DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 16 oktober 2003 *

I mål C-252/01,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av H. van Lier, i egenskap av ombud, biträdd av J. Stuyck, avocat, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Konungariket Belgien, företrätt av A. Snoecx, i egenskap av ombud, biträdd av K. Ronse, avocat, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: nederländska.

angående en talan om fastställelse av att Konungariket Belgien har åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 11.3 och 15.2 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) genom att

— underlåta att, som föreskrivs i direktivet, i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* publicera ett meddelande om upphandling beträffande tilldelning av kontrakt som inbegriper kustövervakning genom flygfotografering, och

— utan motivering tillämpa ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan ha publicerat ett meddelande om upphandling.

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.-P. Puissochet samt domarna R. Schintgen och V. Skouris, N. Colneric, och J.N. Cunha Rodrigues (referent),

generaladvokat: S. Alber,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören L. Hewlett,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att parterna har avgivit muntliga yttranden vid förhandlingen den 30 januari 2003,

och efter att den 3 april 2003 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 29 juni 2001, med stöd av artikel 226 EG väckt talan om fastställelse av att Konungariket Belgien har åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 11.3 och 15.2 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) genom att

— underlåta att, som föreskrivs i direktivet, i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* publicera ett meddelande om upphandling beträffande tilldelning av kontrakt som inbegriper kustövervakning genom flygfotografering, och

— utan motivering tillämpa ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan ha publicerat ett meddelande om upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

2 Artikel 4.2 i direktiv 92/50 lyder som följer:

"Detta direktiv skall inte tillämpas på sekretessbelagda tjänster eller sådana tjänster som enligt gällande lagar och andra författningar i den aktuella medlemsstaten inte får utföras utan särskilda säkerhetsåtgärder eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna stats grundläggande intressen."

3 I artikel 8 i direktiv 92/50 stadgas följande:

"Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 A skall upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III—VI."

4 Enligt artikel 9 i direktiv 92/50 gäller följande:

"Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 B skall upphandlas enligt artiklarna 14 och 16."

5 I artikel 11.3 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

"De upphandlande myndigheterna får tilldela kontrakt om samhällstjänster genom förhandlat förfarande utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling i följande fall:

...

b) Då av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av skyddande av ensamrätt tjänsterna bara kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör.

..."

6 Artikel 15.2 i direktiv 92/50 har följande lydelse:

"Upphandlande myndigheter som önskar tilldela ett kontrakt om samhällstjänster genom öppet, selektivt eller, på de villkor som fastställs i artikel 11, förhandlat förfarande skall tillkännage sin avsikt genom ett meddelande."

7 Enligt artikel 30.1 i direktiv 92/50 gäller följande:

"Om anbudssökande eller anbudsgivare skall ha särskild auktorisation eller vara medlemmar av en särskild organisation i sina hemländer för att få utföra den aktuella tjänsten, får den upphandlande myndigheten kräva att de skall styrka denna auktorisation eller detta medlemskap."

8 I kategori 12 i bilaga I A till direktiv 92/50 ingår följande:

Kategori	Beskrivning	CPC-referensnummer
12	Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, besläktade vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, teknisk provning och analys	867

9 Kategori 27 i bilaga 1 B till direktiv 92/50 har följande lydelse:

Kategori	Beskrivning	CPC-referensnummer
27	Övriga tjänster	—

Bakgrund och administrativt förfarande

10 Den belgiska administrationen för kanaler och sjöfart infordrade den 7 april 1988 ett selektivt anbud avseende övervakning av den belgiska kusten genom flygfotografering.

11 Kontraktet tilldelades det belgiska företaget Eurosense Belfotop NV (nedan kallat Eurosense Belfotop), som bedömdes vara bäst från såväl teknisk som ekonomisk synpunkt.

12 Med hänsyn till Belgiens regionalisering beslöt den dåvarande ministerkommittén för ekonomisk och social industrialisering att ingå kontraktet för endast ett år.

13 Den 29 juli 1989 beslöt den flamländska regeringen att på grundval av 1988 års meddelande om upphandling förlänga kontraktet med sex år.

14 Detta kontrakt gällde i huvudsak regelbunden övervakning av dynbältena på de översvämmade och icke översvämmade stränderna inom det belgiska kustområdet genom flygfotografering och bearbetning av insamlade uppgifter.

15 De flamländska myndigheterna har sedan år 1992 undersökt möjligheten att anpassa kontraktet genom att göra ett tillägg.

16 Efter ett förhandlat förfarande utan föregående publicering undertecknade den flamländske ministern för offentliga arbeten och Eurosense Belfotop den 13 april 1995 ett tillägg till kontraktet till ett värde av 534 miljoner BEF (exklusive mervärdesskatt) och med en löptid av nio år.

17 Kommissionen riktade den 27 december 1995 en formell underrättelse till de belgiska myndigheterna, i vilken den påtalade att det kontrakt som hade ingåtts genom kontraktstillägget av den 13 april 1995 (nedan kallat ifrågavarande kontrakt eller kontraktet i fråga) omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och att det, enligt artikel 15.1 och 15.2, skulle ha publicerats ett preliminärt förhandsmeddelande och ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* om upphandlingen. Den omständigheten att inget meddelande om upphandlingen publicerats innebar ett åsidosättande av artikel 15.1 och 15.2 i direktiv 92/50. Att tilldela kontraktet genom ett underhandsförfarande hade inte stöd i artikel 11.3 i direktivet, där det anges under vilka förutsättningar de upphandlande myndigheterna får tilldela kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandling, eftersom inget av de i artikel 11.3 angivna villkoren var uppfyllda.

18 I svarsskrivelse av den 2 februari 1996 tillbakavisade den belgiska regeringen de anmärkningar som hade framställts i den formella underrättelsen av den 27 december 1995.

19 Den belgiska regeringen angav för det första att direktiv 92/50 enligt artikel 4.2 inte var tillämpligt på ifrågavarande kontrakt. För det andra var tilldelningen av kontraktet genom ett underhandsförfarande befogad enligt artikel 11.3 b i direktivet. Att det var befogat att använda ett underhandsförfarande i förevarande fall berodde enligt den belgiska regeringen på att följande villkor skulle vara uppfyllda: a) Innehav av ett militärt säkerhetsintyg, b) innehav av tillstånd från luftfartsverket att utföra alla slags luftfartsarbeten, c) nödvändig know-how, teknik och utrustning, d) samtliga krav på nödvändig know-how, teknik och utrustning samlade inom ett och samma företag och e) en tillräckligt god ekonomisk ställning för att årligen kunna tillhandahålla tjänster till ett värde av cirka 80 miljoner BEF. Ytterligare omständigheter gjorde det enligt den belgiska regeringen befogat att använda ett underhandsförfarande, nämligen förekomsten av ensamrätter (upphovsrätt), tillgång till flygplan inom två flygtimmar från den belgiska kusten och kunskaper i det nederländska språket.

20 Detta svar medförde inte att kommissionen återkallade sina anmärkningar. Den 10 mars 1999 riktade kommissionen därför, med stöd av artikel 226 EG, ett motiverat yttrande i vilket den vidhöll sina anmärkningar och angav följande:

Konungariket Belgien har åsidosatt sina skyldigheter enligt direktiv 92/50 och särskilt artiklarna 11.3 och 15.2 däri genom att

— underlåta att i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* publicera det preliminära förhandsmeddelande och det meddelande om upphandling som föreskrivs i direktiv 92/50, och

— inte motivera att ett förhandlat förfarande använts utan att dessförinnan publicera ett meddelande om upphandling.

21 Kommissionen anmodade Konungariket Belgien att inom två månader från delgivningen av det motiverade yttrandet vidta nödvändiga åtgärder för att efterkomma detta.

22 Den belgiska regeringen besvarade yttrandet genom skrivelse av den 1 juni 1999. Den gjorde därvid gällande bland annat att det huvudsakliga föremålet för ifrågavarande kontrakt var tjänsten flygfotografering, vilken inte hör till kategori 12 i bilaga 1 A till direktiv 92/50 utan till kategori 27 (Övriga tjänster) i bilaga 1 B till direktivet. I övrigt hänvisade den belgiska regeringen till sitt svar på den formella underrättelsen.

23 Kommissionen, som inte fann detta svar tillfredsställande, beslutade att väcka förevarande talan.

Prövning i sak

Parternas grunder och argument

24 Kommissionen har med sin talan i huvudsak gjort gällande att den omständigheten att kontraktet i fråga tilldelats genom ett förhandlat förfarande utan föregående publicering av ett meddelande om upphandlingen strider mot bestämmelserna i direktiv 92/50.

25 Den belgiska regeringen har åberopat tre grunder för sitt bestridande. För det första är direktiv 92/50 inte tillämpligt på ifrågavarande kontrakt, eftersom genomförandet av kontraktet kräver att särskilda säkerhetsåtgärder i den mening som avses i artikel 4.2 i direktivet vidtas. För det andra omfattas de tjänster som avses med kontraktet av bilaga 1 B till direktiv 92/50, och kontraktet i fråga faller följaktligen inte in under de bestämmelser i detta direktiv som begränsar användningen av det förhandlade förfarandet och enligt vilka det krävs en publicering av meddelandet om upphandling. För det tredje är användningen av det förhandlade förfarandet enligt artikel 11.3 i direktivet befogad, bland annat av tekniska skäl och på grund av hänsyn till skyddet av ensamrätter.

26 Inom ramen för sin första grund har den belgiska regeringen erinrat om att ett av de fem villkoren för att tilldelas kontraktet i fråga var innehav av ett militärt säkerhetsintyg. De företag som när de genomför ett offentligt kontrakt får

tillgång respektive tillträde till uppgifter, utrustning eller platser som är hemliga enligt nationella myndigheters beslut eller NATO-beslut kan få ett militärt säkerhetsintyg efter det att en säkerhetsundersökning gjorts. Företag som inte har något militärt säkerhetsintyg skall innan de bearbetar uppgifterna överlämna sina fotografier till Service de renseignements généraux (SRG, säkerhetstjänsten), som undersöker om dessa innehåller hemliga objekt och som i så fall maskerar dessa. Företag som innehar ett sådant intyg erhåller en förteckning över hemliga objekt som gör det möjligt för dem att direkt bearbeta sina fotografier och att i samband med senare publiceringar eller annonser själva maskera hemliga objekt. Syftet med detta system är tydligt. De hemliga uppgifterna är av stort strategiskt intresse. Spridning av geografisk information angående dessa objekt innebär en allvarlig risk för terrorism, sabotage eller spionageri. Det militära säkerhetsintyget är således en särskild säkerhetsåtgärd i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 92/50, vilket således inte är tillämpligt på ifrågavarande kontrakt.

27 Kommissionen har gjort gällande att det i artikel 4.2 i direktiv 92/50 angivna undantaget, vilket bör tolkas snävt, inte gäller det här aktuella fallet. Enligt belgiska bestämmelser skall företag som saknar militärt säkerhetsintyg innan de bearbetar uppgifterna överlämna sina fotografier till den belgiska säkerhetstjänsten. Denna skall undersöka om fotografierna innehåller hemliga objekt och i så fall maskera dessa. Erhållandet av ett militärt säkerhetsintyg innebär att det företag som innehar intyget slipper dessa åtgärder. För det företag som innehar ett militärt säkerhetsintyg är säkerhetstjänstens undersökning av dess fotografier inte nödvändig, eftersom det således är tillåtet för företaget att arbeta med icke-maskerade flygfotografier.

28 Härav följer enligt kommissionen att det villkor för att tilldelas kontraktet i fråga, enligt vilket det kontraktsslutande företaget skall inneha ett militärt säkerhetsin-

tyg inte utgör en särskild säkerhetsåtgärd, i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 92/50, utan ett särskilt tillstånd som krävs av anbudsgivare enligt artikel 30.1 i direktivet. Den sistnämnda bestämmelsen innebär inte att direktiv 92/50 inte kan tillämpas utan endast att den upphandlande myndigheten får möjlighet att ställa ytterligare krav. Kravet på innehav av ett militärt säkerhetsintyg inom ramen för det ifrågavarande kontraktet medför således inte att direktivet inte kan tillämpas.

Domstolens bedömning

29 I artikel 4.2 i direktiv 92/50 föreskrivs bland annat att detta direktiv inte skall tillämpas på tjänster som enligt gällande lagar och andra författningar i den aktuella medlemsstaten inte får utföras utan särskilda säkerhetsåtgärder.

30 Det är ostridigt att Konungariket Belgien har ett ansvar för säkerheten, inte bara för sina nationella anläggningar, utan också för internationella organisationers anläggningar som är belägna på dess territorium, bland annat NATO:s. Det ankommer således på de belgiska myndigheterna att bestämma vilka säkerhetsåtgärder som krävs för att skydda sådana anläggningar.

31 Den belgiska regeringen har vid domstolen, utan att detta bestritts av kommissionen, uppgett att samtliga flygfotografier som tas i Belgien måste överlämnas till den belgiska säkerhetstjänsten för undersökning och eventuell maskering, såvida företaget i fråga inte innehar ett militärt säkerhetsintyg. I så fall skall detta företag själv maskera fotografier av hemliga platser innan dess flygfotografier sprids.

32 Den belgiska regeringen har, utan att detta bestritts av kommissionen, vidare uppgett att förfarandet för att få det militära säkerhetsintyget tillämpas strikt och innebär att det berörda företaget undersöks noggrant. Varje medlem i personalen som får tillträde till fotografierna, samt företagets aktieägare och företagsledare kontrolleras noggrant med avseende på deras förflutna, omgivning, utlandsresor och medlemsskap i organisationer.

33 Den belgiska regeringen har också — alltjämt oemotsagd — uppgett att det företag som innehar intyget, för att säkerställa skyddet för de hemliga uppgifter den förfogar över, skall uppfylla säkerhetskrav som är anpassade till hur hemliga de uppgifter är som företaget innehar. Det krävs särskilda förfaranden för att få tillgång till registrerat material. Anläggningar för arkivering och användning av icke-maskerade fotografier skall uppfylla vissa säkerhetskrav, såsom att fotografier och därtill hörande handlingar skall förvaras i bepansrade byggnader som har metalldörr och ett dubbelt larmsystem som ständigt är kopplat till ett säkerhetsföretag.

34 Att få ett militärt säkerhetsintyg utgör således inte endast en administrativ formalitet. Det kräver att vissa funktionskrav är uppfyllda hos det företag som innehar intyget. Det innebär dessutom att företaget skall fortsätta att säkerställa att säkerhetskraven iakttas i samband med dess senare verksamhet.

35 Erhållandet av ett militärt säkerhetsintyg medför inte att det företag som innehar intyget befrias från att vidta andra säkerhetsåtgärder. Det är endast den nationella säkerhetstjänstens systematiska ingripanden som faller bort. Det

företag som innehar intyget är dock skyldigt att iaktta säkerhetskraven, bland annat skyldigheten att själv maskera hemliga objekt innan det eventuellt sprider sina fotografier.

36 Mot bakgrund av samtliga de ovannämnda belgiska bestämmelserna, såsom dessa har redovisats vid domstolen, kan konstateras att de tjänster som omfattas av kontraktet i fråga endast får utföras om särskilda säkerhetsåtgärder i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 92/50 vidtagits. Till dessa åtgärder hör att det företag som tillhandahåller tjänsten skall erhålla ett militärt säkerhetsintyg.

37 Härav följer att direktiv 92/50 enligt nämnda bestämmelser inte kan tillämpas på de tjänster som omfattas av kontraktet i fråga.

38 Talan skall följaktligen ogillas utan att det är nödvändigt att pröva den andra och den tredje grunden för den belgiska regeringens svaromål.

Rättegångskostnader

39 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Den belgiska regeringen har emellertid inte framställt något sådant yrkande. Vardera parten skall därför bära sin kostnad.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **Vardera parten skall bära sin kostnad.**

Puissochet Schintgen Skouris

Colneric Cunha Rodrigues

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 16 oktober 2003.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitiesekreterare Ordförande