ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
16 oktober 2003 *

In zaak C-252/01,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door H. van Lier als gemachtigde, bijgestaan door J. Stuyck, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk België, vertegenwoordigd door A. Snoecx als gemachtigde, bijgestaan door K. Ronse, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerder,

* Procestaal: Nederlands.

betreffende een verzoek om vast te stellen dat het Koninkrijk België,

— door na te laten voor een opdracht voor de uitvoering van diensten voor kustwaarneming middels luchtfotografie een bekendmaking te plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, zoals voorgeschreven door richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), en

— door de onderhavige opdracht zonder rechtvaardiging te plaatsen middels toepassing van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking,

de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens genoemde richtlijn, meer in het bijzonder krachtens artikel 11, lid 3, en artikel 15, lid 2, van deze richtlijn,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: J.-P. Puissochet, kamerpresident, R. Schintgen, V. Skouris, N. Colneric, en J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: S. Alber,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 30 januari 2003,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 april 2003,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 29 juni 2001, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 226 EG beroep ingesteld, strekkende tot vaststelling dat het Koninkrijk België,

— door na te laten voor een opdracht voor de uitvoering van diensten voor kustwaarneming middels luchtfotografie een bekendmaking te plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, zoals voorgeschreven door richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), en

— door de onderhavige opdracht zonder rechtvaardiging te plaatsen middels toepassing van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking,

de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens genoemde richtlijn, meer in het bijzonder krachtens artikel 11, lid 3, en artikel 15, lid 2, van deze richtlijn.

Het rechtskader

2 Artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 bepaalt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op diensten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan of wanneer de bescherming van de fundamentele belangen van die staat zulks vereist."

3 Artikel 8 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A vermelde diensten worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst."

4 Artikel 9 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De opdrachten voor het verlenen van in bijlage I B vermelde diensten worden overeenkomstig de artikelen 14 en 16 geplaatst."

5 Artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen hun overheidsopdrachten voor dienstverlening plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht:

[...]

b) in geval van diensten die om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde dienstverlener kunnen worden toevertrouwd;

[...]"

6 Artikel 15, lid 2, van richtlijn 92/50 bepaalt:

„De aanbestedende diensten die een overheidsopdracht voor dienstverlening wensen te plaatsen volgens een openbare of een niet-openbare procedure dan wel, onder de in artikel 11 vastgestelde voorwaarden, volgens een procedure van gunning via onderhandelingen, geven hun voornemen hiertoe te kennen in een aankondiging."

7 Artikel 30, lid 1, van richtlijn 92/50 bepaalt:

„Indien de gegadigden voor een overheidsopdracht voor dienstverlening of de inschrijvers over een bijzondere vergunning moeten beschikken of indien zij lid moeten zijn van een bepaalde organisatie om in hun land van herkomst de dienst in kwestie te kunnen verrichten, kan de aanbestedende dienst verlangen dat zij aantonen dat zij over deze vergunning beschikken of lid zijn van de bedoelde organisatie."

8 Bijlage I A, categorie 12, van richtlijn 92/50 bepaalt:

Categorie	Benaming	CPC-indeling
12	Bouwkundige diensten; technische en geïntegreerde technische diensten; diensten van stedenbouw en landschapsarchitectuur; diensten voor aanverwante technische en wetenschappelijke advisering; diensten voor het uitvoeren van technische proeven en analyses	867

9 Bijlage I B, categorie 27, van richtlijn 92/50 bepaalt:

Categorie	Benaming	CPC-indeling
27	Andere diensten	

De feiten en de precontentieuze procedure

10 Op 7 april 1988 schreef het Belgische Bestuur der Waterwegen een beperkte offerteaanvraag uit voor de waarneming van de Belgische kust middels luchtfotografie.

11 De opdracht werd geplaatst bij de Belgische onderneming NV Eurosense Belfotop (hierna: „Eurosense Belfotop"), de vennootschap die de voordeligste offerte, zowel technisch als financieel, had ingediend.

12 Wegens de op handen zijnde regionalisering van de Belgische staat, besliste het toenmalige Ministerieel Comité voor Economische en Sociale Industrialisatie de opdracht slechts voor één jaar te plaatsen.

13 Op 29 juni 1989 besliste de Vlaamse executieve de overeenkomst te verlengen voor een periode van zes jaar op basis van de offerteaanvraag van 1988.

14 Deze overeenkomst betrof hoofdzakelijk de geregelde uitvoering van aëroteledetectische waarnemingen van de duinengordel, de droogvallende strandzones en de onderwaterstranden langs de Belgische kust, met inbegrip van de verwerking van de verzamelde gegevens.

15 Vanaf 1992 onderzocht de Vlaamse overheid de mogelijkheid om de overeenkomst aan te passen door middel van een bijakte.

16 Na een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft de Vlaamse minister van Openbare Werken op 13 april 1995 met Eurosense Belfotop een bijakte ter waarde van 534 000 000 BEF (excl. BTW) voor een periode van negen jaar ondertekend.

17 Op 27 december 1995 heeft de Commissie het Koninkrijk België schriftelijk in gebreke gesteld waarbij zij betoogde dat de door middel van de bijakte van 13 april 1995 geplaatste opdracht (hierna: „de betrokken opdracht") binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 viel en dat krachtens artikel 15, leden 1 en 2, van deze richtlijn, een enuntiatieve aankondiging en een aankondiging van de opdracht dienden te worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*. Het feit dat voor deze opdracht geen enkele aankondiging is bekendgemaakt, is in strijd met artikel 15, leden 1 en 2, van richtlijn 92/50. Bovendien was de onderhandse plaatsing niet gerechtvaardigd op basis van artikel 11, lid 3, van de richtlijn, dat aangeeft onder welke voorwaarden de aanbestedende diensten hun opdrachten kunnen plaatsen volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, aangezien geen enkele van de in dat lid bedoelde voorwaarden was vervuld.

18 In haar antwoord van 2 februari 1996 heeft de Belgische regering de in de schriftelijke ingebrekestelling van 27 december 1995 geformuleerde bezwaren van de hand gewezen.

19 Allereerst is richtlijn 92/50 volgens artikel 4, lid 2, ervan niet van toepassing op de betrokken opdracht. Vervolgens is de onderhandse procedure hoe dan ook gerechtvaardigd op basis van artikel 11, lid 3, sub b, van deze richtlijn. De criteria om de onderhandse plaatsing te rechtvaardigen zijn daarbij de volgende: a) het beschikken over een militair veiligheidscertificaat; b) het beschikken over een machtiging voor het verrichten van luchtarbeid afgeleverd door het Bestuur van de Luchtvaart; c) het beschikken over de vereiste know-how, technologie en uitrusting; d) het aanwezig zijn van alle vereisten inzake know-how, technologie en uitrusting in één firma, en e) het financieel voldoende draagkrachtig zijn van de firma voor de jaarlijkse levering van diensten voor een bedrag van circa 80 000 000 BEF. Ten slotte rechtvaardigen nog andere elementen de onderhandse plaatsing, namelijk het bestaan van alleenrechten (auteursrechten), de beschikbaarheid van de vliegtuigen aan de Belgische kust binnen twee vlieguren en de kennis van de Nederlandse taal.

20 Aangezien dit antwoord haar bezwaren niet kon wegnemen, heeft de Commissie België op 10 maart 1999 overeenkomstig artikel 226 EG een met redenen omkleed advies gezonden waarin zij haar bezwaren heeft herhaald en heeft geoordeeld dat het Koninkrijk België,

— door na te laten voor onderhavige opdracht zowel een enuntiatieve aankondiging als een bekendmaking te plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, zoals voorgeschreven door richtlijn 92/50, en

— door de onderhavige opdracht zonder rechtvaardiging te plaatsen door toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking,

de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens richtlijn 92/50, meer in het bijzonder artikel 11, lid 3, en artikel 15, leden 1 en 2, van deze richtlijn.

21 De Commissie heeft het Koninkrijk België verzocht de nodige maatregelen te nemen om dit met redenen omkleed advies binnen twee maanden na de kennisgeving ervan op te volgen.

22 De Belgische regering heeft bij brief van 1 juni 1999 geantwoord op het met redenen omkleed advies. Zij heeft onder meer betoogd dat het hoofdbestanddeel van de betrokken opdracht bestaat uit diensten voor luchtfotografie die niet vallen onder categorie 12 van bijlage I A bij richtlijn 92/50, maar onder categorie 27 (Andere diensten) van bijlage I B bij de richtlijn. Voor het overige heeft de Belgische regering verwezen naar haar antwoord op de schriftelijke ingebrekestelling.

23 Aangezien de Commissie dit antwoord niet bevredigend achtte, stelde zij het onderhavige beroep in.

Ten gronde

Middelen en argumenten van partijen

24 Met haar beroep betoogt de Commissie in wezen dat het plaatsen van de betrokken opdracht middels toepassing van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht de bepalingen van richtlijn 92/50 schendt.

25 De Belgische regering voert te harer verdediging drie middelen aan. Ten eerste is richtlijn 92/50 niet van toepassing op de betrokken opdracht aangezien de uitvoering ervan met bijzondere veiligheidsmaatregelen in de zin van artikel 4, lid 2, van de richtlijn gepaard moet gaan. Ten tweede vallen de diensten van deze opdracht onder bijlage I B van richtlijn 92/50 en is de betrokken opdracht derhalve niet onderworpen aan de bepalingen van deze richtlijn, die het gebruik van de onderhandelingsprocedure inperken en een bekendmaking van een aankondiging van opdracht opleggen. Ten derde is de onderhandelingsprocedure gerechtvaardigd op grond van artikel 11, lid 3, van de richtlijn, met name om technische redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten.

26 In het kader van haar eerste middel herhaalt de Belgische regering dat het beschikken over een militair veiligheidscertificaat één van de vijf criteria was om de betrokken opdracht te verkrijgen. De ondernemingen die bij de uitvoering van

overheidsopdrachten toegang krijgen tot gegevens, plaatsen of materieel die nationaal of NAVO-geclassificeerd zijn, kunnen na een veiligheidscontrole een militair veiligheidscertificaat verkrijgen. De ondernemingen die niet over een militair veiligheidscertificaat beschikken, moeten hun opnames, vóór verdere verwerking van de gegevens, overmaken aan de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid (SRG), die nagaat of ze geclassificeerde objecten bevatten, en deze in voorkomend geval maskeert. De ondernemingen die over een dergelijk certificaat beschikken, krijgen een lijst met geclassificeerde objecten die het hun mogelijk maakt, rechtstreeks met hun opnames te werken en bij latere publicaties of openbaarmakingen zelf de geclassificeerde objecten te maskeren. De bedoeling van deze maatregel is duidelijk: de geclassificeerde objecten zijn van groot strategisch belang. Verspreiding van geografische informatie over deze objecten houdt grote gevaren voor terrorisme, sabotage of spionage in. Het militaire veiligheidscertificaat is derhalve een bijzondere veiligheidsmaatregel in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50, die dus niet van toepassing is op de betrokken opdracht.

27 De Commissie betoogt dat de uitzondering vermeld in artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50, die strikt moet worden uitgelegd, in casu niet van toepassing is. Volgens de Belgische regeling moeten ondernemingen die niet over een militair veiligheidscertificaat beschikken, vóór de verwerking van de gegevens, hun opnames voorleggen aan de Belgische veiligheidsdiensten, die controleren of die opnames geclassificeerde objecten bevatten en deze in voorkomend geval maskeren. De verkrijging van een militair veiligheidscertificaat maakt het de onderneming precies mogelijk, zonder deze maatregelen te handelen. Voor de onderneming die over een dergelijk certificaat beschikt, is de controle van haar opnames door de veiligheidsdiensten immers niet nodig, aangezien de onderneming op die manier wordt gemachtigd om te werken met niet-gemaskeerde luchtfoto's.

28 Volgens de Commissie vloeit daaruit voort dat de gunningsvoorwaarde, dat de contracterende onderneming over een militair veiligheidscertificaat moet beschik-

ken, geen bijzondere veiligheidsmaatregel in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 is, maar een van de inschrijvers geëiste bijzondere vergunning in de zin van artikel 30, lid 1, van die richtlijn. Deze laatste bepaling sluit de toepassing van richtlijn 92/50 niet uit, maar machtigt de aanbestedende dienst gewoonweg om een aanvullend vereiste op te leggen. Het vereiste van een militair veiligheidscertificaat in het kader van de betrokken opdracht brengt dus niet de niet-toepasselijkheid van de genoemde richtlijn met zich mee.

Beoordeling door het Hof

29 Artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50 bepaalt onder meer dat deze richtlijn niet van toepassing is op diensten waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan.

30 Vaststaat dat het Koninkrijk België verantwoordelijk is voor het verzekeren van de veiligheid van niet alleen zijn nationale installaties maar ook de installaties van de op zijn grondgebied gevestigde internationale organisaties, zoals de NAVO. Het staat derhalve aan de Belgische autoriteiten de maatregelen vast te stellen die noodzakelijk zijn om dergelijke installaties te beschermen.

31 De Belgische regering heeft voor het Hof verklaard, zonder door de Commissie te zijn weersproken, dat elke luchtfoto in België ter controle en eventuele maskering aan de Belgische veiligheidsdiensten moet worden voorgelegd, tenzij de betrokken onderneming over een militair veiligheidscertificaat beschikt. In dat geval staat het aan die onderneming om zelf de beelden van als geheim geclassificeerde sites te maskeren, voordat zij de door haar gemaakte opnames verspreidt.

32 De Belgische regering heeft ook verklaard, zonder daarin door de Commissie te zijn weersproken, dat de procedure om het militaire veiligheidscertificaat te verkrijgen, strikt wordt toegepast en een volledige controle van de betrokken onderneming met zich meebrengt. Elk personeelslid dat toegang heeft tot de opnames, alsook de aandeelhouders en de bestuurder van deze onderneming, worden zorgvuldig gescreend met betrekking tot hun verleden, hun entourage, hun buitenlandse reizen en hun lidmaatschap van organisaties.

33 Nog volgens de niet-weersproken verklaringen van de Belgische regering moet de betrokken onderneming bovendien, om de bescherming van de geclassificeerde informatie in haar bezit te verzekeren, voldoen aan veiligheidsnormen die zijn aangepast aan het niveau van classificatie van de bewaarde informatie. Speciale procedures inzake toegang tot het geregistreerde materiaal worden opgelegd en de installaties voor het archiveren en het gebruik van niet-gemaskeerde opnames moeten voldoen aan bepaalde veiligheidsvoorschriften, zoals het bewaren van de opnames en de bijbehorende documenten in een bunker met een metalen toegangsdeur en een dubbel alarmsysteem dat permanent rechtstreeks in verbinding staat met een veiligheidsfirma.

34 Het verkrijgen van een militair veiligheidscertificaat is dus niet gewoon een administratieve formaliteit, maar eist van de onderneming dat zij voldoet aan bepaalde voorwaarden inzake haar werking. Bovendien impliceert het dat de onderneming de inachtneming van de veiligheidsvereisten blijft verzekeren bij latere acties.

35 Het verkrijgen van een militair veiligheidscertificaat heeft niet tot gevolg dat de onderneming wordt vrijgesteld van het nemen van andere veiligheidsmaatregelen. Alleen de systematische tussenkomst van de nationale veiligheidsdiensten valt

weg, doch de onderneming die over het certificaat beschikt, blijft onderworpen aan de veiligheidsvereisten en met name aan de verplichting om zelf de geclassificeerde objecten te maskeren vóór een eventuele verspreiding van de opnames.

36 Gelet op de Belgische bepalingen zoals die voor het Hof werden toegelicht, dient te worden geconcludeerd dat de uitvoering van de diensten van de betrokken opdracht gepaard moet gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50, waaronder de verkrijging van een militair veiligheidscertificaat door de onderneming die de diensten verricht.

37 Daaruit volgt dat volgens deze bepaling richtlijn 92/50 niet van toepassing is op de diensten van de betrokken opdracht.

38 Het beroep moet derhalve worden verworpen zonder dat het tweede en het derde middel dat de Belgische regering te harer verdediging heeft aangevoerd, behoeven te worden onderzocht.

Kosten

39 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voorzover dit is gevorderd. Aangezien de Belgische regering met betrekking tot de kosten niets heeft gevorderd, dient elke partij in zijn eigen kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verstaat dat elk der partijen haar eigen kosten zal dragen.

Puissochet Schintgen Skouris

Colneric Cunha Rodrigues

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 16 oktober 2003.

De griffier

R. Grass

De president

V. Skouris