CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 19 januari 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De Rechtbank van Koophandel te Brussel stelt het Hof twee vragen die zijn gerezen in een geding tussen de Belgische Dienst voor Bedrijfsleven en Landbouw (hierna: BDBL) en SA Établissements Soulès & Cie betreffende het niet-uitvoeren van een aannemingsovereenkomst voor de levering van 550 ton meel van zachte tarwe als voedselhulp aan Soedan. Soulès komt op tegen de omstandigheden waaronder de BDBL nadien, via een onderhandse procedure, heeft gecontracteerd met een andere onderneming, ten einde dit verzuim van Soulès op te vangen.

2. Dit tweede contract werd gesloten krachtens verordening nr. 1058/82 van de Commissie van 4 mei 1982 betreffende de openstelling van een nieuwe inschrijving voor het beschikbaar stellen van meel van zachte tarwe voor het Internationaal Comité van het Rode Kruis als voedselhulp (PB 1982, L 123, blz. 18).

3. Luidens artikel 1 van deze verordening moest deze actie worden uitgevoerd overeenkomstig het bepaalde in verordening (EEG) nr. 1974/90 van de Commissie van 22 juli 1980 houdende algemene voorschriften voor de uitvoering van bepaalde voedselhulpacties in de vorm van granen en rijst (PB 1980, L 192, blz. 11).

4. Met betrekking tot de onderhandse procedure bepaalt artikel 9, lid 1, van deze verordening het volgende:

„Wanneer wordt besloten de leveringskosten te bepalen via een onderhandse procedure, sluit het daartoe aangewezen interventiebureau, na vergelijking van de offertes van verscheidene daartoe uitgenodigde inschrijvers, het contract tegen de voordeligste voorwaarden."

5. Alvorens de gestelde vragen te onderzoeken, acht ik het mijn plicht om enkele opmerkingen te maken over bepaalde problemen die de vertegenwoordiger van Soulès bij de mondelinge behandeling heeft opgeworpen, want ik wil uitleggen waarom deze problemen naar mijn mening buiten het bestek van de onderhavige prejudiciële procedure vallen.

6. a) De vertegenwoordiger van verweerster in het hoofdgeding heeft allereerst betwist, dat de Commissie en de BDBL tegenover een spoedeisende situatie stonden. De omstandigheden gaven geen enkele aanleiding voor zulke snelle procedures als die waarnaar de Commissie en de BDBL hebben gegrepen.

7. Nu hebben de door de Rechtbank van Koophandel gestelde vragen evenwel totaal geen betrekking op de kwestie, of onder de omstandigheden van dit geval al dan niet terecht is gekozen voor de onderhandse procedure.

8. Het feit dat de 550 ton meel beschikbaar werden gesteld krachtens een uit 1980 daterend besluit van de Raad waarbij een zekere hoeveelheid graan werd toegekend aan het Internationale Rode Kruis, kan hoe dan ook geen grond zijn om te stellen, dat deze voedselhulpactie voor Soedan niet een spoe-

* Vertaald uit het Frans.

deisend karakter had. De Raad neemt namelijk regelmatig dergelijke verplichtingen op zich, bij wijze van voorzorg. Het is dan aan de begunstigde organisaties om naar gelang de behoefte een beroep te doen op deze belofte tot hulpverlening. In dit geval is op verzoek van het Rode Kruis in december 1981 besloten om voedselhulp aan Soedan te geven en werd de verschepingstermijn vastgesteld op februari daaraanvolgend. Er kan geen twijfel over bestaan, dat de zaak bijzonder dringend werd toen de actie begin mei nog steeds niet was uitgevoerd.

9. b) Wat het verschil betreft tussen enerzijds de titel en de tweede overweging van de considerans van verordening nr. 1058/82, waarin sprake is van een nieuwe inschrijvingsprocedure, en anderzijds de bijlage van de verordening, volgens welke de leveringskosten via de onderhandse procedure worden bepaald, moet ik opnieuw vaststellen, dat de Belgische rechter daarover geen vraag heeft gesteld. Dit is overigens ook volstrekt begrijpelijk, omdat in de overwegingen van de considerans heel duidelijk wordt gezegd, waarom deze nieuwe verordening nodig was (namelijk niet-uitvoering van de gegunde inschrijving) en in welk kader de actie zich afspeelt. De bijlage, die deel uitmaakt van het operationele gedeelte van de verordening, laat er geen enkele twijfel over bestaan dat een onderhandse procedure werd gestart.

10. c) Een andere vraag die tijdens de mondelinge behandeling uitgebreid ter sprake is gekomen, is of de Commissie met de nieuwe procedure niet te lang heeft gewacht.

11. Over deze kwestie is evenmin een vraag gesteld, maar toch zou ik volledigheidshalve willen opmerken dat artikel 21 van verordening nr. 1974/80 bepaalt:

„Wanneer bij dezelfde voedselhulpactie diverse onder verschillende Lid-Staten ressorterende interventiebureaus zijn betrokken, verstrekken deze laatste elkaar zo spoedig mogelijk alle inlichtingen die nodig zijn voor de uitvoering van hun respectieve taken en die nuttig zijn voor de goede afloop van de actie."

Artikel 22, lid 4, luidt:

„Het interventiebureau van het land van verscheping... neemt de nodige maatregelen om te controleren of de door de begunstigde overgenomen goederen het geografische grondgebied van de Gemeenschap via de aangewezen haven hebben verlaten."

De Commissie en de BDBL waren dus aangewezen op de informatie van het interventiebureau en van de uitgekozen inschrijver zelf. Uit een ongedateerd telexbericht van het Italiaanse interventiebureau aan de Commissie en aan de BDBL blijkt, dat de termijn voor de betrokken levering verlengd was tot 22 maart 1982. Er is evenwel in het dossier geen aanwijzing voor te vinden, dat de Commissie reeds lang voordat zij de nieuwe verordening vaststelde, zou hebben geweten dat de aannemingsovereenkomst niet werd uitgevoerd.

12. d) Soulès heeft ten slotte aangevoerd, dat de tarwemeelprijzen zich tussen januari en mei 1982 in dalende lijn bevonden en dat het dus onbillijk was om het verschil van 3 031 BFR tussen de bij de aanbesteding van 8 januari vastgestelde prijs (14 479 BFR per ton) en de in de onderhandse procedure op 10 mei 1982 overeengekomen prijs (17 510 BFR per ton) aan haar in rekening te brengen.

13. Uit het aan het Hof overgelegde dossier van het hoofdgeding blijkt evenwel, dat voor de Rechtbank van Koophandel namens Soulès is gesteld dat „zij in het ergste geval hoogstens aansprakelijk zou kunnen worden

gesteld voor een prijsverschil van 1 548 BFR per ton". Zij heeft dus erkend, dat de prijzen tussen januari en mei juist zijn gestegen.

14. In elk geval kan er in een procedure krachtens artikel 177 geen sprake van zijn, dat het Hof zich bezighoudt met feitelijke kwesties die in het hoofdgeding een rol spelen en waarover de nationale rechter terecht ook geen vraag heeft gesteld. Ik ben daarom van mening, dat ik niet behoef in te gaan op de prijslijsten die de Commissie na de mondelinge behandeling aan het Hof heeft gezonden.

15. Ik wil daarentegen nu overgaan tot het onderzoek van de vragen, die in het rapport ter terechtzitting staan vermeld. Aangezien deze vragen sterk zijn toegesneden op de omstandigheden van het geval, moeten wij er die elementen uithalen die voor de uitlegging van het gemeenschaprecht van belang zijn.

I — De eerste vraag

16. De Rechtbank van Koophandel te Brussel wenst in wezen te vernemen, of een nationaal interventiebureau in het geval van een procedure ex artikel 9 van verordening nr. 1974/80 slechts aan twee ondernemingen een offerte behoeft te vragen, in dit geval aan ondernemingen die eerder zonder succes hadden deelgenomen aan de openbare inschrijving voor dezelfde voedselhulpactie.

17. Nergens in basisverordening nr. 1974/80 of in verordening nr. 1058/82 houdende openstelling van de onderhandse procedure wordt bepaald, dat ondernemingen die reeds eerder zonder succes aan een openbare inschrijving voor dezelfde operatie hebben deelgenomen, zouden zijn uitgesloten.

18. In de tweede plaats stel ik vast, dat is voldaan aan de voorwaarde van artikel 9 van verordening nr. 1974/80, te weten dat de „offertes van verscheidene daartoe uitgenodigde inschrijvers" moeten worden vergeleken, want in het spraakgebruik betekent „verscheidene" „meer dan een". Zoals de Commissie terecht signaleert, gebruikt het Verdrag zelf deze uitdrukking in die zin in artikel 86, en het Hof heeft in zaak 4/54 eveneens gesproken over „een of meer ondernemingen" (arrest van 11 februari 1955, I. S. A./Hoge Autoriteit, Jurispr. Deel I, blz. 193).

19. Bovendien geloof ik, dat de handelwijze van de BDBL onder de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was. Allereerst had de BDBL in de eerdere inschrijvingsprocedure reeds de gelegenheid om de offertes te vergelijken van alle ondernemingen in de Gemeenschap, die belangstelling hadden voor de levering van 550 ton tarwemeel.

20. Vervolgens lijkt het mij, gegeven de binnen de voorgeschreven verschepingstermijn te leveren hoeveelheden, dat het aantal ondernemingen dat mogelijkerwijze belangstelling kon hebben voor de betrokken opdracht en bovendien in staat was tot uitvoering daarvan, in ieder geval klein moet zijn geweest. Bij de eerdergenoemde inschrijvingsprocedure hadden slechts drie ondernemingen een offerte ingediend.

21. Ten slotte moet ook niet worden vergeten, dat verordening nr. 1058/82 is gepubliceerd in het Publikatieblad van 6 mei 1982. Het was dus in de gehele Gemeenschap bekend, dat er een onderhandse procedure zou plaatsvinden. Andere ondernemingen hadden derhalve kunnen protesteren tegen het feit, dat de BDBL geen contact met hun had opgenomen. Er is echter niet gesteld, dat een andere onderneming belangstelling voor de opdracht zou hebben gehad.

22. Ik geef u dan ook in overweging om op de eerste vraag te antwoorden als volgt:

„Het interventiebureau dat is belast met het houden van een onderhandse procedure in het kader van artikel 9 van verordening nr. 1974/80, is gerechtigd om een offerte te vragen aan ondernemingen, die eerder zonder succes hebben deelgenomen aan een inschrijvingsprocedure met betrekking tot dezelfde operatie, ook wanneer het maar twee ondernemingen zijn."

II — De tweede vraag

23. Met zijn tweede vraag wenst de Belgische rechter te vernemen, of een offerte die door het interventiebureau is aanvaard nadat de verordening houdende openstelling van de inschrijving in werking is getreden, als geldig is te beschouwen, wanneer het verzoek om deze offerte en de indiening daarvan plaatsvonden vóór de inwerkingtreding van deze verordening en zelfs nog vóór de publikatie ervan in het Publikatieblad.

24. Met de Commissie wil ik er om te beginnen aan herinneren, dat artikel 9 van verordening nr. 1974/80 vanuit juridisch oogpunt duidelijk tussen twee fasen onderscheidt, namelijk

a) het vragen van offertes, en

b) de sluiting van het contract.

25. Aan elk van beide fasen is een voorwaarde verbonden. Er moet aan verscheidene ondernemingen offerte worden gevraagd, en het contract moet worden gesloten op de voordeligste voorwaarden.

26. Voor het overige wordt in artikel 9 een grote vrijheid aan het interventiebureau gegeven.

27. In afwijking van de openbare inschrijvingsprocedure, waarbij tussen het bericht van inschrijving en het verstrijken van de termijn voor de indiening van offertes ten minste tien dagen moeten liggen (artikel 3 van verordening nr. 1974/80), is dus het moment waarop het bevoegde nationale orgaan het contract kan sluiten, aan geen enkele regel gebonden: het zou dit eventueel zelfs kunnen doen op de dag waarop de verordening in werking treedt. In dit geval is het contract gesloten drie dagen na de inwerkingtreding.

28. In de verordening is niet geregeld, op welk moment offerte moet worden gevraagd. Men zou dus kunnen zeggen, dat pas op het moment waarop vraag en aanbod op elkaar aansluiten en de overeenkomst dus perfect is, moet worden beoordeeld of aan de in artikel 9 gestelde voorwaarden is voldaan.

29. In deze zaak zou het zeker de voorkeur hebben verdiend, wanneer er met het vragen van offertes was gewacht tot de verordening in werking was getreden, maar naar mijn mening kan in omstandigheden als de onderhavige niet worden gesteld, dat door de onderhavige handelwijze de geldigheid van het contract is aangetast.

30. Ik heb er reeds aan herinnerd, dat de onderhandse procedure werd voorafgegaan door een openbare inschrijvingsprocedure voor dezelfde levering van meel als voedsel-

hulp. Eigenlijk zijn de ondernemingen dus twee maal in de gelegenheid gesteld om een offerte in te dienen.

31. Bovendien moet in aanmerking worden genomen, dat er spoed geboden was als gevolg van de bijzondere omstandigheid dat het gegunde contract door de uitgekozen inschrijver niet werd uitgevoerd, waardoor vertraging ontstond bij de levering van het meel. Het is deze vertraging die er, terecht, toe heeft geleid dat tot een onderhandse procedure werd besloten, en die naar mijn mening ook rechtvaardigt dat reeds vóór de vaststelling van de verordening offerte werd gevraagd. In dit verband moet ook rekening worden gehouden met het feit, dat de verschepingstermijn was vastgesteld voor de periode tussen 15 en 31 mei 1982, en dus minder dan een week na de inwerkingtreding van de verordening nr. 1058/82 inging.

32. Ten slotte blijkt nergens uit het dossier, dat er schade is ontstaan doordat het verzoek om offertes en de indiening daarvan nog vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 1058/82 hebben plaatsgevonden. Het vragen en in ontvangst nemen van offertes bracht voor de BDBL geen enkele verplichting mee. Deze instantie zou in voorkomend geval nog steeds de vrijheid hebben gehad om aan andere ondernemingen een offerte te vragen.

33. Om al deze redenen geef ik het Hof in overweging om op de tweede vraag te antwoorden als volgt:

„Onder omstandigheden als die van het hoofdgeding mag een interventiebureau dat is belast met het houden van een onderhandse procedure, om offertes vragen nog vóór de inwerkingtreding van de verordening waarbij deze procedure voor een bepaalde opdracht wordt opengesteld, zolang de contractsluiting na de inwerkingtreding van die verordening is gelegen."