URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

16. Oktober 2003 *

In der Rechtssache C-252/01

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch H. van Lier als Bevollmächtigten im Beistand von J. Stuyck, advocaat, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Königreich Belgien, vertreten durch A. Snoecx als Bevollmächtigte im Beistand von K. Ronse, advocaat, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagter,

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

wegen Feststellung, dass das Königreich Belgien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1), insbesondere aus den Artikeln 11 Absatz 3 und 15 Absatz 2 dieser Richtlinie, verstoßen hat, dass es

— entgegen den Bestimmungen dieser Richtlinie die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags betreffend die Küstenbeobachtung mittels Luftfotografie nicht im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekannt gemacht hat und

— sich ungerechtfertigterweise des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung bedient hat,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J.-P. Puissochet sowie der Richter R. Schintgen und V. Skouris, der Richterin N. Colneric und des Richters J. N. Cunha Rodrigues (Berichterstatter),

Generalanwalt: S. Alber,
Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der Parteien in der Sitzung vom 30. Januar 2003,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 3. April 2003

folgendes

Urteil

1 Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat mit Klageschrift, die am 29. Juni 2001 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, gemäß Artikel 226 EG Klage erhoben auf Feststellung, dass das Königreich Belgien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1), insbesondere aus den Artikeln 11 Absatz 3 und 15 Absatz 2 dieser Richtlinie, verstoßen hat, dass es

— entgegen den Bestimmungen dieser Richtlinie die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags betreffend die Küstenbeobachtung mittels Luftfotografie nicht im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* bekannt gemacht hat und

— sich ungerechtfertigterweise des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung bedient hat.

Rechtlicher Rahmen

2 Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 lautet:

„Diese Richtlinie findet keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, die gemäß den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach diesen Vorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert, oder wenn der Schutz wesentlicher Interessen der Sicherheit dieses Staates es gebietet."

3 Artikel 8 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben."

4 Artikel 9 der Richtlinie 92/50 sieht vor:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IB sind, werden gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben."

5 In Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 92/50 heißt es:

„Die Auftraggeber können in folgenden Fällen Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben:

...

b) wenn die Dienstleistungen aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Dienstleistungserbringer ausgeführt werden können;

...“

6 Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 lautet:

„Die Auftraggeber, die einen Dienstleistungsauftrag im Wege eines offenen, eines nicht offenen oder — in den in Artikel 11 genannten Fällen — eines Verhandlungsverfahrens vergeben wollen, teilen ihre Absicht durch Bekanntmachung mit.“

7 Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

„Müssen Bewerber um einen öffentlichen Auftrag oder Bieter eine bestimmte Berechtigung besitzen oder im Ursprungsmitgliedstaat Mitglieder einer bestimmten Organisation sein, um die betreffende Dienstleistung erbringen zu können, so kann der Auftraggeber den Nachweis ihrer Berechtigung oder Mitgliedschaft verlangen."

8 Anhang I A Kategorie 12 der Richtlinie 92/50 betrifft:

Kategorie	Titel	CPC-Referenz-Nr.
12	Architektur, technische Beratung und Planung; integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung; technische Versuche und Analysen	867

9 Anhang I B Kategorie 27 der Richtlinie 92/50 betrifft:

Kategorie	Titel	CPC-Referenz-Nr.
27	Sonstige Dienstleistungen	

Sachverhalt und Vorverfahren

10 Am 7. April 1988 schrieb die belgische Wasserstraßenverwaltung einen nicht offenen Auftrag zur luftfotografischen Beobachtung der belgischen Küste aus.

11 Der Auftrag wurde dem belgischen Unternehmen Eurosense Belfotop NV (nachfolgend: Eurosense Belfotop) erteilt, das sowohl aus technischer als auch aus finanzieller Sicht am besten beurteilt worden war.

12 Im Hinblick auf die Regionalisierung des belgischen Staates entschied der damalige Ministerialausschuss für wirtschaftliche und soziale Industrialisierung, den Auftrag nur für ein Jahr zu vergeben.

13 Am 29. Juli 1989 beschloss die flämische Regierung, den Vertrag auf der Grundlage der Ausschreibung von 1988 um sechs Jahre zu verlängern.

14 Dieser Vertrag bezog sich im Wesentlichen auf die regelmäßige Beobachtung des Dünengürtels sowie der trockenen und überfluteten Strände der belgischen Küste mittels Luftfernerkundung einschließlich der Verarbeitung der gesammelten Daten.

15 Ab 1992 prüften die flämischen Behörden die Möglichkeit einer Anpassung des Vertrages durch einen Nachtrag.

16 Nach einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung unterzeichnete der Minister für öffentliche Aufträge mit Eurosense Belfotop am 13. April 1995 einen Nachtrag zum Vertrag über einen Wert von 534 000 000 BEF (ohne Mehrwertsteuer) und mit einer Laufzeit von neun Jahren.

17 Am 27. Dezember 1995 richtete die Kommission ein Mahnschreiben an das Königreich Belgien, in dem sie geltend machte, dass der mit dem Nachtrag vom 13. April 1995 vergebene Auftrag (nachfolgend: fraglicher Auftrag) in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 falle und dass gemäß Artikel 15 Absätze 1 und 2 der Richtlinie eine nicht verbindliche Bekanntmachung und eine Vergabebekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* hätten veröffentlicht werden müssen. Die unterbliebene Bekanntmachung des Auftrags stelle einen Verstoß gegen Artikel 15 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 92/50 dar. Außerdem sei die freihändige Vergabe nicht nach Artikel 11 Absatz 3 dieser Richtlinie gerechtfertigt, der die Voraussetzungen bestimme, unter denen die Auftraggeber ihre Aufträge in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben könnten, da keine der in diesem Absatz vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sei.

18 In ihrer Antwort vom 2. Februar 1996 wies die belgische Regierung die im Mahnschreiben vom 27. Dezember 1995 formulierten Beanstandungen zurück.

19 Zunächst sei die Richtlinie 92/50 auf den fraglichen Auftrag aufgrund ihres Artikels 4 Absatz 2 nicht anwendbar. Sodann sei die freihändige Vergabe jedenfalls nach Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b dieser Richtlinie gerechtfertigt. Folgende Kriterien rechtfertigten die freihändige Vergabe: a) Das Unternehmen müsse über eine militärische Sicherheitsbescheinigung verfügen, b) es müsse über eine Genehmigung der Luftfahrtverwaltung zur Vornahme jedweder Arbeiten in der Luft verfügen, c) es müsse über das notwendige Know-how sowie die erforderliche Technologie und Ausrüstung verfügen, d) innerhalb ein und desselben Unternehmens müssten sämtliche Voraussetzungen in Bezug auf das notwendige Know-how sowie die erforderliche Technologie und Ausrüstung vorliegen, und e) das Unternehmen müsse eine hinreichende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzen, um jährlich Dienstleistungen in einem Wert von etwa 80 000 000 BEF erbringen zu können. Schließlich rechtfertigten noch weitere Gesichtspunkte den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren, nämlich das Bestehen von Ausschließlichkeitsrechten (Urheberrechten), die Verfügbarkeit von Flugzeugen an der belgischen Küste innerhalb zweier Flugstunden und das Beherrschen der niederländischen Sprache.

20 Da die Kommission ihre Einwände durch diese Antwort nicht ausgeräumt sah, richtete sie am 10. März 1999 gemäß Artikel 226 EG eine mit Gründen versehene Stellungnahme an das Königreich Belgien, in der sie ihre Beanstandungen wiederholte und die Auffassung äußerte, dass das Königreich Belgien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50, insbesondere aus deren Artikeln 11 Absatz 3 und 15 Absätze 1 und 2, verstoßen habe, dass es

— die nicht verbindliche Bekanntmachung und die Vergabebekanntmachung, die nach der Richtlinie 92/50 vorgeschrieben seien, nicht im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht habe und

— den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung nicht gerechtfertigt habe.

21 Die Kommission forderte das Königreich Belgien auf, innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser mit Gründen versehenen Stellungnahme die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um der Stellungnahme nachzukommen.

22 Die belgische Regierung beantwortete die mit Gründen versehene Stellungnahme mit Schreiben vom 1. Juni 1999. Sie machte insbesondere geltend, der fragliche Auftrag bestehe im Wesentlichen aus Dienstleistungen der Luftfotografie, die nicht unter Kategorie 12 des Anhangs I A der Richtlinie 92/50, sondern unter Kategorie 27 („Sonstige Dienstleistungen") des Anhangs I B dieser Richtlinie fielen. Im Übrigen verwies die belgische Regierung auf ihre Antwort auf das Mahnschreiben.

23 Da der Kommission diese Antwort nicht genügte, hat sie die vorliegende Klage erhoben.

Zur Begründetheit

Vorbringen der Parteien

24 Die Kommission macht mit ihrer Klage im Wesentlichen geltend, die Vergabe des fraglichen Auftrags im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung verstoße gegen die Richtlinie 92/50.

25 Die belgische Regierung bringt drei Verteidigungsmittel vor. Erstens gelte die Richtlinie 92/50 für den fraglichen Auftrag nicht, weil seine Ausführung besondere Sicherheitsmaßnahmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie erfordere. Zweitens fielen die Dienstleistungen, die Gegenstand des Auftrags seien, unter Anhang I B der Richtlinie 92/50, so dass die Bestimmungen der Richtlinie, die den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren beschränkten und eine Vergabebekanntmachung vorschrieben, für den fraglichen Auftrag nicht gälten. Drittens sei der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren nach Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie insbesondere aus technischen Gründen und zum Schutz von Ausschließlichkeitsrechten gerechtfertigt.

26 Im Rahmen ihres ersten Verteidigungsmittels weist die belgische Regierung darauf hin, dass als eines von fünf Kriterien für den Zuschlag des fraglichen Auftrags der Besitz einer militärischen Sicherheitsbescheinigung gefordert worden sei.

Unternehmen, die bei der Ausführung öffentlicher Aufträge Zugang zu Daten, Orten oder Ausrüstungsgegenständen erhielten, die von den nationalen Behörden oder von der NATO als geheimhaltungsbedürftig klassifiziert worden seien, könnten eine militärische Sicherheitsbescheinigung nach einer Sicherheitsprüfung erhalten. Unternehmen, die nicht über eine solche Bescheinigung verfügten, müssten ihre Aufnahmen vor jeder Datenverarbeitung dem Service des renseignements généraux (Allgemeiner Nachrichtendienst) übermitteln, der prüfe, ob auf ihnen geheimhaltungsbedürftige Objekte zu sehen seien, und diese gegebenenfalls unkenntlich mache. Unternehmen, die eine solche Bescheinigung besäßen, erhielten eine Liste der geheimhaltungsbedürftigen Objekte, die es ihnen erlaube, ihre Aufnahmen direkt zu bearbeiten und diese Objekte bei späteren Veröffentlichungen oder Anzeigen selbst unkenntlich zu machen. Der Zweck dieser Regelung liege auf der Hand: Die geheimhaltungsbedürftigen Objekte seien von großer strategischer Bedeutung. Die Verbreitung geografischer Informationen über diese Objekte berge die ernsthafte Gefahr von Terrorismus, Sabotageakten oder Spionage. Die militärische Sicherheitsbescheinigung sei also eine besondere Sicherheitsmaßnahme im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 92/50, die somit für den fraglichen Auftrag nicht gelte.

27 Die Kommission macht geltend, die eng auszulegende Ausnahme des Artikels 4 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 finde auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Nach belgischem Recht müssten Unternehmen, die nicht über eine militärische Sicherheitsbescheinigung verfügten, ihre Aufnahmen vor jeder Datenverarbeitung den belgischen Sicherheitsbehörden übermitteln, die prüften, ob auf den Aufnahmen geheimhaltungsbedürftige Objekte zu sehen seien, und diese gegebenenfalls unkenntlich machten. Die Erteilung einer militärischen Sicherheitsbescheinigung mache diese Maßnahmen für das Unternehmen, das die Bescheinigung besitze, gerade entbehrlich. Denn bei einem solchen Unternehmen sei die Überprüfung seiner Aufnahmen durch die Sicherheitsbehörden nicht erforderlich, weil es damit befugt sei, mit unzensierten Luftaufnahmen zu arbeiten.

28 Nach Ansicht der Kommission stellt somit die für den fraglichen Auftrag vorausgesetzte militärische Sicherheitsbescheinigung des Vertragsunternehmens kei-

ne besondere Sicherheitsmaßnahme im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 92/50, sondern eine von den Bietern geforderte bestimmte Berechtigung im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 der Richtlinie dar. Die letztgenannte Bestimmung schließe die Anwendung der Richtlinie 92/50 nicht aus, sondern gestatte es dem Auftraggeber nur, ein zusätzliches Erfordernis aufzustellen. Dass für den fraglichen Auftrag eine militärische Sicherheitsbescheinigung erforderlich sei, führe also nicht zur Unanwendbarkeit der Richtlinie.

Würdigung durch den Gerichtshof

29 Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 sieht u. a. vor, dass diese Richtlinie keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge findet, deren Ausführung nach den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert.

30 Das Königreich Belgien ist unstreitig für die Gewährleistung der Sicherheit nicht nur seiner nationalen Einrichtungen, sondern auch der in seinem Hoheitsgebiet belegenen Einrichtungen internationaler Organisationen wie der NATO verantwortlich. Es ist somit Sache der belgischen Behörden, die Sicherheitsmaßnahmen zu bestimmen, die zum Schutz solcher Einrichtungen erforderlich sind.

31 Wie die belgische Regierung von der Kommission unwidersprochen vor dem Gerichtshof vorgebracht hat, muss jede Luftaufnahme in Belgien den belgischen Sicherheitsbehörden zur Überprüfung und etwaigen Unkenntlichmachung vorgelegt werden, es sei denn, das betreffende Unternehmen besitzt eine militärische Sicherheitsbescheinigung; in diesem Fall muss das Unternehmen die Bilder von als geheim klassifizierten Stätten selbst unkenntlich machen, bevor es die Aufnahmen verbreitet.

32 Nach dem von der Kommission nicht bestrittenen Vortrag der belgischen Regierung wird das Verfahren zur Erteilung der militärischen Sicherheitsbescheinigung streng angewandt und impliziert eine umfassende Überprüfung des betreffenden Unternehmens. Jedes Belegschaftsmitglied, das Zugang zu den Aufnahmen hat, sowie die Aktionäre und der Geschäftsführer des Unternehmens werden eingehend auf ihre Vergangenheit, ihr Umfeld, ihre Auslandsreisen und ihre Mitgliedschaften in Organisationen hin überprüft.

33 Außerdem muss das betreffende Unternehmen nach den unbestrittenen Ausführungen der belgischen Regierung, um den Schutz der in seinem Besitz befindlichen geheimhaltungsbedürftigen Informationen sicherzustellen, Sicherheitsanforderungen erfüllen, die der Vertraulichkeitsstufe der aufbewahrten Informationen entsprechen. Für den Zugang zum gespeicherten Material sind besondere Verfahren vorgeschrieben, und die Anlagen zur Archivierung und Verwendung der unzensierten Aufnahmen müssen bestimmte Sicherheitsanforderungen erfüllen, wie z. B. die Aufbewahrung der Aufnahmen und der damit zusammenhängenden Dokumente in einem gepanzerten Gebäude mit metallener Eingangstür und einer doppelten Alarmanlage, die durchgehend mit einem Wachdienst verbunden ist.

34 Die Erteilung einer militärischen Sicherheitsbescheinigung ist also keine bloße Verwaltungsförmlichkeit, sondern setzt die Erfüllung bestimmter betrieblicher Voraussetzungen durch das Unternehmen, dem die Bescheinigung erteilt wird, voraus. Außerdem impliziert die Erteilung, dass das Unternehmen auch künftig die Einhaltung der Sicherheitsanforderungen bei seinen Tätigkeiten garantiert.

35 Die Erteilung einer militärischen Sicherheitsbescheinigung stellt das Unternehmen, dem die Bescheinigung erteilt wird, nicht davon frei, alle sonstigen Sicherheitsmaßnahmen zu treffen. Allein die regelmäßige Einschaltung der nationalen

Sicherheitsbehörden entfällt, und das Unternehmen, das die Bescheinigung erhalten hat, muss weiterhin den Sicherheitsanforderungen nachkommen, insbesondere der Verpflichtung, die geheimhaltungsbedürftigen Objekte vor einer etwaigen Verbreitung seiner Aufnahmen selbst unkenntlich zu machen.

36 Insgesamt ergibt sich aus den belgischen Vorschriften, wie sie dem Gerichtshof unterbreitet worden sind, dass die Ausführung der Dienstleistungen, die Gegenstand des fraglichen Auftrags sind, besondere Sicherheitsmaßnahmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 erfordert, zu denen die Erteilung einer militärischen Sicherheitsbescheinigung an das die Dienstleistungen erbringende Unternehmen gehört.

37 Folglich ist die Richtlinie 92/50 nach der letztgenannten Vorschrift auf die Dienstleistungen, die Gegenstand des fraglichen Auftrags sind, nicht anwendbar.

38 Die Klage ist daher abzuweisen, ohne dass auf das zweite und das dritte Verteidigungsmittel der belgischen Regierung eingegangen werden müsste.

Kosten

39 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die belgische Regierung keinen Kostenantrag gestellt hat, trägt jede Partei ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.**

Puissochet Schintgen Skouris

Colneric Cunha Rodrigues

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 16. Oktober 2003.

Der Kanzler Der Präsident

R. Grass V. Skouris