CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
S. ALBER
van 24 oktober 2002 [1]

I — Inleiding

1. In 1996 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen een inschrijving geopend voor de levering van vruchtensap dat bestemd was voor hulpzendingen naar de Kaukasus. In plaats van met geld zou de opdrachtnemer betaald worden met uit de markt genomen, uit interventievoorraden afkomstige appelen. Daarbij moesten de inschrijvers aangeven, welke hoeveelheid zij als betaling voor hun leveringen verlangden. De opdracht werd niet aan verzoekster in eerste aanleg toegewezen en zij stelde daartegen ook geen beroep in. Na de toewijzing aan andere ondernemingen deelde de Commissie het interventiebureau mee, dat in plaats van appelen ook perziken konden worden overgenomen. De Commissie breidde die mogelijkheid later nog uit tot andere fruitsoorten en stelde daarbij ook verhoudingen van gelijkwaardigheid in gewicht tussen de verschillende fruitsoorten vast. Deze gelijkwaardigheidscoëfficiënten werden bij een nieuwe beschikking van de Commissie gewijzigd. Pas tegen laatstgenoemde beschikking is verzoekster in rechte opgekomen. Het Gerecht van eerste aanleg heeft haar beroep tot nietigverklaring toegewezen, waarna de Commissie, verweerster in eerste aanleg, de onderhavige hogere voorziening heeft ingesteld.

2. De Commissie baseert haar hogere voorziening op vijf middelen. Met betrekking tot de ontvankelijkheid van het beroep voert zij aan dat CAS Succhi di Frutta SpA (hierna: „verzoekster") procesbevoegdheid noch procesbelang heeft. Met betrekking tot de gegrondheid van het beroep uit zij kritiek op de conclusie van het Gerecht dat zij een nieuwe inschrijving had moeten uitschrijven, en wijst zij op fouten van het Gerecht bij het bepalen van de hoeveelheid appelen die op het maatgevende tijdstip in de Gemeenschap beschikbaar was (zie, meer gedetailleerd, punt 18).

II — Rechtskader en feiten

3. Bij verordening (EG) nr. 228/96 van 7 februari 1996 betreffende de levering van vruchtensap en vruchtenjam bestemd voor

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

de bevolkingen van Armenië en Azerbeidzjan [2], heeft de Commissie een inschrijving geopend ten aanzien waarvan artikel 1 van deze verordening het volgende bepaalt: „Er wordt een aanbesteding gehouden voor de levering van 1 000 ton vruchtensap, 1 000 ton geconcentreerd vruchtensap en 1 000 ton vruchtenjam als vermeld in bijlage I volgens de modaliteiten voorzien in verordening (EG) nr. 2009/95[3] en met name in artikel 2, lid 2, en in overeenstemming met de specifieke bepalingen van deze verordening". Artikel 2, lid 2, van verordening nr. 2009/95 luidt als volgt: „De inschrijving kan betrekking hebben op de hoeveelheid product die fysiek uit de interventievoorraden moet worden uitgeslagen als betaling voor de levering van de verwerkte producten van dezelfde groep, in het leveringsstadium te bepalen in het inschrijvingsbericht".

4. In bijlage I bij verordening nr. 228/96 werden voor elk van de zes partijen waarvoor kon worden ingeschreven, enerzijds de kenmerken van de te leveren producten en anderzijds de uit de markt te nemen producten aangegeven die de opdrachtnemers bij het interventiebureau als betaling voor hun leveringen moesten overnemen. Voor de eerste twee partijen waren de over te nemen producten appelen.

5. Artikel 3, lid 2, van verordening nr. 228/96 luidt als volgt: „De offerte van de inschrijver vermeldt voor elke partij de totale hoeveelheid vruchten die in overeenstemming met de artikelen 15 en 15 bis van verordening (EEG) nr. 1035/72 uit de markt is genomen, en waarvoor hij zich verbindt:

a) ze over te nemen bij de betrokken producentenorganisaties als betaling van alle leveringskosten tot aan de terbeschikkingstelling zoals vermeld in artikel 2 [...]

[...]"

6. Nadat binnen de in verordening nr. 228/96 gestelde termijn verschillende offertes waren ingediend, werden de partijen aan Trento Frutta SpA en Loma GmbH toegewezen.

7. Verzoekster had voor de eerste twee partijen aan de aanbesteding deelgenomen. Uit de stukken blijkt dat haar offertes niet werden geselecteerd, omdat zij als betaling voor de levering van haar producten aanzienlijk grotere hoeveelheden appelen had

2 — PB L 30, blz. 18.

3 — Verordening van de Commissie van 18 augustus 1995 houdende voorschriften voor de kosteloze levering van landbouwproducten uit interventievoorraden aan Georgië, Armenië, Azerbeidzjan, Kirgizië en Tadzjikistan in het kader van verordening (EG) nr. 1975/95 van de Raad (PB L 196, blz. 4).

verlangd dan de twee geselecteerde gegadigden in hun respectieve offertes hadden vermeld. Uit de stukken blijkt bovendien dat Trento Frutta SpA in haar offerte had verklaard dat zij, in het geval dat er onvoldoende appelen beschikbaar zouden zijn, bereid was als betaling perziken te ontvangen, een mogelijkheid die niet was vermeld in het inschrijvingsbericht.

8. Bij nota van 6 maart 1996 deelde de Commissie het Italiaanse interventiebureau Azienda di Stato per gli Interventi nel Mercato Agricolo (hierna: „AIMA") mee, dat zij de betrokken opdracht aan Trento Frutta SpA had toegewezen. Zij wees erop dat deze opdrachtnemer als betaling, naar gelang van de partijen, een bepaalde hoeveelheid appelen (of, als alternatief, perziken), dan wel sinaasappelen (of, als alternatief, appelen of perziken) zouden ontvangen.

9. Bij beschikking van 14 juni 1996 — dus na de gunning — stond de Commissie de opdrachtnemers toe, in plaats van appelen of sinaasappelen „andere uit de markt genomen producten over te nemen, in de tevoren vastgestelde verhoudingen van gelijkwaardigheid bij verwerking van de respectieve producten". Volgens de tweede overweging van de considerans ervan was de beschikking gegeven, omdat de sinds de toewijzing van de opdrachten uit de markt genomen hoeveelheden van de betrokken producten in het niet vielen bij de hoeveelheden die nodig waren, terwijl het seizoen voor het uit de markt nemen zo goed als afgelopen was. De vervangende producten waarin de beschikking voorzag, waren perziken en abrikozen. Tussen perziken en appelen stelde de beschikking een gelijkwaardigheidscoëfficiënt van 1:1 vast. Bij een nieuwe beschikking van 22 juli 1996 stond de Commissie toe, dat de door de opdrachtnemers als betaling voor de levering van hun producten over te nemen appelen werden vervangen door nectarines.

10. Op 26 juli 1996 zette verzoekster tijdens een op haar verzoek georganiseerde vergadering met de diensten van het directoraat-generaal Landbouw van de Commissie (DG VI) haar bezwaren uiteen tegen de door de Commissie toegestane vervanging van appelen en sinaasappelen door andere vruchten. Op 2 augustus 1996 zond verzoekster de Commissie technisch rapport nr. 94 van het Dipartimento Territorio e Sistemi Agro-Forestali van de universiteit van Padua betreffende de economische gelijkwaardigheidscoëfficiënten van bepaalde fruitsoorten voor de verwerking tot sap (de achtergrond was dat de vastgestelde gelijkwaardigheidscoëfficiënt van 1:1 tussen appelen en perziken — onafhankelijk van dit concrete geval — door de daarmee samenhangende prijsverlagingen voor perziken tot concurrentieverstoringen op de perzikenmarkt in het algemeen had geleid). Tijdens deze besprekingen onderzocht de Commissie opnieuw, op welke wijze de appelen en sinaasappelen konden worden vervangen door andere fruitsoorten. In haar beschikking van 6 september 1996 houdende wijziging van haar beschikking van 14 juni 1996 stelde de Commissie nieuwe gelijkwaardigheidscoëfficiënten voor de verhouding van perziken tot appelen en sinaasappelen vast, die minder gunstig waren voor de opdrachtnemers.

Volgens deze beschikking, die zoals de vorige van 14 juni 1996 tot Italië, Frankrijk, Griekenland en Spanje was gericht, kon een ton appelen worden vervangen door 0,914 ton perziken en een ton sinaasappelen door 0,372 ton perziken. Deze nieuwe coëfficiënten waren uitsluitend van toepassing op producten die op 6 september 1996 door de opdrachtnemers nog niet als betaling voor leveringen waren overgenomen.

III — Procesverloop voor het Gerecht van eerste aanleg en het arrest van het Gerecht

11. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 november 1996, heeft verzoekster beroep tot nietigverklaring ingesteld en geconcludeerd dat het het Gerecht behage:

— nietig te verklaren de beschikking van de Commissie van 6 september 1996 houdende wijziging van de beschikking van de Commissie van 14 juni 1996 betreffende de levering van vruchtensap en vruchtenjam bestemd voor de bevolkingen van Armenië en Azerbeidzjan;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

12. De Commissie heeft geconcludeerd dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk of, subsidiair, ongegrond te verklaren;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

13. Bij arrest van 14 oktober 1999, CAS Succhi di Frutta/Commissie (T-191/96 en T-106/97, Jurispr. blz. II-3181), heeft het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Tweede kamer) het beroep in zaak T-191/96 ontvankelijk en gegrond verklaard. Tegen dit arrest is de hogere voorziening van de Commissie gericht.

1. Ontvankelijkheid

14. Volgens de overwegingen in het bestreden arrest heeft de Commissie in dit verband het volgende aangevoerd:

„41 Volgens de Commissie is het beroep om twee redenen niet-ontvankelijk:

verzoekster wordt door de beschikking van 6 september 1996 niet rechtstreeks en individueel geraakt, en zij heeft geen belang bij de nietigverklaring van die beschikking.

42 De Commissie wijst er om te beginnen op, dat verzoekster niet opkomt tegen de toewijzing van de partijen waarvoor zij een offerte heeft ingediend. Zij betoogt, dat de bestreden beschikking niet de vervanging van appelen en sinaasappelen door perziken toestond, doch alleen de gelijkwaardigheidscoëfficiënten betreffende die fruitsoorten wijzigde. Die vervanging was toegestaan bij de beschikking van 14 juni 1996.

43 Het feit dat die gelijkwaardigheidscoëfficiënten voor de opdrachtnemers gunstig of minder gunstig uitvallen, kan evenwel alleen hen individueel raken. Ten aanzien van de beschikking van 6 september 1996 bevindt verzoekster zich in dezelfde situatie als alle andere marktdeelnemers aan wie de opdracht niet is toegewezen [...].

44 De rechtspraak over de betwisting van aanbestedingsprocedures [...] is niet relevant. De beschikking van 6 september 1996 is een handeling die losstaat van het inschrijvingsbericht. Zij is na de toewijzing van de opdracht vastgesteld en wijzigt deze niet. De opdrachtnemers zijn wel degelijk de inschrijvers die bereid waren de kleinste hoeveelheid appelen als betaling te ontvangen. Het feit dat verzoekster aan de betrokken aanbesteding heeft deelgenomen, verleent haar ten aanzien van de beschikking van 6 september 1996 dus geen bijzondere hoedanigheid ten opzichte van derden.

45 Het feit alleen dat een besluit invloed kan uitoefenen op de mededingingsverhoudingen zoals die zich op de betrokken markt voordoen, brengt overigens nog niet mede, dat iedere ondernemer die op enigerlei wijze in een concurrentieverhouding staat tot de adressaat van het besluit, als door dat besluit rechtstreeks en individueel geraakt is te beschouwen [...].

46 Aangezien de in de beschikking van 14 juni 1996 vastgestelde gelijkwaardigheidscoëfficiënten bij de omstreden beschikking bovendien in de door verzoekster gewenste zin zijn gewijzigd, heeft deze laatste geen belang bij de nietigverklaring van de beschikking; dit zou immers tot het herstel van de vorige coëfficiënten leiden [...].

47 Ten slotte beklemtoont de Commissie, dat verzoekster haar middelen tegen de

voor haar ongunstiger beschikking van 14 juni 1996 had kunnen richten, doch niet binnen de gestelde termijnen tegen die beschikking is opgekomen."

15. Het Gerecht van eerste aanleg heeft terzake, onder verwijzing naar tal van arresten, het volgende geoordeeld:

„50 Artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230, vierde alinea, EG) biedt iedere natuurlijke of rechtspersoon de mogelijkheid beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken.

51 Volgens vaste rechtspraak kunnen degenen die niet de adressaten van een beschikking zijn, slechts stellen individueel te worden geraakt in de zin van die bepaling, indien de beschikking hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat [...].

52 [...]

53 Voorts betwist de Commissie niet, dat haar bovengenoemde nota nr. 10663 van 6 maart 1996 [zie punt 8 hiervoor] elementen bevat die niet overeenkomen met de voorwaarden die in het bij verordening nr. 224/96 voorgeschreven inschrijvingsbericht waren gesteld. Volgens die nota worden de leveringen van Trento Frutta immers betaald met perziken in de plaats van met appelen en sinaasappelen. De betrokken nota wijzigt dus de betalingswijze die voor de verschillende partijen was vastgesteld.

54 De wijziging van de betalingswijze voor de verschillende partijen is bij de beschikking van 14 juni 1996 jegens alle opdrachtnemers bevestigd. Daarop heeft verzoekster de Commissie verzocht die beschikking opnieuw te onderzoeken. Daartoe heeft op 26 juli 1996 een vergadering plaatsgevonden tussen de diensten van DG VI en verzoekster, waarna deze laatste de Commissie het technisch rapport nr. 94 heeft toegezonden [...] [zie ook hiervoor, punt 10].

55 Gelet op de nieuwe elementen die haar ter kennis waren gebracht, en na een nieuw onderzoek van de gehele situatie en met name van de door haar diensten half augustus 1996 vastgestelde prijs

van perziken op de gemeenschappelijke markt [...], heeft de Commissie de litigieuze beschikking van 6 september 1996 gegeven, waarbij zij nieuwe gelijkwaardigheidscoëfficiënten voor perziken, enerzijds, en appelen en sinaasappelen, anderzijds, heeft vastgesteld.

56 De litigieuze beschikking moet bijgevolg worden beschouwd als een zelfstandige beschikking die na een vraag van verzoekster op basis van nieuwe gegevens is vastgesteld. Zij wijzigt de voorwaarden van de inschrijvingsprocedure doordat zij bepaalt dat ter betaling van de opdrachtnemers appels en sinaasappels volgens andere gelijkwaardigheidscoëfficiënten door perziken kunnen worden vervangen, en dit ondanks de contacten die intussen tussen partijen hadden plaatsgevonden.

57 In die omstandigheden moet worden aangenomen, dat verzoekster door de litigieuze beschikking individueel wordt geraakt. In de eerste plaats wordt zij individueel geraakt in haar hoedanigheid van afgewezen inschrijver, doordat een van de belangrijke voorwaarden van de inschrijvingsprocedure — namelijk die betreffende de wijze van betaling van de betrokken leveringen — naderhand door de Commissie is gewijzigd. Een dergelijke inschrijver wordt immers niet alleen individueel geraakt door de beschikking van de Commissie die het al dan niet gunstige lot van de naar aanleiding van het inschrijvingsbericht ingediende offertes bepaalt (arrest Simmenthal/Commissie, reeds aangehaald, punt 25). Hij heeft er ook een individueel belang bij, dat bij de gunning wordt toegezien op de inachtneming van de voorwaarden van het inschrijvingsbericht. Doordat de Commissie in het inschrijvingsbericht niet heeft vermeld dat de opdrachtnemers als betaling voor hun leveringen andere fruitsoorten konden krijgen, heeft zij verzoekster immers de mogelijkheid ontnomen een andere offerte in te dienen dan die welke zij heeft ingediend, en heeft verzoekster niet dezelfde kansen gekregen als Trento Frutta.

58 In de tweede plaats wordt verzoekster in de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak door de litigieuze beschikking individueel geraakt, doordat die beschikking is vastgesteld na een nieuw onderzoek van de gehele situatie, dat op haar verzoek met name is verricht tegen de achtergrond van de bijkomende inlichtingen die zij de Commissie had verstrekt.

59 [...]

60 Ook het argument dat verzoekster niet binnen de gestelde termijnen tegen de beschikking van 14 juni 1996 is opgekomen, moet worden afgewezen. De litigieuze beschikking kan immers niet worden aangemerkt als een handeling die die beschikking alleen maar bevestigt. [...]

61 Ook het argument dat verzoekster geen procesbelang heeft omdat de nietigverklaring van de litigieuze beschikking alleen maar tot gevolg zou hebben, dat de voor haar ongunstigere coëfficiënten van de beschikking van 14 juni 1996 weer van kracht zouden worden, moet worden afgewezen.

62 Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep mag immers niet worden aangenomen, dat een arrest waarbij de beschikking van 6 september 1996 nietig zou worden verklaard, alleen maar tot herleving van de gelijkwaardigheidscoëfficiënten van de beschikking van 14 juni 1996 zou leiden. Ingevolge artikel 176 EG-Verdrag (thans artikel 233 EG) is de Commissie immers verplicht de maatregelen vast te stellen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderhavige arrest [...].

63 In elk geval blijkt uit punt 32 van het reeds aangehaalde arrest Simmenthal, dat ook wanneer aan de gunningsbeschikking volledig gevolg is gegeven ten gunste van anderen die aan dezelfde inschrijving hebben deelgenomen, een inschrijver belang behoudt bij de nietigverklaring van een dergelijke beschikking; hij kan dan trachten te verkrijgen dat de Commissie hem alsnog recht doet wedervaren, of haar trachten te bewegen om, ingeval blijkt dat de inschrijvingsregeling niet aan bepaalde rechtens te stellen eisen voldoet, daarin voor de toekomst de nodige wijzigingen aan te brengen. [...]

64 Uit het voorgaande volgt, dat het beroep ontvankelijk is."

2. Ten gronde

16. Volgens de tekst van het bestreden arrest heeft de Commissie met betrekking tot het middel van schending van verordening nr. 228/96 en van de beginselen van doorzichtigheid en gelijke behandeling onder meer het volgende aangevoerd:

„71 Het na de gunning vervangen van het als betaling te ontvangen fruit levert helemaal geen schending van de beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid op, daar het niet de minste invloed heeft gehad op het verloop van de inschrijvingsprocedure. Voor alle inschrijvers golden immers dezelfde voorwaarden, namelijk die welke waren neergelegd in verordening nr. 228/96 en in bijlage I bij die verordening. Aangezien de vervanging van het fruit na de gunning heeft plaatsgehad, heeft het helemaal geen invloed gehad op het verloop van de procedure."

17. Het Gerecht heeft ter zake het volgende overwogen:

„72 In verband met richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), heeft het Hof geoordeeld, dat wanneer een aanbestedende dienst in het bestek voorschriften heeft opgenomen, eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist, dat alle offertes daaraan beantwoorden, teneinde een objectieve vergelijking van de offertes te waarborgen (arresten Hof van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 37, en 25 april 1996, Commissie/België, C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 70). Verder heeft het Hof geoordeeld, dat de procedure van vergelijking van de offertes steeds in overeenstemming dient te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als het beginsel van doorzichtigheid, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun offerte dezelfde kansen zouden hebben (arrest Commissie/België, reeds aangehaald, punt 54).

73 Die rechtspraak kan mutatis mutandis worden toegepast. Dit impliceert, dat de Commissie in het inschrijvingsbericht het voorwerp en de voorwaarden van de inschrijving duidelijk moest omschrijven en dat zij zich nauwgezet aan die voorwaarden diende te houden om alle inschrijvers bij het formuleren van hun offerte dezelfde kansen te bieden. Inzonderheid kon zij de voorwaarden van de inschrijving, en met name die betreffende de in te dienen offertes, niet achteraf wijzigen op een wijze die niet in het inschrijvingsbericht zelf was voorzien, zonder daarbij het beginsel van doorzichtigheid te schenden.

74 Gelijk hierboven is vastgesteld, staat de litigieuze beschikking de opdrachtnemers, te weten Trento Frutta en Loma, toe voor hun leveringen andere producten als betaling te aanvaarden dan die welke in het inschrijvingsbericht zijn bedoeld, namelijk perziken in plaats van appelen en sinaasappelen.

75 Die vervanging is niet voorzien in het inschrijvingsbericht zoals dat uit verordening nr. 228/96 voortvloeit. Uit bijlage I bij die verordening [...] blijkt, dat alleen de genoemde producten, namelijk voor de partijen nrs. 1, 2 en 5 appelen en voor de partijen nrs. 3, 4 en 6 sinaasappelen, door de opdrachtnemers mochten worden overgenomen als betaling voor de leveringen.

76 Voorts blijkt uit artikel 6, lid 1, sub e-1, van verordening nr. 2009/95 [...] dat een offerte slechts geldig is indien daarin wordt aangegeven, welke hoe-

veelheid producten de inschrijver verlangt als betaling voor de levering van verwerkte producten in de condities bepaald in het inschrijvingsbericht.

77 De vervanging van appelen of sinaasappelen door perziken als betaling voor de betrokken leveringen en de vaststelling van gelijkwaardigheidscoëfficiënten met betrekking tot die fruitsoorten vormen dus een belangrijke wijziging van een essentiële voorwaarde van het inschrijvingsbericht, namelijk de wijze waarop de te leveren producten moeten worden betaald.

78 Anders dan de Commissie stelt, staan de door haar aangehaalde teksten, inzonderheid de eerste en de tweede overweging van de considerans van verordening nr. 228/96 en artikel 2, lid 2, van verordening nr. 1975/95 [...] een dergelijke vervanging niet toe, zelfs niet impliciet. Ook voor het door de Commissie aangehaalde geval, namelijk wanneer de hoeveelheden fruit in de interventievoorraden ontoereikend zijn [...], is niet in vervanging voorzien.

79 Verder voorziet de litigieuze beschikking niet alleen in de vervanging van appelen en sinaasappelen door perziken, maar stelt zij gelijkwaardigheidscoëfficiënten vast met in aanmerkingneming van gebeurtenissen die zich na de inschrijving hebben voorgedaan, namelijk de evolutie van de prijs van de betrokken producten op de markt half augustus 1996. In het inschrijvingsbericht wordt echter niet bepaald, dat bij de vaststelling van de wijze waarop de betrokken leveringen zullen worden betaald, rekening mag worden gehouden met dergelijke gegevens van na de inschrijving.

80 Bovendien blijkt uit de door de Commissie in de loop van het geding verstrekte gegevens [...] niet, dat er ten tijde van de vaststelling van de litigieuze beschikking geen appelen in de interventievoorraden beschikbaar waren, zodat de in het inschrijvingsbericht bedoelde verrichtingen niet konden worden uitgevoerd.

81 Zelfs al waren er op communautair vlak geen appelen voor overname beschikbaar, dat neemt niet weg, dat de Commissie, om de beginselen van doorzichtigheid en gelijke behandeling in acht te nemen, in het inschrijvingsbericht nauwkeurig had moeten vermelden, onder welke voorwaarden het als betaling voor de betrokken leveringen genoemde fruit door ander fruit kon worden vervangen. Daar zij dit niet had gedaan, diende de Commissie een nieuwe inschrijvingsprocedure uit te schrijven.

82 Uit het voorgaande volgt, dat de litigieuze beschikking het [...] inschrijvingsbericht en de beginselen van doorzichtigheid en gelijke behandeling schendt en derhalve nietig moet worden verklaard [...]".

IV — Middelen

18. De Commissie onderbouwt haar bij verzoekschrift van 21 december 1999 ingestelde hogere voorziening met vijf middelen:

1) De situatie van verzoekster verschilt niet van die van een willekeurige derde, die als zodanig niet kan opkomen tegen de beschikking houdende vaststelling van de gelijkwaardigheidscoëfficiënten (hierna: „gelijkwaardigheidsbeschikking")

2) Het Gerecht stelt dat de Commissie de betalingsvoorwaarden niet kan wijzigen, maar beweert tegelijkertijd dat de Commissie een nieuwe inschrijving had moeten openen. Dat had pas echt tot een wijziging van de betalingsvoorwaarden geleid voor de opdrachtnemers die hun contractuele verplichtingen reeds waren nagekomen.

3) Het Gerecht gaat uit van een verkeerde uitlegging van het gemeenschapsrecht, in het bijzonder het begrip „individueel belang", waaruit het heeft afgeleid dat verzoekster individueel wordt geraakt door de bestreden beschikking.

4) Het Gerecht gaat uit van een verkeerde uitlegging van het begrip procesbelang, met name de draagwijdte van artikel 176 van het Verdrag (thans artikel 233 EG), op basis waarvan het heeft geoordeeld dat verzoekster procesbelang heeft.

5) Het Gerecht gaat uit van een verkeerde uitlegging van de bepalingen inzake het uit de markt nemen van fruit waarin de gemeenschappelijke marktordening in de sector groenten en fruit voorziet, waardoor het het fruit dat uit de markt was genomen voordat betaling mogelijk was, als beschikbaar heeft beschouwd.

V — Beoordeling

19. Uit het onderzoek van het eerste en het derde middel blijkt, dat beide middelen hetzelfde onderwerp betreffen. Het derde middel betreft de vraag of verzoekster individueel is geraakt.[4] Volgens de rechtspraak worden personen individueel geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG, indien een beschikking „hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en henderhalve individuali-

4 — In de Duitse vertaling van de mededeling in het Publicatieblad is „concernée individuellement" onjuist vertaald met „unmittelbar betroffen", met andere woorden „rechtstreeks geraakt" in plaats van „individueel geraakt". In haar memories beweert de Commissie nergens dat verzoekster niet rechtstreeks geraakt zou zijn.

seert op soortgelijke wijze als de adressaat". [5] In deze definitie gaat het er dus om of de situatie van verzoekster als gevolg van bepaalde omstandigheden verschilt van die van een willekeurige derde, hetgeen overeenkomt met de formulering van het eerste middel. Aangezien partijen met betrekking tot deze twee middelen bovendien soortgelijke argumenten hebben aangevoerd, worden beide middelen hierna samen onderzocht.

1. Het eerste en het derde middel: verzoekster heeft geen procesbevoegdheid, omdat zij niet individueel wordt geraakt

a) Argumenten van partijen

i) De Commissie

20. De Commissie is van mening dat verzoekster geen beroep kon instellen, omdat zij niet individueel werd geraakt door de bestreden beschikking.

21. Haars inziens verleent de door het Gerecht in het bestreden arrest tot uiting gebrachte rechtsopvatting een te ruime draagwijdte aan het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers. Het is juist dat alle inschrijvers in een openbare aanbestedingsprocedure vóór de gunning gelijk moeten worden behandeld, maar na de gunning verschilt de rechtspositie van geselecteerde en afgewezen inschrijvers. De verhouding tussen de Commissie en de opdrachtnemer is van contractuele aard en wordt derhalve bepaald door de regelingen inzake onmogelijkheid van nakoming, overmacht enz. Met de niet-geselecteerde inschrijvers bestaat er volgens de Commissie geen rechtsband meer. De aanbestedingsrichtlijnen zijn niet meer van toepassing nadat een opdracht is toegewezen.

22. De door verzoekster bestreden beschikking, die slechts de interne verhouding met de succesvolle inschrijver betreft, is pas geruime tijd na de toewijzing wegens uitzonderlijke omstandigheden gegeven. Zij kan verzoekster derhalve niet anders raken dan zij een willekeurige derde raakt. Het logische gevolg van de benadering van het Gerecht zou zijn, dat ook aan Allione Industria Alimentare SpA procesbevoegdheid wordt toegekend, hetgeen het Gerecht uitdrukkelijk niet heeft gedaan.

5 — Arrest Hof van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie (25/62, Jurispr. blz. 197).

23. Het spreekt voor zich dat de economische gevolgen van een beschikking waarbij een gunstig, respectievelijk na een klacht van verzoekster aangepast gelijkwaardigheidsequivalent tussen appelen en perziken wordt vastgesteld, alle producenten van vruchtensap en niet alleen de niet-geselecteerde inschrijvers raken. Door zijn redenering maakt het Gerecht de niet-geselecteerde inschrijvers tot „hoeders van het nondiscriminatiebeginsel", zonder een onderscheid te maken tussen algemeen en individueel belang zoals voorzien in artikel 230, vierde alinea, EG.

24. Het Gerecht heeft te veel belang gehecht aan de, naar de mening van de Commissie, niet-bindende nota van 6 maart 1996 aan de AIMA. Deze nota, die in verband met buitengewone omstandigheden was opgesteld, behelst enkel een voorstel — en geen dwingende verplichting — om de succesvolle inschrijvers die daarmee instemmen, met andere fruitsoorten dan de oorspronkelijk in het inschrijvingsbericht genoemde te betalen.

25. Uit de rechtspraak volgt bovendien dat een persoon niet wordt geïndividualiseerd door het feit dat een beschikking op zijn verzoek wordt gegeven. [6] Dit geldt des te meer wanneer de betrokken beschikking tot verschillende lidstaten is gericht en enkel voor succesvolle inschrijvers gevolgen heeft.

ii) CAS Succhi di Frutta

26. Volgens verzoekster is het eerste middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk, omdat de Commissie slechts een argument herhaalt dat zij reeds voor het Gerecht heeft aangevoerd. [7] Het derde middel is niet-ontvankelijk, omdat de Commissie het pas in hogere voorziening aanvoert, hoewel zij er reeds in eerste aanleg kennis van had. [8]

27. Het door het Gerecht gewezen arrest is juist. Verzoekster wordt individueel geraakt door de bestreden beschikking en heeft derhalve procesbevoegdheid. En dit niet alleen omdat zij economische schade heeft geleden en bij de Commissie is geïntervenieerd, doch reeds op de enkele grond dat zij aan de inschrijving heeft deelgenomen. Verzoekster beweert dat men de hoedanig-

6 — Arrest Gerecht van 13 december 1995, Exporteurs in Levende Varkens e.a./Commissie (T-481/93 en T-484/93, Jurispr. blz. II-2945, punt 59), en beschikking Hof van 23 november 1995, Asocarne/Raad (C-10/95 P, Jurispr. blz. I-4149, punt 39).

7 — Beschikking van 26 april 1993, Kupka Floridi/Economisch en Sociaal Comité (C-244/92 P, Jurispr. blz. I-2041, punt 10); arrest van 22 december 1993, Eppe/Commissie (C-354/92 P, Jurispr. blz. I-7027, punt 8), en beschikking van 7 maart 1994, De Hoe/Commissie (C-338/93 P, Jurispr. blz. I-819, punt 19).

8 — In dit verband beroept verzoekster zich onder meer op het arrest van 28 mei 1998, Deere/Commissie (C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 62).

heid van inschrijver ook na de toewijzing behoudt.

28. Indien verzoekster in casu, zoals de Commissie bepleit, het recht werd ontzegd om beroep in te stellen, zou dit onaanvaardbare gevolgen hebben. De aanbestedende dienst zou alsdan tijdens de uitvoering van de overeenkomst essentiële wijzigingen in het inschrijvingsbericht kunnen aanbrengen, zonder het risico te lopen dat er beroep wordt ingesteld. In het uiterste geval — bij onderhandelingsprocedures — zou alleen de inschrijver die met de Commissie onderhandelt, het recht hebben beroep in te stellen.

29. In hun verschillende verklaringen en naar de instanties van de lidstaten toe hebben het Hof [9] en ook de Commissie zich altijd sterk gemaakt voor het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers in het kader van aanbestedingsprocedures. Hieruit volgt dat de aanbestedende dienst zich strikt dient te houden aan de door hem vastgestelde aanbestedingsvoorwaarden, die de inschrijvers ertoe hebben gebracht aan de aanbesteding deel te nemen en een bepaalde offerte in te dienen. De beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid zijn zo belangrijk, dat de toepassing ervan niet kan worden beperkt tot het stadium vóór de gunning.

9 — Arresten Hof van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 37); 25 april 1996, Commissie/België (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 54); arresten Gerecht van 17 december 1998, Embassy Limousines & Services/Parlement (T-203/96, Jurispr. blz. II-4239, punt 85) en 24 februari 2000, ADT Projekt/Commissie (T-145/98, Jurispr. blz. II-387, punt 164).

30. Om na de gunning vrijelijk een overeenkomst volgens het civiele recht te kunnen sluiten, is het nodig dat alle voorschriften met betrekking tot de doorzichtigheid in het voorgaande stadium in acht zijn genomen. De contractvrijheid wordt beperkt door de regels voor het plaatsen van opdrachten waaraan de aanbestedende dienst zich dient te houden. Door te verlangen dat opdrachten wegens buitengewone omstandigheden anders dan oorspronkelijk voorzien mogen worden uitgevoerd, legt de Commissie de verplichtingen die de richtlijnen inzake overheidsopdrachten aan de lidstaten opleggen, zelf naast zich neer.

b) Beoordeling

i) Ontvankelijkheid

31. Het arrest van het Gerecht gaat in de punten 50 tot en met 58 in op de vraag, of verzoekster individueel wordt geraakt. Het derde middel is derhalve ontvankelijk, aangezien het voorwerp van het geding voor het Gerecht overeenkomstig artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet wordt gewijzigd in hogere voorziening.

32. Met betrekking tot verzoeksters argument dat ook het tweede en het vierde

middel niet-ontvankelijk zijn, omdat zij reeds in eerste aanleg zijn aangevoerd, zal ik hier enkele algemene opmerkingen maken, die ik bij het onderzoek van de andere middelen niet meer zal herhalen.

33. Het doel van een hogere voorziening is, dat de beoordeling van de rechtsvragen door het Gerecht in zijn arrest overeenkomstig artikel 225, lid 1, EG, wordt getoetst door het Hof. Dit brengt uiteraard met zich, dat rechtsvragen die reeds in eerste aanleg zijn besproken, opnieuw worden opgeworpen voor het Hof. De door verzoekster geciteerde rechtspraak [10] wijst daarentegen in hogere voorziening stellingen af, die gericht zijn tegen de feitelijke waardering door het Gerecht of die de reeds voor het Gerecht aangevoerde argumenten, met inbegrip van die welke zijn gebaseerd op door het Gerecht verworpen feiten, slechts herhalen of letterlijk overnemen, zonder dat er juridische argumenten tot staving van de conclusies in hogere voorziening worden aangevoerd. Dergelijke middelen in hogere voorziening beogen in werkelijkheid een nieuw onderzoek van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift, waartoe het Hof niet bevoegd is.

34. In de onderhavige zaak onderzoekt de Commissie het juridische oordeel van het Gerecht en staaft haar hogere voorziening met haar eigen, daarvan afwijkende standpunt. In zoverre is er geen sprake van een loutere herhaling van feitelijke argumenten, maar van een discussie over rechtsvragen, hetgeen typerend is voor een hogere voorziening.

35. De eerste vier middelen van de Commissie zijn derhalve ontvankelijk.

ii) Ten gronde

36. De Commissie is van mening dat verzoekster niet individueel wordt geraakt door de bestreden gelijkwaardigheidsbeschikking van 6 september 1996 en dat zij bijgevolg geen beroep krachtens artikel 230, vierde alinea, EG kan instellen.

37. Aangezien verzoekster geen adressaat van de bestreden beschikking was, is het volgens de bovengenoemde definitie [11] de vraag, of deze beschikking haar betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die haar ten opzichte van ieder ander karakteriseert en haar derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als een adressaat.

10 — Beschikkingen Kupka Floridi/Economisch en Sociaal Comité en De Hoe/Commissie (aangehaald in voetnoot 7) en arrest Eppe/Commissie (aangehaald in voetnoot 7).

11 — Zie punt 19.

38. De essentie van de bovengenoemde definitie is derhalve de vergelijkbaarheid met een adressaat van de beschikking. De wijze waarop de bestreden beschikking tot stand is gekomen, omvat verschillende elementen die de indruk wekken dat ook verzoekster adressaat van deze beschikking was. Verzoekster heeft zich tot de bevoegde diensten van de Commissie gewend, die vervolgens intensief met haar hebben onderhandeld. Nadat verzoekster een klacht had ingediend, werd de voorheen geldige beschikking van 14 juni 1996 opnieuw onderzocht. Verzoekster verstrekte de Commissie gegevens en andere stukken, die aanleiding gaven tot nieuwe marktanalyses. Uiteindelijk werd een nieuwe — in casu bestreden — beschikking gegeven die althans ten dele aan de verlangens van verzoekster tegemoet kwam. Op grond van deze omstandigheden kan verzoekster ten opzichte van ieder ander worden gekarakteriseerd.

39. De Commissie is daarentegen van mening dat een persoon niet individueel wordt geraakt door een beschikking op de enkele grond dat hij betrokken was bij de totstandkoming van die beschikking, en zij beroept zich daarbij op de beschikking in de zaak Asocarne. [12]

40. In de zaak Asocarne heeft het Hof vastgesteld, dat een particulier niet enkel omdat hij heeft meegewerkt aan de voorbereiding van een handeling van wetgevende aard, vervolgens beroep tegen die handeling kan instellen, indien de procedure ter vaststelling van die handeling niet in de medewerking van particulieren voorziet. De reden waarom in dat geval van een beperkte beroepsmogelijkheid werd uitgegaan, was in wezen het algemene en abstracte normatieve karakter van de richtlijn die het voorwerp van beroep was. [13]

41. In het onderhavige geval wordt echter niet opgekomen tegen een richtlijn of een verordening — in dit opzicht vergelijkbaar met een richtlijn — maar tegen een beschikking van de Commissie. Een beschikking heeft in principe niet het algemene en normatieve karakter dat een verordening overeenkomstig artikel 249, eerste alinea, EG uitdrukkelijk wel heeft en dat ook inherent is aan een richtlijn, omdat deze de lidstaten ingevolge artikel 249, tweede alinea, EG tot het uitvaardigen van wetgeving verplicht. Een beschikking daarentegen is volgens artikel 249, derde alinea, EG enkel verbindend in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk is gericht. De uitspraak van het Hof in de zaak Asocarne kan derhalve niet zonder meer worden toegepast op de onderhavige zaak.

42. Het juiste precedent waarop de individuele geraaktheid daarentegen kan worden

12 — Beschikking in zaak C-10/95 P (aangehaald in voetnoot 6).

13 — Aangehaald in voetnoot 6, punten 37, 39 en 40.

gefundeerd, is het arrest in de zaak CIRFS [14], waarnaar ook het Hof in de zaak Asocarne [15] als contrast heeft verwezen. In de zaak CIRFS kwam een vereniging in een mededingingsprocedure op tegen een tot de Franse Republiek gerichte beschikking. Het Hof stelde vast dat de verzoekende partij, die bij de vaststelling en aanpassing van de code voor steunmaatregelen gesprekspartner van de Commissie was en tijdens de aan het geding voorafgegane procedure actief met de Commissie onderhandelde, met name door schriftelijke opmerkingen in te dienen en rechtstreeks contact met de bevoegde diensten te onderhouden, in haar positie als onderhandelaar over de code individueel werd geraakt door de bestreden beschikking. [16]

43. Ook in de zaak Van der Kooy [17] heeft het Hof geconstateerd, dat een persoon wordt geïndividualiseerd op grond van zijn actieve deelname aan een procedure inzake steunmaatregelen waarbij hij schriftelijke opmerkingen heeft ingediend en nauw contact heeft onderhouden met de bevoegde diensten van de Commissie.

44. Ten slotte heeft het Hof in een recenter arrest [18] nogmaals gewezen op het belang van de rol die natuurlijke of rechtspersonen in de precontentieuze procedure hebben gespeeld, voor het antwoord op de vraag of zij individueel worden geraakt.

45. Verzoekster wordt op grond van haar positie als gesprekspartner van de Commissie in de precontentieuze procedure derhalve individueel geraakt door de bestreden beschikking.

46. De Commissie is van mening dat ook het arrest in de zaak Exporteurs in Levende Varkens zich tegen deze conclusie verzet. In dat arrest heeft het Gerecht vastgesteld, dat het feit dat een willekeurige persoon op enigerlei wijze intervenieert in de procedure die tot de vaststelling van een gemeenschapshandeling leidt, met name door de bevoegde gemeenschapsinstelling brieven te sturen waarin bezwaar wordt gemaakt tegen een handeling die deze instelling reeds heeft vastgesteld en waarmee gepoogd wordt haar latere handelingen om te buigen, deze persoon niet kan individualiseren. [19]

47. In verband met haar positie als inschrijver in de voorafgaande aanbestedingsprocedure rijst de vraag of de interventie van

14 — Arrest Hof van 24 maart 1993 (C-313/90, Jurispr. blz. I-1125).

15 — Aangehaald in voetnoot 6, punt 36.

16 — Arrest CIRFS (aangehaald in voetnoot 14, punten 29-31).

17 — Arrest van 2 februari 1988 (67/85, 68/85 en 70/85, Jurispr. blz. 219, punt 22).

18 — Arrest van 31 maart 1998, Frankrijk e.a/Commissie (C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 53-55).

19 — Arrest in de zaken T-481/93 en T-484/93 (aangehaald in voetnoot 6, punt 59).

verzoekster in de vorm van een klacht kan worden aangemerkt als een interventie van een willekeurige derde. In dat opzicht onderscheidt verzoekster zich van Allione, die tijdens de aanbestedingsprocedure geen offerte had ingediend en waaraan het Gerecht het recht tot interventie heeft ontzegd. [20]

48. Als inschrijver in de aanbestedingsprocedure heeft verzoekster bepaalde rechten tegenover de aanbestedende dienst, met name het recht op gelijke behandeling van alle inschrijvers. Dit recht is bijvoorbeeld vastgelegd in artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [21], en in artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. [22] Dit kan als algemeen beginsel op de onderhavige zaak worden toegepast.

49. Het Hof heeft in verschillende arresten [23] op het belang van dit beginsel gewezen. In de zaken Commissie/België [24] en Embassy Limousines & Services/Parlement [25] heeft het bovendien gewezen op het doorzichtigheidsbeginsel, dat ook bepalend is voor de onderhavige procedure.

50. De Commissie heeft als aanbestedende dienst de genoemde beginselen geschonden doordat in de aan de AIMA gerichte nota over de wijze van uitvoering van de gunning van de opdracht aan de geselecteerde inschrijver de genoemde tegenprestatie (appelen of perziken) niet overeenstemde met de in het inschrijvingsbericht genoemde tegenprestatie (enkel appelen), hoewel dit een essentieel onderdeel van de opdracht was. [26] Wegens het bijzondere belang van de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers en doorzichtigheid is die overeenstemming vereist, ongeacht of de inschrijver een betere offerte zou hebben ingediend indien hij op de hoogte was geweest van de gewijzigde betalingsvoorwaarde.

51. Verzoeksters klacht, die tot de bestreden beschikking heeft geleid, was erop gericht dat de gevolgen van deze schending

20 — Beschikking van 20 maart 1998, CAS Succhi di Frutta/Commissie (T-191/96, Jurispr. blz. II-573).

21 — PB L 209, blz. 1.

22 — PB L 199, blz. 84.

23 — Arresten Hof, Commissie/Denemarken (aangehaald in voetnoot 9, punt 37) en Commissie/België (aangehaald in voetnoot 9, punt 54); arresten Gerecht, ADT Projekt (aangehaald in voetnoot 9, punt 164) en Embassy Limousines & Services/Parlement (aangehaald in voetnoot 9, punt 85).

24 — Aangehaald in voetnoot 9, punt 54.

25 — Aangehaald in voetnoot 9, punt 85.

26 — Zie in die zin ook de overwegingen in het arrest van het Gerecht in de punten 72-79, hierboven aangehaald onder III, 2). De Commissie maakt er in hogere voorziening geen bezwaar tegen dat het Gerecht van een dergelijke schending in de aanbestedingsprocedure is uitgegaan.

van de beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid op zijn minst zouden worden verzacht door een gunstigere, met de marktvoorwaarden overeenstemmende beschikking betreffende de gelijkwaardigheid tussen appelen en perziken.

52. Aldus heeft verzoekster zich niet als een willekeurige derde in de procedure gemengd, maar heeft zij haar oorspronkelijke rechten als inschrijver doen gelden. Hieraan doet niet af dat zij daarnaast ook als gewone marktdeelnemer de gevolgen ondervond van de onjuiste gelijkwaardigheidsbeschikking voor de perzikenmarkt. Als afgewezen inschrijver is haar situatie niet vergelijkbaar met die van alle andere vruchtensapproducenten of fruithandelaren, die slechts in hun objectieve hoedanigheid van marktdeelnemers die dezelfde activiteit uitoefenen, door de beschikking werden geraakt. De schending van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers doordat de geselecteerde inschrijver de niet in het inschrijvingsbericht vermelde mogelijkheid werd geboden om in plaats van de uit interventievoorraden te leveren appelen perziken als betaling te ontvangen, duurde voort in alle daaropvolgende beschikkingen. Deze schending lag ten grondslag aan de eerste en de tweede — bestreden — beschikking waarbij telkens de gelijkwaardigheidscoëfficiënt tussen appelen en perziken werd vastgesteld. Daarbij is het irrelevant of in deze beschikkingen uitdrukkelijk naar die coëfficiënt werd verwezen; een gelijkwaardigheidsbeschikking houdt het principebesluit in, dat verschillende fruitsoorten als gelijkwaardig kunnen worden behandeld. Zonder het principebesluit dat appelen kunnen worden vervangen door perziken, was het niet nodig geweest een gelijkwaardigheidscoëfficiënt tussen deze twee fruitsoorten vast te stellen; deze was dan inhoudsloos geweest.

53. De Commissie is daarentegen van mening dat verzoekster zich niet meer op haar rechtspositie als inschrijver kan beroepen en derhalve ook niet individueel wordt geraakt. De bestreden beschikking is haars inziens pas geruime tijd na de gunning gegeven, in het kader van een contractuele verhouding van civielrechtelijke aard tussen haar en de geselecteerde inschrijver, wegens de onvoorzienbare omstandigheid dat zich een tekort aan appelen voordeed.

54. Wij moeten in de eerste plaats onderzoeken, of deze argumenten overeenstemmen met de door het Gerecht van eerste aanleg vastgestelde feiten.

55. De beslissing om de vervanging van appelen door perziken mogelijk te maken, die zoals gezegd de basis vormde van de latere gelijkwaardigheidsbeschikkingen, is reeds in de aan de AIMA gerichte nota van 6 maart 1996 genomen, dat wil zeggen onmiddellijk na de gunning aan Trento Frutta SpA. In deze nota werd aan het Italiaanse interventiebureau uitvoerig uitgelegd, op welke wijze de gunningsbeschikking van de Commissie zou worden uitgevoerd. In tegenstelling tot wat de Commis-

sie beweert, gaat het dus om méér dan slechts een niet-bindend voorstel. Op het moment dat de nota werd opgesteld, wees echter volgens andere, door de Commissie verstrekte informatie niets op een tekort aan appelen. Blijkens de argumenten die tot staving van het vijfde middel in hogere voorziening zijn aangevoerd, kwam aan de periode voor het uit de markt nemen van appelen en daarmee aan de mogelijkheid om appelen aan de interventiebureaus beschikbaar te stellen pas een einde op 31 mei 1996, dat wil zeggen drie maanden later. Bovendien waren de inschrijvingsvoorwaarden volgens de Commissie aanvankelijk zo geformuleerd, omdat er de voorgaande jaren voldoende appelen beschikbaar waren geweest. De eigenlijke beslissing om een vervangingsmogelijkheid toe te staan, die de basis en de inhoud van de bestreden beschikking vormt, is dus niet genomen omdat zich na de gunning van de opdracht onvoorzienbare omstandigheden hebben voorgedaan.

56. De bestreden beschikking was bovendien tot de Italiaanse Republiek, de Franse Republiek, de Helleense Republiek en het Koninkrijk Spanje gericht en is dus buiten een zuiver contractuele relatie met de geselecteerde inschrijver gegeven.

57. Uit deze constellatie van adressaten en door de beschikking geraakte personen valt nog iets anders af te leiden. De Commissie heeft in de bestreden, tot bepaalde lidstaten gerichte beschikking gewijzigde voorwaarden voor de aan de succesvolle inschrijver toegewezen opdracht vastgelegd, waarover zij niet met hem als haar contractpartner, maar met verzoekster heeft onderhandeld. De Commissie heeft aldus zeer autonoom gehandeld in een min of meer hiërarchische verhouding, in plaats van als een gelijkwaardige partner in een contractuele relatie van zuiver civielrechtelijke aard. Zij heeft derhalve ook bij de uitvoering van de opdracht haar positie als aanbestedende dienst, met de daaraan verbonden rechten en plichten, gehandhaafd.

58. Dienovereenkomstig blijft ook de rechtspositie van de afgewezen inschrijvers gehandhaafd wanneer een beschikking wordt gegeven die hun rechten als inschrijver aantast.

59. Het uitgangspunt van de Commissie, te weten de opdeling van de gunning van de opdracht in twee onafhankelijk van elkaar te beoordelen fasen, voldoet echter evenmin aan de vereisten van rechtszekerheid. Een dergelijke aanpak zou ertoe leiden dat de Commissie — en elke andere aanbestedende dienst — aanvankelijk weliswaar gebonden was aan de aanbestedingsregels, met name de beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid, doch indien zij zich niet aan die regels hield, zouden de afgewezen inschrijvers daartegen in het merendeel van de gevallen niet kunnen opkomen. Omdat de inbreuk niet zichtbaar zou zijn, zou zij

niet onmiddellijk in het kader van de gunningsbeschikking kunnen worden betwist. Indien de aanpak in twee fasen van de Commissie werd gevolgd, zou rechterlijke toetsing in een later stadium onmogelijk zijn.

60. Dit zou ook in strijd zijn met het beginsel dat procedurele rechten en waarborgen — zoals de beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid in aanbestedingsprocedures — vereisen dat er een procedure bestaat die garandeert dat zij kunnen worden gehandhaafd. [27]

61. Dit betekent dat verzoekster in haar hoedanigheid van gesprekspartner van de Commissie in de aan de beschikking voorafgaande procedure en op grond van haar positie als niet-geselecteerde inschrijver individueel door de bestreden beschikking werd geraakt en dus procesbevoegdheid had.

62. Het eerste en het derde middel in hogere voorziening moeten bijgevolg worden afgewezen.

27 — Arrest van 28 januari 1986, Cofaz e.a./Commissie (169/84, Jurispr. blz. 391, punt 23).

2. Het middel van de tegenstrijdige eis van het Gerecht om een nieuwe inschrijving te openen

a) Argumenten van partijen

i) De Commissie

63. De eis van het Gerecht dat de Commissie bij een tekort aan appelen een nieuwe inschrijving had moeten openen, is rechtens onjuist en tegenstrijdig, omdat het Gerecht tegelijkertijd de mening is toegedaan dat de Commissie de betalingsvoorwaarden niet mag wijzigen. Aangezien de Commissie in dat geval de succesvolle inschrijvers die van hun kant hun contractuele verplichtingen zijn nagekomen, een schadevergoeding in geld moest betalen, zou dit eveneens tot een wijziging van de betalingsvoorwaarden — de vervanging van appelen door geld — leiden. Volgens het Gerecht hadden de afgewezen inschrijvers hun offertes anders kunnen formuleren, indien ook zij op de hoogte waren geweest van deze vervangingsmogelijkheid.

64. Aangezien de richtlijnen inzake overheidsopdrachten enkel gelden voor de fase van de opening van de inschrijving tot de gunning van de opdracht, kunnen zij de eis tot opening van een nieuwe inschrijving bij gewijzigde omstandigheden in het kader van de uitvoering van de opdracht niet

rechtvaardigen. De twee fasen van enerzijds de aanbesteding en anderzijds de uitvoering van de overeenkomst met de geselecteerde inschrijver moeten volgens de Commissie strikt van elkaar worden gescheiden. Voor de eerste fase geldt de verplichting van doorzichtigheid en gelijke behandeling van de inschrijvers, dat wil zeggen onvoorwaardelijk geldende contractuele bepalingen en vergelijkbare offertes. In de tweede fase, die van de uitvoering, moet de overeenkomst vaak worden aangepast wegens onvoorziene omstandigheden. Weliswaar moeten de beginselen van doorzichtigheid en gelijke behandeling in geval van essentiële wijzigingen ook in de tweede fase worden toegepast[28], maar volgens de Commissie houdt de bestreden gelijkwaardigheidsbeschikking geen essentiële wijziging in.

65. Het Gerecht heeft volgens de Commissie de twee fasen abusievelijk met elkaar verward. De Commissie was tegenover haar contractpartner verplicht tot betaling, ondanks het onvoorzienbare tekort aan appelen. Zij is die verplichting nagekomen door perziken beschikbaar te stellen. Deze verplichting om in ieder geval in enigerlei vorm te betalen vloeit voort uit haar positie als contractpartner en hoefde als zodanig niet uitdrukkelijk in het inschrijvingsbericht te worden vermeld.

28 — Arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punt 44 e.v.).

66. In het inschrijvingsbericht kon onmogelijk rekening worden gehouden met alle eventualiteiten. De opname van een gelijkwaardigheidscoëfficiënt tussen de fruitsoorten of van een ander abstract betalingsmechanisme had een voorwaarde ingehouden en derhalve tot onzekerheid geleid, hetgeen niet verenigbaar was met de beginselen van doorzichtigheid, gelijke behandeling en vergelijkbaarheid van de offertes. Bovendien wist de Commissie op het moment van de inschrijving niet, of er wel perziken uit de markt zouden worden genomen. Het was dus wenselijk om de gelijkwaardigheidscoëfficiënt pas vast te stellen op het tijdstip van eventuele betaling. Alleen op die manier kon rekening worden gehouden met de ontwikkeling van de markt zonder eenzijdige bevoor- of benadeling van bepaalde marktdeelnemers.

ii) CAS Succhi di Frutta

67. Volgens verzoekster is ook het tweede middel niet-ontvankelijk, omdat het reeds in eerste aanleg is aangevoerd.

68. De argumenten van de Commissie kloppen inhoudelijk niet. De latere wijziging van de voorwaarden heeft hoofdzakelijk tot benadeling van de niet-succesvolle inschrijvers geleid. Een dergelijke wijziging had alleen in het kader van een nieuwe inschrijving mogen plaatsvinden. De naar

de mening van verzoekster willekeurige handelwijze van de Commissie vormt een schending van de beginselen van doorzichtigheid, gelijke behandeling van de inschrijvers en, ten slotte, rechtmatigheid.

b) Beoordeling

69. Volgens de Commissie is de eis van het Gerecht dat er bij wijziging van de betalingsvoorwaarden een nieuwe inschrijving moest worden geopend tegenstrijdig, aangezien ook het honoreren van een recht op schadevergoeding, in geval van de onmogelijkheid om met appelen te betalen, tot wijziging van de betalingsvoorwaarden, namelijk een schadeloosstelling in geld, zou hebben geleid.

70. Hiertegen moet worden ingebracht dat het oorspronkelijke recht op betaling en het recht op schadevergoeding, dat pas later ontstaat en voortvloeit uit artikel 288, lid 1, EG in samenhang met de relevante civielrechtelijke bepalingen, strikt van elkaar te onderscheiden rechten zijn. Het recht op betaling, als het oorspronkelijke recht op nakoming van de overeenkomst, wordt vormgegeven in de inschrijvingsvoorwaarden. Het recht op schadevergoeding ontstaat naar burgerlijk recht in geval van onmogelijkheid van nakoming of wanpresentatie tijdens de uitvoering van de overeenkomst. Het ontstaan van dit recht en de vorm ervan staan los van de vraag, of de oorspronkelijke betaling in geld of in natura moest worden voldaan.

71. Hier wordt de constant door de Commissie benadrukte splitsing van de inschrijvingsprocedure in twee fasen relevant. De immer aanwezige mogelijkheid dat een recht op schadevergoeding ontstaat, heeft echter geen invloed op de offertes die de inschrijvers indienen. In zoverre is de eis van het Gerecht dat er een nieuwe inschrijving moest worden geopend, dus niet tegenstrijdig.

72. Met betrekking tot het probleem dat een nieuwe inschrijvingsprocedure waarbij de mogelijkheid werd geboden appelen door perziken te vervangen — volgens de Commissie eveneens een bron van tegenstrijdigheid — de betalingsvoorwaarden zou hebben gewijzigd voor de succesvolle inschrijvers die hun contractuele verplichtingen reeds waren nagekomen, wijs ik er nogmaals op dat de beslissing om in een vervangingsmogelijkheid te voorzien reeds in de nota aan de AIMA van 6 maart 1996 was genomen. De gunning van de opdracht aan de geselecteerde inschrijvers vond parallel daaraan plaats. Het was bijgevolg onmogelijk, dat zij de overeenkomst op dat moment reeds hadden uitgevoerd.

73. Overigens voldoet een nieuwe inschrijving slechts aan het vereiste van rechtszekerheid indien, zoals in het onderhavige geval, de inschrijvingsvoorwaarden tijdens de aanbestedingsprocedure op een essentieel onderdeel worden gewijzigd. Eventuele latere aanspraken op schadevergoeding doen daar niet aan af.

74. Tegen het standpunt van de Commissie dat het niet om een essentiële wijziging ging, pleit dat de wijziging de vorm betrof van de tegenprestatie voor de te leveren producten. Het ging dus om een vervanging van de hoofdprestaties van de overeenkomst, zodat er ontegenzeggelijk sprake was van een essentiële wijziging van de inschrijvingsvoorwaarden. Anders dan bij de vervanging van een in geld te betalen prijs door een bedrag in een buitenlandse, maar vrij converteerbare valuta, ging het bij de vervanging van appelen door perziken echt om een ander product. De ene marktdeelnemer zal liever perziken dan appelen ontvangen, de ander wil in het geheel geen perziken. Appelen en perziken zijn geen zonder meer uitwisselbare producten.

75. Ook het argument van de Commissie dat de opneming in het inschrijvingsbericht van de mogelijkheid om appelen door andere fruitsoorten te vervangen tot rechtsonzekerheid zou hebben geleid en dus strijdig was met de beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid, is onjuist. Veeleer de vrees dat de aanbestedende dienst en andere inschrijvers de aanbestedingsregels zouden kunnen omzeilen en achteraf de inschrijvingsvoorwaarden wijzigen, leidt tot een onzekerheidsfactor die niet aan het vereiste van doorzichtigheid en rechtszekerheid voldoet.

76. De praktische moeilijkheden waarover de Commissie het heeft, zouden kunnen worden opgelost door het inschrijvingsbericht op dezelfde wijze te formuleren als de aan de AIMA gerichte nota, waarin naast de gunning reeds gedetailleerde vervangingsregelingen waren opgenomen. Daarnaast zou daarin een bepaling kunnen worden opgenomen die reeds in dit vroege stadium voorziet in de mogelijkheid van een, hier achteraf doorgevoerde, aanpassing van het gelijkwaardigheidscoëfficiënt aan marktschommelingen.

77. Alles overziend, schaar ik mij achter het oordeel van het Gerecht, dat de Commissie hetzij in het inschrijvingsbericht nauwkeurig had moeten aangeven onder welke voorwaarden vervanging van de als betaling voor de betrokken leveringen voorziene fruitsoorten mogelijk was, hetzij in geval van wijziging van de inschrijvingsvoorwaarden een nieuwe inschrijvingsprocedure had moeten inleiden.

78. Het tweede middel moet bijgevolg worden afgewezen.

3. Het middel dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat verzoekster op grond van artikel 233 EG procesbelang had

a) Argumenten van partijen

i) De Commissie

79. De Commissie is van mening dat verzoekster geen belang bij haar beroep tot nietigverklaring van de bestreden handeling heeft. Een arrest tot nietigverklaring zou alleen maar resulteren in een herleving van de oorspronkelijke gelijkwaardigheidsbeschikking, die ongunstiger was voor verzoekster en waartegen verzoekster niet is opgekomen.

80. Een arrest tot nietigverklaring kan niet meer omvatten dan hetgeen in het kader van de bij het Hof aangevochten handeling is gevorderd. Een veronderstelde verplichting van de Commissie, die dit kader overstijgt, om de eerdere, niet-bestreden gelijkwaardigheidsbeschikking in te trekken, heeft geen rechtsgrondslag en is strijdig met het rechtszekerheidsbeginsel. De verplichting om de in het arrest onwettig verklaarde bepalingen in te trekken, strekt zich slechts uit tot regelingen die na de nietigverklaarde rechtshandeling zijn vastgesteld.

81. De Commissie kan thans geen nieuwe inschrijving meer openen, omdat de verzending van goederen naar de Kaukasus is afgesloten.

82. De uitvoering van het arrest van het Gerecht levert problemen op, omdat het geen concreet te nemen maatregelen noemt en de strekking van de nietigverklaring niet beperkt. Wegens de daaruit voortvloeiende terugwerkende kracht moeten thans nog aanspraken van de geselecteerde inschrijvers op basis van de vroegere beschikkingen worden gehonoreerd, hoewel de procedure al zeer moeizaam en tijdrovend is geweest.

ii) CAS Succhi di Frutta

83. Volgens verzoekster is ook het vierde middel niet-ontvankelijk, omdat het reeds in eerste aanleg is aangevoerd.

84. Verzoekster stelt dat zij procesbelang bij de intrekking van de bestreden beschikking heeft. Het Hof heeft geoordeeld dat een dergelijk procesbelang ook blijft bestaan, indien de bestreden beschikking reeds ten uitvoer is gelegd, omdat de nietigverklaring nog andere gevolgen kan hebben en kan voorkomen dat in de toekomst opnieuw dergelijke onwettige maatregelen worden genomen.[29] Iemand kan zelfs belang hebben bij de betwisting van een reeds ingetrokken beschikking, omdat de nietigverklaring ervan door het Gerecht niet kan worden gelijkgesteld met de intrekking door de Commissie en bovendien ex tunc werkt.[30]

85. Verder kan iemand belang bij de vaststelling van de nietigheid van onwettige handelingen hebben, omdat de terzake verantwoordelijke instelling, om de gevolgen ervan weg te nemen, krachtens artikel 233 EG gehouden is de ter uitvoering van het arrest noodzakelijke maatregelen te nemen.[31] Artikel 233 EG zou worden uitgehold, indien werd geëist dat het Gerecht telkens gedetailleerde maatregelen oplegt. Veeleer is het in overeenstemming met het beginsel van behoorlijk bestuur om, in het licht van alle in dat verband genomen besluiten, uit het dictum en de overwegingen van een arrest de juiste conclusies te trekken. Het bestreden arrest stelt duidelijk vast, dat de achteraf ingevoerde mogelijkheid om de betrokken fruitsoort door perziken te vervangen, op een onjuiste rechtsopvatting berust.

b) Beoordeling

86. Volgens de Commissie heeft verzoekster geen belang bij het beroep, omdat intrekking van de bestreden beschikking zou leiden tot herleving van de voor verzoekster ongunstigere beschikking van 14 juni 1996.

87. De beschikking van 6 september 1996 bevat een met de marktvoorwaarden overeenstemmende gelijkwaardigheidscoëfficiënt tussen appelen en perziken. Zij is in dat opzicht inderdaad gunstiger voor verzoekster dan de beschikking van 14 juni 1996, die de succesvolle inschrijvers begunstigde door de daarin vastgestelde, niet met de marktvoorwaarden overeenstemmende gelijkwaardigheidscoëfficiënten.

88. Uit het bovenstaande kan uitsluitend worden afgeleid dat verzoekster geen procesbelang heeft, indien de hoogte van de gelijkwaardigheidscoëfficiënt de doorslaggevende factor is en indien het inderdaad juist is dat de ongunstigere beschikking zou herleven.

29 — Arrest Hof van 24 juni 1986, AKZO Chemie/Commissie (53/85, Jurispr. blz. 1965, punt 21), en arrest Gerecht van 8 november 2000, Glencore Grain/Commissie (T-509/93, Jurispr. blz. II-3697, punt 31).

30 — Arrest Exporteurs in Levende Varkens e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 6, punt 46).

31 — Ibidem, punt 47.

89. Zoals gezegd, waren alle gelijkwaardigheidsbeschikkingen gebaseerd op de niet in het inschrijvingsbericht opgenomen mogelijkheid om appelen als betaling te vervangen door perziken, welke mogelijkheid achteraf is ingevoerd bij de aan de AIMA gerichte nota over de uitvoering van de gunning. Deze schending van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en dus van de aanbestedingsregels werd weliswaar enigszins afgezwakt door de beschikking van 6 september 1996, maar ook in de gunstigere beschikking levert schending van het beginsel van gelijke behandeling schending van een ter uitvoering van het EG-Verdrag toe te passen rechtsregel op. Dit kan worden aangevoerd in het kader van een beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 230, tweede en vierde alinea, EG. Het Hof heeft bevestigd dat er alleen al belang bij een beroep tot nietigverklaring van een dergelijke gebrekkige beschikking kan bestaan, indien daardoor wordt voorkomen dat in de toekomst opnieuw soortgelijke onwettige maatregelen worden vastgesteld. [32] Met de naar aanleiding van haar klacht gegeven gunstigere gelijkwaardigheidsbeschikking heeft verzoekster slechts bereikt, dat de schending gedeeltelijk teniet werd gedaan. Het onderhavige beroep beoogt de resterende aspecten van de schending teniet te doen. In zoverre heeft verzoekster nog steeds procesbelang.

90. Bovendien is een „herleving" van de beschikking van 14 juni 1996 in de zin van een daadwerkelijke uitvoering in de praktijk onmogelijk, omdat de procedure voor de levering van vruchtensap in de Kaukasus al is afgesloten. Deze procedure is op basis van de bestreden beschikking van 6 september 1996 uitgevoerd, aangezien het daartegen ingestelde beroep op grond van artikel 242, eerste volzin, EG geen schorsende werking had en de president van het Gerecht van eerste aanleg het door verzoekster ingediende verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking had afgewezen. [33] De enige vraag waarover nog discussie mogelijk is, is dan ook die van de schadevergoeding.

91. Om vast te stellen of verzoekster eventueel recht op schadevergoeding heeft, moet worden nagegaan of de Commissie een schending kan worden verweten waardoor verzoekster schade heeft geleden. Op basis van het in eerste aanleg gewezen arrest tot nietigverklaring kan die schending worden vastgesteld. Uit het dictum van dat arrest, waarin de bestreden beschikking wordt nietigverklaard, volgt op grond van artikel 231, eerste alinea, EG, juncto artikel 230, tweede en vierde alinea, EG dat er sprake was van een schending, en uit de motivering van het arrest blijkt waarin deze schending bestond. Verzoekster heeft dus ook wegens de mogelijke inaanmerkingneming van de schending in het kader van een later beroep tot schadevergoeding belang bij nietigverklaring van de bestreden beschikking.

32 — Arrest Hof AKZO Chemie/Commissie (aangehaald in voetnoot 29, punt 21) en arrest Gerecht Glencore Grain/Commissie (aangehaald in voetnoot 29, punt 31).

33 — Beschikking van 26 februari 1997, CAS Succhi di Frutta/Commissie (T-191/96 R, Jurispr. blz. II-211).

92. Bovendien is de Commissie ingevolge artikel 233, eerste alinea, EG gehouden alle maatregelen te nemen die nodig zijn voor de uitvoering van het arrest van het Hof. Tot die maatregelen hoort met name het wegnemen van de gevolgen van de onwettigheden die in het arrest tot nietigverklaring zijn vastgesteld [34], zodat de Commissie op grond van het arrest verplicht kan zijn uit eigen beweging en zonder dat er opnieuw beroep wordt ingesteld, schadevergoeding te betalen.

93. De problemen die de Commissie in verband met de uitvoering van het arrest van het Gerecht noemt, zijn niet reëel. De nietigverklaring van de beschikking van 6 september 1996 behoeft geen nadere uitvoeringsmaatregelen. Er is geen aanleiding om de gevolgen van het arrest voor het verleden te beperken, aangezien er geen redelijke gronden bestaan om een eventueel recht op schadevergoeding te beperken.

94. Verzoekster heeft derhalve belang bij haar beroep, zodat ook het vierde middel moet worden afgewezen.

4. Het middel betreffende onjuiste uitlegging van de regels van de gemeenschappelijke marktordening in de sector groenten en fruit

a) Argumenten van partijen

i) De Commissie

95. De Commissie is van mening dat het vijfde middel ontvankelijk is, aangezien uit de processtukken blijkt dat het Gerecht de feiten verkeerd heeft beoordeeld en het Gerecht de vastgestelde feiten juridisch heeft gekwalificeerd. [35]

96. Het oordeel van het Gerecht dat er appelen in de interventievoorraden beschikbaar waren en dat er derhalve geen sprake was van „overmacht", wordt gekenmerkt door een onjuiste rechtsopvatting. Tussen de datum waarop de opdrachtnemers appelen konden beginnen op te vragen en de datum van de eerste gelijkwaardigheidsbeschikking, namelijk 14 juni 1996, zijn slechts 19 958,648 ton appelen in het kader van interventiemaatregelen uit de markt genomen, terwijl de opdrachtnemers recht op levering van in totaal 39 500 ton appelen hadden.

34 — Zie arrest Exporteurs in Levende Varkens e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 6, punt 47).

35 — Arrest van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 49).

97. Het Gerecht en verzoekster zijn bij hun berekening van de beschikbare hoeveelheid appelen beide uitgegaan van onjuiste data, die geen rekening hielden met de interventiemechanismen. In het kader van de gemeenschappelijke marktordening in de sector groenten en fruit hebben de interventiebureaus — behalve in ernstige crisissituaties — geen mogelijkheid tot aankoop of opslag. Het uit de markt genomen fruit moet worden vernietigd of kosteloos aan liefdadigheidsinstellingen worden verstrekt.

98. De vermelding in de bijlage bij het verweerschrift in eerste aanleg dat er 200 000 ton appelen beschikbaar waren, diende enkel ter illustratie dat er in de voorgaande jaren voldoende hoeveelheden appelen beschikbaar waren geweest. Bij de opening van de inschrijving mocht dus redelijkerwijs worden verondersteld, dat er voldoende uit de markt te nemen appelen beschikbaar zouden zijn om het geleverde vruchtensap te kunnen betalen.

99. Het Gerecht heeft geen rekening gehouden met deze juridische elementen en de feiten verkeerd uitgelegd. Uit de processtukken blijkt duidelijk, dat sprake is van een materieel onjuiste beoordeling. Door appelen die uit de markt waren genomen voordat ze door de opdrachtnemers konden worden opgevraagd, aan te merken als in interventievoorraden beschikbare appelen, heeft het Gerecht het recht geschonden. Hieruit volgt dat ook de daarop gebaseerde conclusies van het Gerecht rechtens onjuist zijn.

ii) CAS Succhi di Frutta

100. Verzoekster is van mening dat het vijfde middel niet-ontvankelijk is, omdat het Gerecht een onjuiste beoordeling van de feiten wordt verweten, waarvoor het Hof in hogere voorziening niet bevoegd is. [36]

101. Het Gerecht heeft de door de Commissie overgelegde stukken bovendien juist beoordeeld en is er terecht van uitgegaan dat er voor de opdrachtnemers voldoende appelen beschikbaar zouden zijn.

b) Beoordeling

102. Volgens artikel 225, lid 1, EG en artikel 51 van het Statuut-EG van het Hof is de hogere voorziening beperkt tot rechtsvragen. Zij kan derhalve slechts worden

36 — Arrest Deere/Commissie (aangehaald in voetnoot 8, punt 21) en beschikking van 27 april 1999, Deutsche Bahn/Commissie (C-436/97 P, Jurispr. blz. I-2387, punt 19).

gebaseerd op middelen inzake schending van rechtsregels, met uitsluiting van iedere feitelijke beoordeling. Het Gerecht is bij uitsluiting bevoegd om de feiten vast te stellen en deze te beoordelen. [37] De beschikbaarheid van appelen betreft de vaststelling van de feiten, zodat het Hof niet bevoegd is dit in hogere voorziening te toetsen.

103. Hoewel het Hof bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en daaraan rechtsgevolgen heeft verbonden [38], is het niet zijn taak om de feiten opnieuw te beoordelen of de hem overgelegde bewijzen te beoordelen. [39] Het oordeel van de Commissie dat het Gerecht andere conclusies met betrekking tot de beschikbaarheid van appelen had moeten trekken, houdt slechts kritiek in op de beoordeling van de feiten, respectievelijk de bewijzen door het Gerecht. Aangezien deze beoordeling dus niet door het Hof mag worden getoetst, is het betrokken middel niet-ontvankelijk.

104. Wél heeft het Hof in de zaak Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. verklaard, dat het Gerecht „bij uitsluiting bevoegd [is] om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld, voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken". [40] Indien men echter aanvaardt dat het Hof in tweede aanleg bevoegd is tot een nieuw onderzoek van iedere feitelijke onjuistheid mits deze uit de processtukken voortvloeit, bestaat het gevaar dat het Hof, in strijd met de bepalingen van artikel 225, lid 1, eerste volzin, EG, een tweede feitenrechter wordt.

105. Mocht het Hof zich toch bevoegd achten om in casu de beoordeling van de feiten door het Gerecht opnieuw te onderzoeken, dan is volgens de onderliggende redenering het geschil over de beschikbaarheid van appelen ten tijde van het geven van de gelijkwaardigheidsbeschikkingen irrelevant. Zoals ik reeds herhaaldelijk heb uiteengezet, lag de fundamentele schending van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers in het feit dat de aan de AIMA gerichte nota van 6 maart 1996 over de uitvoering van de gunning van de opdracht aan de geselecteerde inschrijvers voorzag in de mogelijkheid om bij de betaling van de leveringen appelen door perziken te vervangen. Op dat moment ging echter ook de Commissie, volgens haar eigen verklaringen, op basis van de ervaringen van de voorgaande jaren ervan uit, dat er voldoende appelen beschikbaar zouden zijn. Op het in casu relevante tijdstip bestond er dus geen onvoorzienbaar tekort aan appelen.

37 — Arrest van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie (C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punt 49), en arrest Deere/Commissie (aangehaald in voetnoot 8, punt 21).

38 — Arrest Deere/Commissie (aangehaald in voetnoot 8, punt 21) en beschikking van 17 september 1996, San Marco/Commissie (C-19/95 P, Jurispr. blz. I-4435, punt 39).

39 — Arrest Eppe/Commissie (aangehaald in voetnoot 7, punt 29) en beschikking Deutsche Bahn/Commissie (aangehaald in voetnoot 36, punt 19).

40 — Arrest (aangehaald in voetnoot 35, punt 49).

106. Het vijfde middel is derhalve niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond, zodat het moet worden afgewezen.

VI — Kosten

107. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het Gerecht in zijn arrest in zaak T-191/96 geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De hogere voorziening moet derhalve worden afgewezen.

108. Volgens artikel 122 junctis de artikelen 118 en 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen.

VII — Conclusie

In het licht van het bovenstaande stel ik het Hof voor:

„1) de hogere voorziening af te wijzen.

2) rekwirante in de kosten te verwijzen."