SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS JEAN MISCHO vom 19. Januar 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das Tribunal de commerce Brüssel stellt uns zwei Fragen, die im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Office belge de l'économie et de l'agriculture (OBEA, Kläger) und der Société anonyme Établissements Soules & Cie (Beklagte) entstanden sind, der die Nichtdurchführung eines aufgrund einer Ausschreibung geschlossenen Vertrages über die Lieferung von 550 t Weizenmehl betrifft, die im Rahmen der Nahrungsmittelhilfe zugunsten des Sudan erfolgen sollte. Die Beklagte mißbilligt die Umstände, unter denen der Kläger in der Folge im Wege der freihändigen Vergabe einen Lieferungsvertrag mit einem anderen Unternehmen schloß, um Ersatz für die Nichterfüllung durch die Beklagte zu schaffen.

2. Dieser zweite Vertrag wurde gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1058/82 der Kommission vom 4. Mai 1982 über die Durchführung einer neuen Ausschreibung zur Bereitstellung von Weichweizenmehl an das Internationale Komitee vom Roten Kreuz im Rahmen der Nahrungsmittelhilfe (ABl. L 123 vom 6. 5. 1982, S. 18) geschlossen.

3. Gemäß Artikel 1 dieser Verordnung war diese Aktion gemäß den Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1974/80 der Kommission vom 22. Juli 1980 über allgemeine Durchführungsbestimmungen für bestimmte Nahrungsmittelhilfeaktionen auf dem Getreide- und Reissektor (ABl. L 192 vom 26. 7. 1980, S. 11) auszuführen.

4. Zu dem Verfahren der freihändigen Vergabe bestimmt Artikel 9 Absatz 1 dieser Verordnung folgendes:

„Wird die Festlegung der Lieferkosten im Wege der freihändigen Vergabe beschlossen, so hat die hierfür bestimmte Interventionsstelle mehrere konkurrierende Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern; sie schließt den Vertrag auf der Grundlage der günstigsten Bedingungen ab.„

5. Vor Prüfung der gestellten Fragen sehe ich mich veranlaßt, einige Bemerkungen zu bestimmten von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung angesprochenen Problemen zu machen, womit erläutert werden soll, weshalb diese Probleme meiner Ansicht nach außerhalb des Rahmens dieses Vorabentscheidungsverfahrens liegen.

6. a) Die Beklagte zieht zunächst in Zweifel, daß die Kommission und der Kläger eilig hätten handeln müssen. Die Umstände hätten es keinesfalls gerechtfertigt, so zügig zu verfahren, wie es die Kommission und der Kläger getan hätten.

7. Insoweit genügt der Hinweis, daß die Fragen des Tribunal de commerce in keiner Weise das Problem betreffen, ob die Wahl des Verfahrens der freihändigen Vergabe unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles gerechtfertigt war.

8. Jedenfalls kann die Tatsache, daß die 550 t Mehl gemäß einem Beschluß des Rates aus dem Jahre 1980, dem Internationalen Roten Kreuz eine bestimmte Menge Getreide zur Verfügung zu stellen, bereitgestellt wurden, nicht als Argument gegen die Eilbedürftigkeit dieser Hilfsmaßnahme zu-

* Aus dem Französischen übersetzt.

gunsten des Sudan angeführt werden. Beim Rat besteht nämlich die Übung, solche Verpflichtungen vorsichtshalber einzugehen. Es ist somit Sache der gemeinnützigen Organisationen, sich entsprechend dem jeweiligen Bedarf auf dieses Versprechen zu berufen. Vorliegend wurde auf Antrag des Roten Kreuzes im Dezember 1981 eine Lebensmittelhilfe zugunsten des Sudan beschlossen und die Verladefrist auf Februar 1982 festgesetzt. Es besteht kein Zweifel, daß die Angelegenheit in besonderem Maße eilbedürftig geworden war, als die Maßnahme Anfang Mai immer noch nicht durchgeführt war.

9. b) Hinsichtlich des Unterschieds zwischen einerseits dem Titel sowie der zweiten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1058/82, wo von einer neuen Ausschreibung die Rede ist, und andererseits dem Anhang dieser Verordnung, der als Verfahren zur Feststellung der Lieferungskosten das Verfahren der freihändigen Vergabe vorsieht, ist nochmals festzustellen, daß das belgische Gericht uns hierzu nicht befragt. Dies ist übrigens vollkommen verständlich, weil die Begründungserwägungen schon erläutern, weshalb diese neue Verordnung erlassen werden mußte (Nichtdurchführung der Lieferung im Rahmen der Ausschreibung) und in welchem Rahmen die Aktion abläuft. Der Anhang, der den operativen Teil der Verordnung darstellt, läßt keinen Zweifel daran, daß die Einleitung eines Verfahrens der freihändigen Vergabe beabsichtigt war.

10. c) Eine andere im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausführlich erörterte Frage lautet, ob die Kommission mit der Eröffnung des neuen Verfahrens zu lange gezögert hat.

11. Auch hierzu sind wir nicht befragt worden. Ich möchte jedoch für alle Fälle darauf hinweisen, daß Artikel 21 der Verordnung Nr. 1974/80 folgendes bestimmt:

„Sind bei derselben Nahrungsmittelhilfeaktion mehrere Interventionsstellen eingeschaltet, die zu verschiedenen Mitgliedstaaten gehören, so übermitteln sich diese sobald wie möglich alle Angaben, die für die Durchführung ihrer Aufträge erforderlich und für eine ordnungsgemäße Abwicklung der Aktion nützlich sind."

Artikel 22 Absatz 4 bestimmt:

„Die Interventionsstelle des Verschiffungslandes ... trifft die erforderlichen Maßnahmen, um zu kontrollieren, ob die vom Empfänger übernommene Ware das geographische Gebiet der Gemeinschaft von dem angegebenen Hafen aus verläßt."

Die Kommission und der Kläger waren somit von den Informationen des Klägers und der Firma, die den Zuschlag erhalten hatte, abhängig. Aus einem nicht datierten Telex der italienischen Interventionsstelle an die Kommission und an den Kläger geht hervor, daß die Frist zur Durchführung der betreffenden Lieferung bis zum 22. März 1982 verlängert worden war. Die Akten lassen jedoch nicht den Schluß zu, daß die Kommission von der Nichtdurchführung des aufgrund der Ausschreibung geschlossenen Vertrags lange vor der Verabschiedung ihrer neuen Verordnung unterrichtet worden wäre.

12. d) Die Beklagte macht schließlich geltend, daß die Preise für Weizenmehl von Januar bis Mai 1982 rückläufig gewesen seien und daß es deshalb unbillig sei, sie mit dem Unterschiedsbetrag von 3 031 BFR zwischen dem bei der Ausschreibung vom 8. Januar festgesetzten Preis (14 479 BFR je t) und dem im Rahmen des freihändig vergebenen Geschäfts vom 10. Mai 1982 vereinbarten Preis (17 510 BFR je t) zu belasten.

13. Aus den dem Gerichtshof zur Verfügung gestellten Akten des Ausgangsverfahrens geht jedoch hervor, daß die Beklagte beim Tribunal de commerce Brüssel ausgeführt hatte, daß „sie im schlimmsten Falle

für einen Unterschied der Notierungen in Höhe von 1 548 BFR je t haftbar" sei. Sie räumt somit ein, daß die Notierungen von Januar bis Mai gestiegen seien.

14. In jedem Falle kommt es für den Gerichtshof im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 nicht in Betracht, die Tatfragen, die im Ausgangsverfahren eine Rolle spielen und die zu Recht in keiner Weise Gegenstand der Fragen des nationalen Gerichts sind, zu behandeln. Mir steht es deshalb meines Erachtens nicht zu, die dem Gerichtshof nach Abschluß der mündlichen Verhandlung übermittelten Preislisten zu analysieren oder Schlußfolgerungen hieraus zu ziehen.

15. Vielmehr möchte ich mich jetzt der Prüfung der gestellten Fragen zuwenden, die im Sitzungsbericht wiedergegeben sind. Da diese Fragen auf die Einzelumstände des vorliegenden Falles Bezug nehmen, sind aus ihnen jene Bestandteile herauszulösen, die die Auslegung des Gemeinschaftsrechts betreffen.

I — Zur ersten Frage

16. Das Tribunal de commerce Brüssel erbittet im wesentlichen Auskunft darüber, ob eine nationale Interventionsstelle bei Anwendung von Artikel 9 der Verordnung Nr. 1974/80 berechtigt ist, Angebote von nur zwei Firmen anzufordern, vorliegend von denjenigen Firmen, die bereits ohne Erfolg an dem Ausschreibungsverfahren über dieselbe Nahrungsmittelhilfemaßnahme teilgenommen hatten.

17. Insoweit ist zu bemerken, daß keine Bestimmung der Grundverordnung Nr. 1974/80 oder der Verordnung Nr. 1058/82 über die Eröffnung des Verfahrens der freihändigen Vergabe den Ausschluß von Firmen vorsieht, die bei einem vorherigen Ausschreibungsverfahren über dieselbe Maßnahme nicht berücksichtigt wurden.

18. Zweitens ist festzustellen, daß Artikel 9 der Verordnung Nr. 1974/80, wonach „mehrere konkurrierende Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern" sind, beachtet wurde, da nach allgemeinem Sprachgebrauch „mehrere" gleichbedeutend ist mit „mehr als einer". Zu Recht weist die Kommission darauf hin, daß der EWG-Vertrag diesen Ausdruck selbst in diesem Sinne verwendet, nämlich in Artikel 86, und daß auch der Gerichtshof in der Rechtssache 4/54 von „einem oder mehreren ... Unternehmen" gesprochen hat (Urteil vom 11. Februar 1955, ISA/Hohe Behörde, Slg. 1955, 189, 205).

19. Darüber hinaus meine ich, daß die besonderen Umstände des vorliegenden Falles die Vorgehensweise des Klägers rechtfertigen. Zunächst hatte er im Rahmen des vorherigen Ausschreibungsverfahrens bereits alle konkurrierenden Unternehmen der Gemeinschaft, die möglicherweise an der Lieferung von 550 t Weizenmehl interessiert waren, zur Angebotsabgabe aufgefordert.

20. Dann war die Anzahl der Unternehmen, die potentiell an dem betreffenden Geschäft interessiert *und* zu dessen Durchführung in der Lage waren, angesichts der Mengen, die innerhalb der gesetzten Verladefrist zu liefern waren, in jedem Fall begrenzt. Im Zusammenhang mit der Ausschreibung hatten sich nur drei Unternehmen gemeldet.

21. Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß die Verordnung Nr. 1058/82 im Amtsblatt vom 6. Mai 1982 veröffentlicht wurde. Dieses Geschäft der freihändigen Vergabe war also in der gesamten Gemeinschaft bekannt. Auch andere Unternehmen hätten ihr Mißfallen darüber äußern können, vom Kläger nicht angesprochen worden zu sein. Es ist jedoch nicht vorgetragen, daß ein weiteres Unternehmen an diesem Geschäft Interesse gezeigt hätte.

22. Ich schlage Ihnen deshalb vor, die erste Frage wie folgt zu beantworten:

Eine mit der Durchführung eines Verfahrens der freihändigen Vergabe gemäß Artikel 9 der Verordnung Nr. 1974/80 beauftragte Interventionsstelle ist auch dann berechtigt, ein Angebot von Unternehmen anzufordern, die bereits erfolglos an einem Ausschreibungsverfahren über dieselbe Nahrungsmittelhilfemaßnahme teilgenommen hatten, wenn es sich dabei nur um zwei Unternehmen handelt.

II — Zur zweiten Frage

23. Mit seiner zweiten Frage bittet uns das belgische Gericht um Auskunft, ob ein von der Interventionsstelle nach Inkrafttreten der Verordnung über die Eröffnung des Verfahrens angenommenes Angebot als wirksam anzusehen ist, obwohl dieses Angebot vor Inkrafttreten und sogar vor Veröffentlichung der Verordnung im Amtsblatt angefordert und eingereicht worden war.

24. Ebenso wie die Kommission möchte ich mit dem Hinweis beginnen, daß Artikel 9 der Verordnung Nr. 1974/80 in rechtlicher Hinsicht zwei Phasen deutlich unterscheidet, nämlich

a) die Aufforderung an die konkurrierenden Bieter zur Angebotsabgabe;

b) den Abschluß des Vertrages.

25. Jede dieser beiden Phasen ist mit einer Voraussetzung verknüpft. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe muß an mehrere konkurrierende Bieter ergehen; der Vertragsschluß muß auf der Grundlage der günstigsten Bedingungen erfolgen.

26. Im übrigen gewährt Artikel 9 der Interventionsstelle eine sehr weitgehende Freiheit.

27. So wird, abweichend von den Modalitäten eines Ausschreibungsverfahrens, bei dem eine Frist von mindestens zehn Tagen zwischen der Veröffentlichung der Ausschreibungsbekanntmachung und dem Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote zu beachten ist (Artikel 3 der Verordnung Nr. 1974/80), hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem die zuständige nationale Stelle den Vertrag abschließen kann, keine Voraussetzung aufgestellt: Im äußersten Fall kann sie diese Handlung somit schon am Tage des Inkrafttretens der Verordnung vornehmen. Vorliegend tat sie dies drei Tage danach.

28. Die Verordnung schreibt auch nicht vor, zu welchem Zeitpunkt die konkurrierenden Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern sind. Es ist deshalb davon auszugehen, daß für die Frage, ob Artikel 9 beachtet wurde, derjenige Zeitpunkt maßgeblich ist, zu dem der Vertrag durch Annahme des Angebots zustande kommt.

29. Vorliegend wäre es sicherlich besser gewesen, mit der Anforderung der Angebote bis zum Inkrafttreten der Verordnung zu warten. Gleichwohl berührt die eingeschlagene Vorgehensweise unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles die Wirksamkeit des Vertrages nicht.

30. Ich habe bereits ausgeführt, daß dem Verfahren der freihändigen Vergabe ein Ausschreibungsverfahren über dasselbe Mehllieferungsgeschäft im Rahmen der

Nahrungsmittelhilfe vorausgegangen war. Die Aufforderung an die konkurrierenden Unternehmen zur Angebotsabgabe ist sozusagen zweimal ergangen.

31. Außerdem ist der Gesichtspunkt der „Eilbedürftigkeit" zu berücksichtigen, die durch die außergewöhnlichen Umstände aufgrund der Nichtdurchführung des im Wege der Ausschreibung abgeschlossenen Geschäfts durch den Zuschlagsempfänger und der deshalb verspäteten Lieferung des Mehls entstanden war. Eben diese Verspätung war für die Anwendung des Verfahrens der freihändigen Vergabe maßgeblich; sie rechtfertigt es meiner Ansicht nach auch, daß die konkurrierenden Bieter schon vor Verabschiedung der Verordnung zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden. Insoweit ist auch die Tatsache bedeutsam, daß für die Verladung die Frist vom 15. bis zum 31. Mai 1982 festgesetzt worden war; diese Frist begann weniger als eine Woche nach Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1058/82.

32. Schließlich geht aus den Akten nicht hervor, daß die Anforderung der Angebote und ihre Einreichung vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1058/82 irgendeinen Schaden verursacht hätte. Die Anforderung und die Entgegennahme der Angebote begründeten für den Kläger keine Verpflichtung. Ihm stand es weiterhin frei, gegebenenfalls von anderen Unternehmen ein Angebot zu erbitten.

33. Aus allen diesen Gründen schlage ich vor, die zweite Frage wie folgt zu beantworten:

„Bei Vorliegen von Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens darf eine Interventionsstelle, die mit der Durchführung eines Verfahrens der freihändigen Vergabe beauftragt ist, die konkurrierenden Bieter zur Angebotsabgabe vor Inkrafttreten der Verordnung, die das Verfahren für ein bestimmtes Geschäft festlegt, auffordern, wenn der Vertrag nach diesem Inkrafttreten geschlossen wird."