FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 19. januar 1988 *

Høje Domstol.

1. Tribunal de commerce de Bruxelles har stillet Domstolen to spørgsmål, som er opstået under en tvist mellem Office belge de l'économie et de l'agriculture (herefter benævnt »OBEA«) og Société anonyme Établissements Soules et Cie om manglende opfylde af en licitationskontrakt vedrørende levering af 550 tons mel af blød hvede som fødevarehjælp til Sudan. Établissements Soules har anfægtet de betingelser, på hvilke OBEA senere indgik en underhåndsaftale om levering med en anden virksomhed for at afhjælpe førstnævnte firmas manglende opfyldelse af kontrakten.

2. Denne anden kontrakt blev indgået i henhold til Kommissionens forordning (EØF) nr. 1058/82 af 4. maj 1982 om åbning af en ny licitation med henblik på licitation af mel af blød hvede til Den Internationale Røde Kors Komité som fødevarehjælp (EFT L 123 af 6.5.1982, s. 18).

3. I henhold til forordningens artikel 1 skulle aktionen gennemføres i overensstemmelse med bestemmelserne i Kommissionens forordning (EØF) nr. 1974/80 af 22. juli 1980 om almindelige bestemmelser for gennemførelse af visse fødevarehjælpeaktioner i form af korn og ris (EFT L 192 af 26.7.1980, s. 11).

4. Vedrørende indgåelse af underhåndsaftale bestemmer artikel 9, stk. 1, i denne forordning følgende:

»Såfremt det besluttes at fastsætte leveringsomkostningerne ved en underhåndsaftale, indgår det interventionsorgan, der er udpeget hertil, efter at have sikret sig konkurrence mellem flere bydende kontrakten på de gunstigste vilkår.«

5. Før jeg gennemgår de stillede spørgsmål, skal jeg gøre nogle bemærkninger om de problemer, som Établissements Soules befuldmægtigede rejste under den mundtlige forhandling, for at forklare, hvorfor disse problemer efter min opfattelse ikke er relevante i denne præjudicielle sag.

6. a) Sagsøgte i hovedsagens befuldmægtigede har for det første bestridt, at Kommissionen og OBEA befandt sig i en presserende situation. Omstændighederne berettigede på ingen måde anvendelsen af så hurtige fremgangsmåder som dem, Kommissionen og OBEA har gjort brug af.

7. Hertil skal jeg alene anføre, at de spørgsmål, der er stillet af tribunal de commerce, ikke vedrører spørgsmålet, om det under de foreliggende omstændigheder var berettiget at vælge at indgå en underhåndsaftale.

8. Under alle omstændigheder kan den hastende karakter af denne støtteforanstaltning til fordel for Sudan ikke bestrides under henvisning til den omstændighed, at de 550 tons mel havde kunne tilvejebringes i henhold til en beslutning fra Rådet af 1980 om at stille et vist parti korn til rådighed for

* Oversat fra fransk.

Det Internationale Røde Kors. Det er sædvanligt, at Rådet som sikkerhedsforanstaltning påtager sig sådanne forpligtelser. Det tilkommer så modtagerorganisationerne at påberåbe sig dette løfte om hjælp, efterhånden som behovet derfor opstår. I det foreliggende tilfælde blev det på anmodning fra Røde Kors besluttet at stille fødevarehjælp til fordel for Sudan til rådighed i december 1981, og indskibningsfristen blev fastsat til februar året efter. Der kan ikke være tvivl om, at sagen var hastende, idet leveringen endnu ikke var gennemført i begyndelsen af maj.

9. b) Med hensyn til forskellen mellem titlen på forordning nr. 1058/82 og dens anden betragtning på den ene side, hvor der er tale om en ny licitation, og bilaget til denne forordning på den anden side, som bestemmer, at den fremgangsmåde, der skal anvendes til bestemmelse af leveringsomkostningerne, er underhåndsaftale, må det på ny konstateres, at den belgiske domstol ikke har stillet Domstolen spørgsmål herom. Dette er i øvrigt fuldt ud forståeligt, idet det i betragtningerne forklares, hvorfor denne nye forordning har måttet udstedes (manglende gennemførelse af licitationen), og inden for hvilke rammer aktionen skulle foregå. Bilaget, som indeholder de nærmere regler for gennemførelsen af forordningen, lader ingen tvivl om, at man har villet iværksætte en underhåndsaftale.

10. c) Et andet spørgsmål, som blev drøftet vidt og bredt under den mundtlige forhandling, er spørgsmålet, om Kommissionen har iværksat den nye fremgangsmåde for sent.

11. Domstolen er heller ikke blevet spurgt om dette, men jeg skal for alle tilfældes skyld påpege, at artikel 21 i forordning nr. 1974/80 bestemmer følgende:

»Såfremt der i en fødevarehjælpeaktion medvirker flere interventionsorganer henhørende under forskellige medlemsstater, meddeler disse hurtigst muligt hinanden de oplysninger, der er nødvendige for gennemførelsen af deres opgaver og for aktionens rette afslutning.«

Artikel 22, stk. 4, bestemmer følgende:

»Interventionsorganet i afskibningslandet... træffer de nødvendige foranstaltninger til at kontrollere, at den af modtageren overtagne vare forlader Fællesskabets geografiske område fra den fastsatte havn.«

Kommissionen og OBEA modtog altså oplysninger fra dette organ og fra det tilslagsmodtagende firma selv. Det fremgår af et udateret telex fra det italienske interventionsorgan til Kommissionen og til OBEA, at fristen for gennemførelse af den pågældende levering var blevet forlænget til 22. marts 1982. Der er imidlertid intet dokument i sagens akter, der giver grundlag for at konkludere, at Kommissionen var blevet underrettet længe før datoen for dens udstedelse af den nye forordning om, at licitationskontrakten ikke var blevet opfyldt.

12. d) Sagsøgte har endelig gjort gældende, at priserne på hvedemel var faldende mellem januar og maj 1982, hvorfor det var urimeligt at pålægge firmaet forskellen mellem den ved licitationen af 8. januar fastsatte pris (14 479 BFR pr. ton) og den pris, der blev aftalt ved underhåndsaftalen den 10. maj 1982 (17 510 BFR pr. ton), dvs. 3 031 BFR.

13. Det fremgår imidlertid af akterne i hovedsagen, som er stillet til Domstolens rådighed, at sagsøgte for tribunal de commerce de Bruxelles har anført, at »i værste fald ville selskabet blive ansvarligt for en

kursforskel på 1 548 BFR pr. ton«. Selskabet har altså erkendt, at der var indtrådt en kursstigning mellem januar og maj.

14. Under alle omstændigheder kan der ikke under en sag i henhold til artikel 177 være tale om, at Domstolen skal afgøre faktiske spørgsmål, som spiller en rolle under hovedsagen, og som rettelig ikke er genstand for de spørgsmål, som den nationale domstol har stillet. Jeg mener derfor, at det ikke tilkommer mig, hverken at annalysere eller drage konklusioner af de prislister, som er blevet forelagt Domstolen ved afslutningen af den mundtlige forhandling.

15. Jeg vil derimod nu gå over til en gennemgang af de stillede spørgsmål, hvis ordlyd findes i retsmøderapporten. Da disse spørgsmål henviser til præcise omstændigheder i det foreliggende tilfælde, må der deraf uddrages de elementer til fortolkning af fællesskabsretten, som de omfatter.

I — Det første spørgsmål

16. Tribunal de commerce de Bruxelles ønsker i det væsentlige at vide, om et nationalt interventionsorgan i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1974/80 har ret til kun at indhente tilbud fra to firmaer, i dette tilfælde dem, som allerede uden held havde deltaget i licitationen om samme fødevarehjælpeaktion.

17. Det må herved bemærkes, at der ikke er nogen bestemmelse, hverken i grundforordning nr. 1974/80 eller i forordning nr. 1058/82 om indgåelse af underhåndsaftale, der udelukker firmaer, hvis tilbud ikke blev antaget under en forudgående licitation om samme transaktion.

18. For det andet må det konstateres, at betingelsen i artikel 9 i forordning nr. 1974/80, hvorefter der skal sikres »konkurrence mellem flere bydende«, er blevet respekteret, idet »flere« ifølge almindelig sprogbrug betyder »mere end én«. Som Kommissionen med rette har påpeget, anvender Traktaten selv udtrykket i denne betydning i artikel 86, og Domstolen har i sag 4/54 ligeledes talt om »én eller flere virksomheder« (dom af 11. februar 1955, ISA mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 11, org. ref.: Rec. bind I, s. 193).

19. Desuden tror jeg, at de særlige omstændigheder i dette tilfælde har berettiget OBEA's fremgangsmåde. For det første er der den omstændighed, at OBEA under den forudgående licitation allerede havde ladet alle de virksomheder i Fællesskabet konkurrere, som kunne være interesseret i at levere de 550 tons hvedemel.

20. Dernæst var — henset til de mængder, der skal leveres inden for de fastsatte indskibningsfrister — antallet af virksomheder, som potentielt kunne være interesserede i den pågældende kontrakt og egnede til at opfylde den, under alle omstændigheder tilsyneladende begrænset. Ved den ovennævnte licitation deltog alene tre virksomheder.

21. Endelig må det ikke glemmes, at forordning nr. 1058/82 er blevet offentliggjort i EF-Tidende af 6. maj 1982. Underhåndsaftalen var altså kendt i hele Fællesskabet. Andre virksomheder havde kunnet give udtryk for deres utilfredshed med ikke at være blevet kontaktet af OBEA. Men det er ikke blevet gjort gældende, at en anden virksomhed har ytret interesse for denne kontrakt.

22. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det første spørgsmål således:

»Et interventionsorgan, der er blevet pålagt at indgå en underhåndsaftale i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1974/80, har ret til at indhente et tilbud fra virksomheder, som allerede uden held har deltaget i en licitation vedrørende samme fødevarehjælpeaktion, også selv om der kun er tale om to virksomheder.«

II — Det andet spørgsmål

23. Den belgiske domstols andet spørgsmål er, om et tilbud, der accepteres af et interventionsorgan, efter at forordningen om procedurens indledning er trådt i kraft, skal anses for gyldigt, når tilbudet er blevet indhentet og afgivet før forordningens ikrafttræden og endog før dens offentliggørelse i EF-Tidende.

24. Ligesom Kommissionen skal jeg indledningsvis henvise til, at artikel 9 i forordning nr. 1974/80 fra et retligt synspunkt klart sondrer mellem to faser, nemlig:

a) en forudgående konkurrence mellem de bydende;

b) indgåelse af kontrakten.

25. Til hver af disse to faser er der knyttet en betingelse. Der skal sikres konkurrence mellem flere bydende, og kontrakten skal indgås på de gunstigste vilkår.

26. Ellers stiller artikel 9 interventionsorganet meget frit.

27. Til forskel fra, hvad der sker under en licitation, hvor der skal overholdes en frist på mindst 10 dage mellem offentliggørelsen af licitationsbekendtgørelsen og udløbet af fristen for afgivelse af tilbud (artikel 3 i forordning nr. 1974/80), er der således ikke fastsat nogen betingelse med hensyn til det tidspunkt, på hvilket det kompetente nationale interventionsorgan kan indgå kontrakten: dette kan altså tidligst indgå den samme dag som forordningen træder i kraft. I det foreliggende tilfælde blev kontrakten indgået 3 dage efter ikrafttrædelsesdatoen.

28. Forordningen bestemmer heller ikke, på hvilket tidspunkt der skal sikres konkurrence mellem de bydende. Det kan derfor antages, at spørgsmålet, om betingelserne i artikel 9 er overholdt, skal bedømmes på det tidspunkt, da kontrakten kommer i stand ved, at tilbudet accepteres.

29. I det foreliggende tilfælde ville det have været hensigtsmæssigt at afvente forordningens ikrafttræden, før man indhentede tilbud, men jeg mener, at under de foreliggende omstændigheder kan den anvendte fremgangsmåde ikke anses for at påvirke kontraktens gyldighed.

30. Jeg har allerede nævnt, at der før underhåndsaftalens indgåelse blev afholdt en licitation om samme levering af mel som fødevarehjælp. Man har så at sige ladet virksomhederne konkurrere to gange.

31. Endvidere må man også tage faktoren »uopsættelighed« i betragtning, som blev fremkaldt af de usædvanlige omstændigheder i form af tilslagsmodtagerens manglende opfyldelse af licitationskontrakten og den deraf følgende forsinkelse af leveringen af melet. Det er denne forsinkelse, som med rette foranledigede til indgåelsen af en underhåndsaftale, og som efter min opfattelse også berettiger, at man lod de bydende konkurrere allerede før forordningens udstedelse. Desuden må man også tage i betragtning, at indskibningen var blevet fastsat til perioden fra 15.-31. maj 1982, hvilket var mindre end en uge efter, at forordning nr. 1058/82 trådte i kraft.

32. Endelig er der ingen oplysninger i sagens akter, hvoraf det fremgår, at indhentningen af tilbud og deres afgivelse, før forordning nr. 1058/82 trådte i kraft, har forårsaget tab. Indkaldelsen og modtagelsen af tilbud medførte ingen forpligtelse for OBEA. Dette organ kunne fortsat i givet fald opfordre andre virksomheder til at afgive tilbud.

33. Af alle disse grunde foreslår jeg Domstolen at besvare det andet spørgsmål således:

»Under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder er et interventionsorgan, som skal varetage indgåelsen af en underhåndsaftale, berettiget til at lade bydende konkurrere, før forordningen om indledning af en procedure for en bestemt kontrakt træder i kraft, såfremt indgåelsen af kontrakten sker efter forordningens ikrafttræden.«