, n. 434 [1], « relativo ad una gara permanente per la mobilitazione di zucchero bianco comunitario destinato all'Ente di soccorso e lavori delle Nazioni Unite per i profughi della Palestina (UNRWA) a titolo di aiuto alimentare », parzialmente modificato dal regolamento della Commissione 21 aprile 1982, n. 939 [2].

Le sanzioni contemplate da questo regolamento, per l'ipotesi che l'una o l'altra delle condizioni di gara non fossero soddisfatte, sono esposte con grande chiarezza all'inizio della relazione d'udienza. Mi permetto di rimandare a tale relazione anche per quanto riguarda i particolari dei fatti, gli argomenti delle parti e il tenore delle tre questioni formulate dal tribunal de première instance di Bruxelles.

Seguirò pure lo schema della relazione d'udienza, esaminando contemporaneamente le prime due questioni.

Sulle prime due questioni

La prima questione si risolve nel chiedere in qual momento debba essere effettuato il controllo qualitativo contemplato dall'art. 9, n. 5, del regolamento e fino a qual momento la qualità dello zucchero possa venir contestata.

Secondo l'art. 9, n. 5, il controllo qualitativo si effettua « all'imbarco ».

Onde consentire questo controllo, il fornitore deve comunicare *al più presto* all'ente competente dello Stato membro esportatore il nome della nave che effettuerà il trasporto e la data del carico [art. 15, n. 1, lett. a)].

Infine, l'art. 15, n. 3, stabilisce che « qualora lo zucchero appartenga ad una qualità infe-

* Traduzione dal francese.

1 — GU L 55 del 26.2.1982, pag. 34.

2 — GU L 111 del 24.4.1982, pag. 13.

riore alla qualità tipo, esso viene respinto a rischio e pericolo dell'aggiudicatario ».

Dal combinato disposto di queste norme si può ragionevolmente desumere che il controllo deve essere effettuato in linea di massima:

— allorché la merce da fornire è pronta all'imbarco;

— in un momento tale che il risultato delle analisi possa ancora essere reso noto prima che la nave salpi, sicché la merce possa venir rifiutata prima della sua partenza.

Il regolamento non contempla l'ipotesi in cui, come nella fattispecie, i risultati delle analisi siano resi noti solo dopo la partenza della nave o addirittura dopo la distribuzione della merce.

È tuttavia possibile desumere, in via interpretativa, la soluzione da adottarsi in questa ipotesi, partendo dai seguenti elementi.

A norma dell'art. 1, n. 2, del regolamento, « lo zucchero deve appartenere alla qualità tipo definita dall'art. 1 del regolamento (CEE) n. 793/72 ».

È su questa base che l'aggiudicatario si ritiene abbia fatto la sua offerta, ed è a questa espressa condizione che la fornitura gli è stata aggiudicata.

In primo luogo, l'aggiudicatario ha quindi l'obbligo di *accertarsi direttamente* che lo zucchero ch'egli si accinge a fornire soddisfi effettivamente questa condizione.

Il controllo qualitativo all'imbarco non può avere l'effetto di esimerlo da questa responsabilità. Come osservano il governo belga e l'OBEA, il controllo previsto dal regolamento non è stato istituito nell'interesse dell'aggiudicatario, bensì nell'interesse del donatore, la Comunità, e del destinatario, l'UNRWA.

In una sentenza del 5 dicembre 1985 [3] la Corte ha ribadito questo principio nei seguenti termini:

« I controlli effettuati in questo ambito (dagli Stati membri) non hanno lo scopo, né l'effetto, di liberare, in qualsivoglia modo, l'aggiudicatario dalle responsabilità che si assume con l'aggiudicazione ».

In secondo luogo, non potrebbe incombere al destinatario dell'aiuto alimentare il compito di verificare o di accertare il rispetto della condizione relativa alla categoria nella quale deve rientrare lo zucchero da fornire.

Come abbiamo visto, il regolamento prescrive in effetti espressamente che questo controllo deve avvenire all'imbarco. È infatti logico che sia l'ente incaricato dalla Comunità dell'organizzazione dell'aiuto alimentare a verificare la conformità del prodotto ai criteri stabiliti.

D'altra parte, non è certo che tutti i paesi del terzo mondo o gli enti destinatari dispongano di laboratori equipaggiati per procedere alle analisi necessarie.

L'attestato che dev'essere rilasciato dal destinatario dell'aiuto, a termini dell'art. 10, n. 1, non può quindi riguardare questo punto. Esso ha soltanto lo scopo di comprovare che lo zucchero *è stato fornito* « alle condizioni prescritte », come le definisce l'art. 9, e precisamente nei quantitativi previsti, alla data convenuta e in sacchi conformi alla descrizione.

È logico, d'altro canto, che il destinatario dell'aiuto controlli anche che la merce non abbia subito avarie durante il trasporto. In questo senso si deve intendere, a mio avviso,

3 — Direktoratet for Markedsordningerne/Corman e figli, causa 124/83, Racc. 1985, pag. 3777, punto 21 della motivazione.

la dicitura « in good and sound condition » figurante sull'attestato rilasciato dall'UNRWA. Tale attestato non ha quindi lo scopo di comprovare che lo zucchero fornito corrisponda alla qualità 2.

Questa verifica limitata, effettuata per conto del donatore, non ha l'effetto di creare vincoli giuridici tra l'aggiudicatario e il terzo destinatario dell'aiuto. Questi non può affatto venir equiparato ad un acquirente che abbia sottoscritto una « accettazione » o una « ricevuta » della merce.

In terzo luogo, è certo che la qualità della merce, soprattutto nell'ambito di un'operazione d'aiuto alimentare, è un elemento assolutamente essenziale del contratto di fornitura. È quindi inconcepibile che la qualità non possa più venir contestata qualora il risultato delle analisi sia disponibile solo dopo la partenza della nave o addirittura dopo la distribuzione dell'aiuto.

Come la Commissione fa osservare, giustamente, mi pare, sarebbe troppo facile se l'aggiudicatario potesse, per negligenza o deliberatamente, sottrarsi al suo obbligo di informare tempestivamente l'ente competente circa la data di partenza della nave, e precludere così qualsiasi contestazione circa la qualità della merce fornita, trincerandosi dietro una cosiddetta « ricevuta » della merce rilasciata dal destinatario.

Per i motivi indicati in precedenza, la contestazione della qualità della merce deve restare possibile anche nell'ipotesi in cui, per effetto di negligenza o di errore dell'ente competente stesso, i risultati dell'analisi siano resi noti solo dopo la partenza della nave.

Anche in questo momento l'ente competente deve quindi essere ancora in grado di rifiutare la merce, il che si risolverà in pratica nel rifiuto di corrispondere il prezzo pattuito.

Come la Commissione, ritengo tuttavia che una siffatta negligenza da parte dell'ente competente può eventualmente far nascere un diritto al risarcimento del danno in base alla legislazione del paese in cui è stata aggiudicata la fornitura.

Ciò mi pare doversi ammettere in particolare se la qualità venga contestata solo dopo che l'aiuto alimentare sia stato distribuito ai destinatari finali, nella fattispecie ai profughi della Palestina.

In questa ipotesi non è infatti più possibile « rifiutare la merce » nel senso di rimetterla a disposizione dell'aggiudicatario affinché questi possa, ad esempio, tentare di venderla nel paese in cui è stata sbarcata.

Ritengo che, nella fattispecie, tale risarcimento ci sia stato, mediante compromesso, poiché l'OBEA ha accettato di pagare lo zucchero in base al suo valore reale.

Propongo quindi di risolvere come segue le prime due questioni:

« Gli artt. 1, 9, 10 e 15, n. 3, del regolamento (CEE) della Commissione 25 febbraio 1982, n. 434, modificato dal regolamento della Commissione 21 aprile 1982, n. 939, vanno interpretati nel senso che il controllo qualitativo dello zucchero da fornire come aiuto alimentare deve essere effettuato in modo tale che i suoi risultati possano essere resi noti prima dell'uscita del prodotto dal territorio dello Stato membro esportatore.

Qualora lo zucchero fornito risulti di qualità inferiore alla qualità tipo, l'ente competente deve, a norma dell'art. 15, n. 3, rifiutare i pagamenti provvisori e definitivi del prezzo pattuito, contemplati dall'art. 10, n. 1, anche se ha avuto conoscenza di questo elemento solo dopo la distribuzione del prodotto e siano soddisfatte le altre condizioni stabilite per il pagamento, in particolare l'attestato del destinatario di cui all'art. 10, n. 1, 3° comma. »

Sulla terza questione

La cauzione va incamerata anche se in realtà lo zucchero è stato distribuito ai destinatari ed è stato da questi consumato senza che ne abbiano subito alcun danno? In caso affermativo, la perdita totale della cauzione non è incompatibile col principio di proporzionalità, dal momento che lo zucchero fornito presentava tutte le caratteristiche di qualità prescritte, meno una sola?

Ecco quel che vuole sapere il giudice belga con la sua terza questione.

In proposito vorrei premettere due osservazioni generali.

La Comunità ha conosciuto altri casi in cui i prodotti forniti si sono rivelati di qualità deficiente. La Commissione ne ha tratto le conseguenze, rendendo più rigorose le norme in materia di controllo della qualità dei prodotti da fornire.

Nella fattispecie, la carenza presentata dallo zucchero fornito non era certamente tale da vietarne l'impiego, onde non far correre rischi ai consumatori.

Si deve tuttavia aver cura di non aprire una breccia nel sistema, dando ai futuri offerenti l'impressione ch'essi potranno, con una certa impunità, permettersi di non osservare scrupolosamente i criteri qualitativi sanciti dalla Commissione.

Nell'ambito di precedenti operazioni di aiuto alimentare, la Commissione si era limitata ad esigere la qualità 3. Se ora ha deciso di prescrivere la qualità superiore, avrà indubbiamente validi motivi.

In secondo luogo, la definizione della qualità del prodotto ha anche lo scopo di garantire la parità tra tutti gli offerenti.

Se gli enti competenti degli Stati membri instaurassero la prassi di accettare di pagare le merci non conformi alle prescrizioni al prezzo corrispondente alla loro qualità effettiva, lasciando impunito l'inadempimento contrattuale, il sistema delle gare verrebbe falsato.

Questo atteggiamento potrebbe indurre i fornitori a presentare fin dall'inizio offerte a prezzo inferiore rispetto a quello normalmente corrispondente alla qualità tipo richiesta, sapendo che in definitiva potranno fornire merce di qualità inferiore. Questa sarebbe concorrenza sleale nei confronti degli offerenti intenzionati a rispettare scrupolosamente le condizioni del bando di gara.

D'altro canto, i seguenti argomenti testuali militano, nella fattispecie, a favore dell'incameramento della cauzione:

1. Secondo l'art. 15, n. 3, del regolamento in questione, una merce di qualità inferiore alla qualità tipo va rifiutata a rischio e pericolo dell'aggiudicatario.

La Commissione ha quindi voluto escludere qualsiasi possibilità che venga fornita merce non conforme alle prescrizioni.

Dall'art. 9, n. 5 (controllo all'imbarco) e dal sistema del regolamento risulta, è vero, che il rifiuto deve normalmente intervenire prima che la merce lasci il territorio dello Stato membro. In tal modo essa può eventualmente essere sostituita all'ultimo momento con merce conforme alle prescrizioni.

Tuttavia, se la sostituzione non è possibile, resta il rifiuto puro e semplice della merce; la cauzione va incamerata per inadempimento del contratto.

Analogamente, se la consegna, per la necessità di sostituire la merce o per altre ragioni, non può aver luogo entro il termine stabilito, si applica l'art. 15, n. 2. Secondo questa norma, in caso di ritardo nella consegna, il prezzo pattuito va diminuito di 0,12 ECU per quintale e per giorno, « salvo il disposto dell'art. 7, paragrafo 3 ». Quest'ultimo richiamo significa che, per quanto riguarda i quantitativi giunti in ritardo, la cauzione viene incamerata integralmente, anche se il ritardo è minimo.

Se l'intera fornitura arriva con ritardo, la cauzione è incamerata totalmente, anche se lo zucchero venga poi consumato dai destinatari.

Il regolamento è quindi chiaramente fondato sul principio secondo cui un'inosservanza delle condizioni contrattuali che incida sul complesso della merce implica la perdita dell'intera cauzione.

Indubbiamente, se il rifiuto non ha potuto aver luogo prima che salpasse la nave, in quanto i risultati delle analisi non erano disponibili, e se la merce non conforme alla qualità pattuita è giunta a destinazione ed è stata consumata, l'equità o, eventualmente, i principi della responsabilità extracontrattuale, impongono ch'essa venga pagata secondo il suo valore reale. Dato, però, l'inesatto adempimento del contratto di fornitura aggiudicato, la cauzione dev'essere incamerata.

In altri termini, ritengo che, pagando la merce secondo il suo valore reale, si sia sufficientemente tenuto conto del fatto che lo zucchero è stato consumato.

2. Secondo l'art. 7, n. 5, « lo svincolo della cauzione ha luogo all'atto del pagamento definitivo ».

Qualora, come nella fattispecie, la merce non venga pagata secondo il prezzo pattuito al momento dell'aggiudicazione, bensì in base ad un compromesso tra le parti, non vi è pagamento definitivo ai sensi di detta norma e la cauzione non può quindi essere svincolata.

3. Infine, dall'art. 7, n. 3 (come modificato dal regolamento n. 939/82 già ricordato) risulta che « la cauzione di gara (...) viene incamerata (...) per il quantitativo di zucchero che l'aggiudicatario non ha consegnato nel porto di sbarco (...) alle condizioni prescritte ».

Ho già sottolineato che nell'art. 10, n. 1, 3° comma, l'espressione « alle condizioni pre-

scritte« si riferisce, a mio parere, a condizioni diverse dall'intrinseca qualità della merce, poiché si deve controllare l'osservanza di quest'ultima condizione ed ovviare ad eventuali carenze, in linea di massima, prima che la nave salpi.

Nell'art. 7, n. 3, questa espressione non viene però usata in relazione all'attestato che dev'essere rilasciato dall'UNRWA, bensì in un contesto più generale. Mi pare quindi che si possa farla valere per sostenere che non vi è obbligo di svincolare la cauzione, qualora l'intero quantitativo fornito non risponda alle condizioni prescritte.

Ora, così è nel caso in esame.

Il tribunal de première instance di Bruxelles si chiede tuttavia se, nella fattispecie, l'incameramento dell'intera cauzione sia compatibile col principio di proporzionalità, dato che l'inosservanza delle prescrizioni riguardava solo uno dei parametri stabiliti.

Ricorderò in primo luogo che i criteri da a) a d) compreso stabiliti relativamente alla qualità tipo (vale a dire la qualità 2) dal regolamento del Consiglio 17 aprile 1972, n. 793, che fissa la qualità tipo dello zucchero bianco (GU L 94 del 21.4.1972, pag. 1) sono identici ai criteri da a) a d) compreso definiti per lo zucchero della categoria 3 dall'art. 11 del regolamento della Commissione 18 giugno 1971, n. 1280, che fissa le modalità d'applicazione per quanto riguarda l'acquisto di zucchero da parte degli enti d'intervento (GU L 133 del 19.6.1971, pag. 34).

La differenza tra le due categorie di zucchero si determina, quindi, in base ai quattro criteri supplementari elencati al punto e) dell'art. 1 del regolamento n. 793/72. Nella fattispecie *non è perciò soddisfatto un criterio su quattro.*

È forse ammissibile ritenere che, in tal caso, la carenza di cui trattasi, che, secondo gli esperti, potrebbe avere conseguenze solo qualora lo zucchero dovesse servire a fabbricare bevande, possa essere trascurata? Non sono di questo parere.

Il legislatore comunitario ha stabilito, non avventatamente, che lo zucchero è di qualità 2 o qualità tipo solo se risponde a determinati criteri. Mi pare quindi difficile per la Corte fare una distinzione fra questi criteri e attribuire loro un'importanza più o meno grande a seconda delle circostanze.

Ammettere oggi che il risultato dell'analisi effettuata secondo il « metodo Icumsa » può venir trascurato nelle circostanze della fattispecie, potrebbe portare domani alla dichiarazione che un altro criterio non è essenziale allorché si tratti, ad esempio, di vendita mediante gara di zucchero destinato all'industria chimica.

Di questo passo tutti i principi per la classificazione dello zucchero verrebbero rimessi in questione.

Vediamo ora quali insegnamenti si possono trarre, per la nostra causa, dalla giurisprudenza della Corte sul principio di proporzionalità.

Nella sentenza 23 febbraio 1983, Fromançais/FORMA [4], la Corte ha dichiarato che

4 — Causa 66/82, Racc. 1983 pag. 395, punto 8 della motivazione; vedasi anche sentenza 20 febbraio 1979, causa 122/78, Racc. pag. 677, punto 16 della motivazione, e sentenza 22 gennaio 1986, causa 266/84, Denkavit France, Racc. pag. 149, punto 17 della motivazione.

« onde accertare se una disposizione di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità, si deve controllare, anzitutto, *se i mezzi* cui essa fa ricorso per conseguire lo scopo che si prefigge *siano confacenti all'importanza dello scopo* stesso e, inoltre, *se siano necessari* per raggiungerlo ».

Nella fattispecie lo scopo perseguito è *importante*: si tratta di ottenere che l'aggiudicatario fornisca effettivamente zucchero della qualità prestabilita.

Ricordiamo che il primo « considerando » del regolamento precisa espressamente « che è opportuno che lo zucchero bianco in causa appartenga alla qualità definita dal regolamento (CEE) del Consiglio 17 aprile 1972, n. 793, che fissa la qualità tipo dello zucchero bianco ».

Ci troviamo incontestabilmente di fronte ad uno di quegli « obblighi principali » la cui inosservanza, secondo la costante giurisprudenza della Corte [5], può comportare l'incameramento dell'intera cauzione.

Il mezzo usato — una cauzione pari al 7% del valore del contratto — è, a mio parere, adeguato al suddetto scopo.

Il ricorso a questo mezzo può altresì essere considerato *necessario* per raggiungere tale scopo, dato che il semplice rifiuto della merce (con restituzione della stessa o pagamento in base al suo valore reale) non potrebbe avere un *effetto dissuasivo* sufficiente, poiché non comporterebbe una vera perdita finanziaria. Orbene, è essenziale che le gare si svolgano in condizioni corrette. Solo la minaccia di perdita della cauzione può contribuirvi efficacemente.

Questo effetto dissuasivo sarebbe garantito anche in futuro se si incamerasse, ad esempio, solo la metà della cauzione, vale a dire l'equivalente del 3,5% del valore del contratto? Ne dubiterei.

Un ultimo elemento, e non dei più trascurabili, di cui si deve tener conto è l'estrema severità dimostrata dalla Corte, nella maggior parte delle sue sentenze, per l'inadempimento di un obbligo principale.

La sentenza emessa riguardo alla fattispecie che presenta la maggior analogia col caso ora in esame è quella del 2 dicembre 1982 nella causa 272/81 (RU-MI/FORMA, Racc. pag. 4167).

Si trattava allora della validità di un regolamento in materia di concessione mediante gara di un aiuto speciale per il latte scremato in polvere destinato all'alimentazione degli animali diversi dai giovani vitelli.

Questo regolamento stabiliva vari criteri per la denaturazione del prodotto, uno solo dei quali non era stato adeguatamente osservato. Il giudice nazionale, rilevando che la denaturazione differiva solo in misura minima dalla norma abitualmente seguita, si era chiesto se questo regolamento non infrangesse il principio della proporzionalità, in quanto consentiva di applicare la stessa sanzione tanto nel caso in cui non vi fosse stata alcuna denaturazione quanto nel caso in cui la denaturazione fosse stata effettuata, ma non attenendosi scrupolosamente ai canoni.

5 — Vedasi sentenze 20 febbraio 1979, causa 122/78, Buitoni, Racc. pag. 677; 21 giugno 1979, causa 240/78, Atalanta, Racc. pag. 2137; 2 dicembre 1982, causa 272/81, RU-MI, Racc. pag. 4167; 23 febbraio 1983, causa 66/82, Fromançais, Racc. pag. 395; 17 maggio 1984, causa 15/83, Denkavit, Racc. pag. 2171.

La Corte ha dichiarato che « la Commissione poteva a buon diritto adottare disposizioni che contemplassero la perdita dell'aiuto e della cauzione in caso di inadempimento dell'obbligo principale incombente all'aggiudicatario *e non era tenuta a graduare tale sanzione a seconda della gravità dell'inadempimento.* Una sanzione siffatta non può considerarsi sproporzionata rispetto allo scopo perseguito ».

In un'altra sentenza pregiudiziale della stessa data, Société laitière de Gacé/ FORMA, causa 273/81, Racc. pag. 4193, la Corte aveva dimostrato un analogo rigore.

In entrambi i casi, si trattava di fattispecie in cui il prodotto era stato effettivamente destinato all'uso previsto e nelle quali la buona fede degli operatori economici era fuori discussione.

Per tutti questi motivi, mi pare quindi che un'interpretazione in senso stretto sia necessaria anche nella presente fattispecie e propongo alla Corte di risolvere nel seguente modo la terza questione:

« Gli artt. 15, n. 3, e 7, nn. 3 e 5, del summenzionato regolamento vanno interpretati nel senso che la cauzione dev'essere incamerata per i quantitativi di zucchero consegnati ai destinatari e non corrispondenti alla qualità tipo.

L'esame dell'art. 7, n. 3, dello stesso regolamento non ha messo in luce elementi tali da inficiarne la validità. »