DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

16. oktober 2003 *

I sag C-252/01,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved H. van Lier, som befuldmægtiget, bistået af avocat J. Stuyck, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kongeriget Belgien ved A. Snoecx, som befuldmægtiget, bistået af avocat K. Ronse, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: nederlandsk.

angående en påstand om, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), og herunder navnlig direktivets artikel 11, stk. 3, og artikel 15, stk. 2, idet

— det har undladt at offentliggøre en meddelelse om bekendtgørelse af udbud af tjenesteydelser vedrørende overvågning af kysten ved hjælp af luftfotografier, således som det er foreskrevet i direktivet, og

— det uden begrundelse anvendte udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-P. Puissochet, og dommerne R. Schintgen, V. Skouris, N. Colneric, og J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer),

generaladvokat: S. Alber
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 30. januar 2003,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 3. april 2003,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 29. juni 2001 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af artikel 226 EF anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), og herunder navnlig direktivets artikel 11, stk. 3, og artikel 15, stk. 2, idet det har undladt at offentliggøre en meddelelse om bekendtgørelse af udbud af tjenesteydelser vedrørende overvågning af kysten ved hjælp af

luftfotografier, således som det er foreskrevet i direktivet, og det uden begrundelse anvendte udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Retsforskrifter

2 I artikel 4, stk. 2, i direktiv 92/50 bestemmes:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelser, der er erklæret hemmelige, eller hvis udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger i overensstemmelse med gældende love og administrative bestemmelser i den pågældende medlemsstat, eller når beskyttelsen af vitale nationale sikkerhedsinteresser i denne stat kræver det.«

3 I artikel 8 i direktiv 92/50 hedder det:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.«

4 I artikel 9 i direktiv 92/50 fastsættes:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

5 I artikel 11, stk. 3, i direktiv 92/50 bestemmes:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

[...]

b) når der er tale om tjenesteydelser, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt tjenesteyder

[...]«

6 I artikel 15, stk. 2, i direktiv 92/50 hedder det:

»Ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå en offentlig tjenesteydelsesaftale ved offentligt eller begrænset udbud eller, på de betingelser, der er anført i artikel 11, ved udbud efter forhandling, tilkendegiver deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.«

7 I artikel 30, stk. 1, i direktiv 92/50 fastsættes:

»Hvis ansøgere eller bydende skal have en bestemt autorisation eller være medlem af en bestemt organisation for i deres hjemland at kunne udføre den pågældende tjenesteydelse, kan den ordregivende myndighed kræve bevis for denne autorisation eller dette medlemskab.«

8 Kategori 12 i bilag I A til direktiv 92/50 omfatter:

Kategori	Beskrivelse	CPC-referencenummer
12	Arkitekturvirksomhed, rådgivende ingeniørvirksomhed og integreret ingeniørvirksomhed, byplanlægning og landskabsarkitektur, hermed beslægtet teknisk-videnskabelig konsulentvirksomhed, teknisk afprøvning og analyse	867

9 Kategori 27 i bilag I B til direktiv 92/50 omfatter:

Kategori	Beskrivelse	CPC-referencenummer
27	Andre tjenesteydelser	—

Faktiske omstændigheder og den administrative procedure

10 Den 7. april 1988 offentliggjorde den belgiske myndighed med ansvar for vandvejene et begrænset udbud vedrørende overvågning af den belgiske kyst ved hjælp af teledetektion fra luften.

11 Kontrakten blev tildelt den belgiske virksomhed Eurosense Belfotop NV (herefter »Eurosense Belfotop«), der var bedst placeret såvel teknisk som økonomisk.

12 Henset til decentraliseringen af den belgiske stat besluttede det daværende ministerielle Udvalg for Økonomisk og Social Industrialisering at indgå kontrakten for ét år.

13 Den 29. juli 1989 besluttede den flamske regering på grundlag af udbuddet i 1988 at forlænge kontrakten for en periode på seks år.

14 Kontrakten vedrørte hovedsagelig regelmæssig overvågning ved hjælp af teledetektion fra luften af den belgiske kysts klitrækker, forstrande og strande, og herunder behandling af de indsamlede data.

15 De flamske myndigheder har siden 1992 undersøgt muligheden for at tilpasse kontrakten ved hjælp af et tillæg.

16 Efter et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse underskrev den flamske minister for offentlige arbejder den 13. april 1995 et tillæg til kontrakten med Eurosense Belfotop til en værdi af 534 000 000 BEF (eksklusiv moms) for en periode på ni år.

17 Den 27. december 1995 tilstillede Kommissionen Kongeriget Belgien en åbningsskrivelse, idet den gjorde gældende, at den kontrakt, der var indgået ved tillægget af 13. april 1995 (herefter »den omhandlede kontrakt«), var omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50, og at der således i medfør af artikel 15, stk. 1 og 2, burde have været offentliggjort en vejledende bekendtgørelse og en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Den omstændighed, at der ikke er blevet offentliggjort nogen bekendtgørelse vedrørende denne kontrakt, er en tilsidesættelse af artikel 15, stk. 1 og 2, i direktiv 92/50. I øvrigt kan tildeling underhånden ikke begrundes i direktivets artikel 11, stk. 3, hvori betingelserne for de ordregivende myndigheders tildeling af kontrakter efter et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er opstillet, idet ingen af betingelserne i det pågældende stykke er opfyldt.

18 I svaret af 2. februar 1996 afviste den belgiske regering de klagepunkter, der var anført i åbningsskrivelsen af 27. december 1995.

19 For det første hævdedes det, at direktiv 92/50 i medfør af direktivets artikel 4, stk. 2, ikke kunne finde anvendelse på den omhandlede kontrakt. Dernæst fandt man under alle omstændigheder tildeling underhånden lovlig i henhold til direktivets artikel 11, stk. 3, litra b). De kriterier, der i sagen var gjort gældende til støtte for, at tildelingen underhånden var lovlig, var følgende: a) råde over et militært sikkerhedscertifikat, b) have autorisation fra luftfartsvæsenet til at foretage enhver form for arbejde i luften, c) have fornødent knowhow, teknologi og udstyr, d) inden for samme virksomhed opfylde alle betingelserne om fornødent knowhow, teknologi og udstyr, og e) råde over tilstrækkelige økonomiske midler til årligt at levere tjenesteydelser svarende til en værdi af 80 000 000 BEF. Der anførtes yderligere forhold til begrundelse for tildelingen underhånden, nemlig enerettigheder (ophavsrettigheder), rådighed over fly inden for to timers flyvning fra den belgiske kyst og kendskab til det nederlandske sprog.

20 Da svaret ikke gjorde det muligt for Kommissionen at frafalde sine indsigelser, fremsatte den i medfør af artikel 226 EF den 10. marts 1999 en begrundet udtalelse over for Kongeriget Belgien, hvori den gentog sine indsigelser og udtalte, at:

Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 92/50/EØF, og herunder navnlig direktivets artikel 11, stk. 3, og artikel 15, stk. 2,

— idet det har undladt at offentliggøre den vejledende bekendtgørelse og udbudsbekendtgørelsen, som fastsat ved direktiv 92/50, og

— idet det ikke har begrundet anvendelsen af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

21 Kommissionen opfordrede derfor Kongeriget Belgien til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse inden for en frist på to måneder fra udtalelsens meddelelse.

22 Den belgiske regering besvarede den begrundede udtalelse ved skrivelse af 1. juni 1999. Den gjorde bl.a. gældende, at den vigtigste del af kontrakten består af levering af luftfotografier, der ikke er omfattet af kategori 12 i bilag I A til direktiv 92/50, men af kategori 27 (»Andre tjenesteydelser«) i direktivets bilag I B, og henviste i øvrigt til sit svar på åbningsskrivelsen.

23 Da Kommissionen ikke fandt svaret tilfredsstillende, har den anlagt nærværende sag.

Realiteten

Parternes anbringender og argumenter

24 Kommissionen har til støtte for påstanden i det væsentlige gjort gældende, at tildelingen af den omhandlede kontrakt ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er en tilsidesættelse af bestemmelserne i direktiv 92/50.

25 Den belgiske regering har anført tre anbringender til sit forsvar. For det første er direktiv 92/50 ikke anvendelig på den omhandlede kontrakt, idet dens udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger som omhandlet i direktivets artikel 4, stk. 2. For det andet er de tjenesteydelser, der er omhandlet i kontrakten, omfattet af bilag I B til direktiv 92/50, og den omhandlede kontrakt er derfor ikke undergivet direktivets bestemmelser, der begrænser anvendelsen af udbud efter forhandling, og som kræver, at der offentliggøres en udbudsbekendtgørelse. For det tredje er anvendelsen af udbud efter forhandling af tekniske grunde og af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, berettiget i henhold til direktivets artikel 11, stk. 3.

26 Som led i det første anbringende har den belgiske regering gjort opmærksom på, at et af de fem kriterier, der er opstillet for at kunne få tildelt den omhandlede kontrakt, var kravet om et militært sikkerhedscertifikat. Virksomheder, der ved

udførelsen af offentlige kontrakter får adgang til oplysninger, steder eller til udstyr, der af de nationale myndigheder eller af NATO er stemplet fortrolige, kan efter en sikkerhedskontrol meddeles et militært sikkerhedscertifikat. Virksomheder, der ikke råder over et militært sikkerhedscertifikat, skal inden enhver behandling af oplysninger fremsende deres optagelser til »service des renseignement généraux« (SRG) (Efterretningstjenesten), der undersøger, om de indeholder fortrolige objekter, og i givet fald censurerer. Virksomheder med et sådant certifikat modtager en liste over fortrolige objekter, som gør det muligt for dem at arbejde direkte med deres optagelser og selv at censurere de fortrolige objekter ved offentliggørelsen eller ved senere meddelelser. Formålet med denne forholdsregel er klar: De fortrolige forhold har stor strategisk betydning. Udbredes geografiske oplysninger om de omhandlede objekter, indebærer dette en alvorlig risiko for terrorisme, sabotage eller spionage. Det militære sikkerhedscertifikat er således en særlig sikkerhedsforanstaltning som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 92/50, som derfor ikke finder anvendelse på den omhandlede kontrakt.

27 Kommissionen har gjort gældende, at den i artikel 4, stk. 2, i direktiv 92/50 fastsatte undtagelse, der skal fortolkes indskrænkende, ikke finder anvendelse i denne sag. Ifølge de belgiske bestemmelser skal virksomheder, der ikke råder over et militært sikkerhedscertifikat, før enhver form for behandling af oplysninger fremsende deres optagelser til de belgiske sikkerhedsmyndigheder, der efterprøver, om disse optagelser indeholder fortrolige objekter og i givet fald censurerer dem. Erhverves et militært sikkerhedscertifikat, kan den pågældende virksomhed undgå disse foranstaltninger. For en virksomhed, der råder over et sådant certifikat, er sikkerhedsmyndighedernes efterprøvelse af virksomhedens optagelser ikke nødvendig, idet virksomheden således har tilladelse til at arbejde med ucensurerede luftfotografier.

28 Heraf følger efter Kommissionens opfattelse, at betingelsen i den omhandlede kontrakt, hvorefter den kontraherende virksomhed skal råde over et militært

sikkerhedscertifikat, ikke udgør en særlig sikkerhedsforanstaltning som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 92/50, men er en bestemt autorisation, som omhandlet i direktivets artikel 30, stk. 1, som det kræves, at de bydende har. Sidstnævnte bestemmelse udelukker ikke, at direktiv 92/50 finder anvendelse, men tillader blot den ordregivende myndighed at opstille et yderligere krav. Kravet om et militært sikkerhedscertifikat i den her omhandlede kontrakt medfører således ikke, at den nævnte direktiv ikke finder anvendelse.

Domstolens bemærkninger

29 I artikel 4, stk. 2, i direktiv 92/50 fastsættes bl.a., at direktivet ikke finder anvendelse på tjenesteydelser, hvis udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger i overensstemmelse med gældende love og administrative bestemmelser i den pågældende medlemsstat.

30 Det er ubestrideligt, at Kongeriget Belgien har ansvaret for at beskytte ikke kun sine nationale anlæg, men også anlæg, som internationale organisationer, f.eks. NATO, har opstillet på belgisk område. Det tilkommer således de belgiske myndigheder at fastsætte de nødvendige sikkerhedsforanstaltninger til beskyttelse af sådanne anlæg.

31 Den belgiske regering har — hvilket Kommissionen ikke har bestridt — for Domstolen bekræftet, at enhver optagelse fra luften i Belgien skal indleveres til de belgiske sikkerhedsmyndigheder med henblik på kontrol og eventuel censur, medmindre virksomheden råder over et militært sikkerhedscertifikat, i hvilket tilfælde det påhviler virksomheden selv at censurere billeder af steder, der er erklæret hemmelige, inden virksomheden distribuerer sine optagelser.

32 Den belgiske regering har desuden anført, hvilket Kommissionen heller ikke har bestridt, at proceduren for at erhverve det militære sikkerhedscertifikat anvendes til punkt og prikke og indebærer en fuldstændig kontrol af den pågældende virksomhed. Hvert medlem af det personale, der har adgang til optagelserne, samt virksomhedens aktionærer og direktør bliver nøje kontrolleret med hensyn til deres fortid, omgangskreds, rejser til udlandet og deres organisatoriske tilhørsforhold.

33 I øvrigt — stadig i henhold til de ubestridte udtalelser fra den belgiske regering — skal den pågældende virksomhed, for at sikre beskyttelsen af de fortrolige oplysninger, som den sidder inde med, opfylde de sikkerhedsbetingelser, der er tilpasset efter, hvor fortrolige dens oplysninger er. Der gælder særlige procedurer for adgangen til det indhentede materiale, og udstyret til lagring og anvendelse af de ucensurerede optagelser skal opfylde bestemte sikkerhedsbetingelser, såsom at optagelserne skal opbevares i en pansret bygning med en hoveddør af metal og et dobbelt alarmsystem, der hele tiden er forbundet med et sikkerhedsselskab.

34 Erhvervelsen af et militært sikkerhedscertifikat er således ikke blot en simpel administrativ formalitet, men kræver, at visse organisatoriske betingelser er opfyldt i den godkendte virksomhed. I øvrigt indebærer det, at den godkendte virksomhed fortsat skal sikre overholdelse af sikkerhedskravene i sine fremtidige aktiviteter.

35 Erhvervelsen af et militært sikkerhedscertifikat fritager ikke den godkendte virksomhed fra at træffe andre sikkerhedsforanstaltninger. Det bliver kun tale om bortfald af den automatiske kontrol fra de nationale sikkerhedsmyndigheders

side, idet den godkendte virksomhed stadig er forpligtet til at overholde sikkerhedskravene, herunder forpligtelsen til selv at censurere de fortrolige objekter, inden dens optagelser eventuelt distribueres.

36 Henset til alle de belgiske bestemmelser, således som de er forelagt Domstolen, kan det konkluderes, at udførelsen af de tjenesteydelser, der er omfattet af den omhandlede kontrakt, skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger som omhandlet i artikel 4, stk. 2, i direktiv 92/50, hvilke er foranstaltninger, der er et led i den tjenesteydende virksomheds erhvervelse af et militært sikkerhedscertificat.

37 Det følger heraf, at direktiv 92/50 i medfør af denne bestemmelse ikke finder anvendelse på de tjenesteydelser, der er genstand for den omhandlede kontrakt.

38 Kongeriget Belgien skal derfor frifindes, hvorved det er ufornødent at tage stilling til det andet og tredje anbringende, som den belgiske stat har anført til sit forsvar.

Sagens omkostninger

39 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da den belgiske regering ikke har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, pålægges det hver part at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

1) **Kongeriget Belgien frifindes.**

2) **Hver part bærer sine egne omkostninger.**

Puissochet Schintgen Skouris

Colneric Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 16. oktober 2003.

R. Grass V. Skouris

Justitssekretær Præsident