SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER

vom 3. April 2003 [1]

I — Einführung

1. In dem vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren rügt die Kommission einen Verstoß des Königreichs Belgien gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge [2] (im Folgenden: Richtlinie 92/50 bzw. Richtlinie — Artikel ohne weitere Bezeichnung sind solche dieser Richtlinie). Insbesondere habe Belgien gegen die Artikel 11 Absatz 3 und 15 Absatz 2 verstoßen, indem es einen Auftrag zur Küstenüberwachung mittels Luftfotografie ungerechtfertigterweise im Verhandlungsverfahren (ohne vorherige Vergabebekanntmachung) vergeben und die Absicht, dieses Verfahren zu wählen, nicht vorher bekannt gemacht habe. Belgien hält die Richtlinie für nicht anwendbar, da der Auftrag Sicherheitsinteressen berühre.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — ABl. L 209, S. 1.

II — Rechtlicher Rahmen

Richtlinie 92/50

2. Die nachfolgenden Artikel haben folgenden Wortlaut:

Artikel 4 Absatz 2

„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."

Artikel 8

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

Artikel 9

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IB sind, werden gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben." [3]

Artikel 10

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen des Anhangs IA größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs IB. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben."

Artikel 11 Absatz 3

„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;

..."

Artikel 15 Absatz 2

„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."

Artikel 30 Absatz 1

„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."

3 — Artikel 14 regelt gemeinsame technische Vorschriften, und Artikel 16 schreibt die Bekanntmachung über die Ergebnisse des Vergabeverfahrens vor.

Anhang IA Kategorie 12 lautet:

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

Anhang IB Kategorie 27 lautet:

Kategorie	Titel	CPC-Referenz-Nr.
27	Sonstige Dienstleistungen	

3. CPC bedeutet „Central Product Classification" der Vereinten Nationen.

III — Sachverhalt und Verfahren

4. Die seinerzeit noch staatliche belgische Verwaltung der Wasserwege und des Seewesens[4] schrieb am 7. April 1988 eine beschränkte Aufforderung zur Abgabe von Geboten aus zur Beobachtung der belgischen Küste mittels Luftfotografie. Der Auftrag wurde dem belgischen Unternehmen Eurosense Belfotop NV (im Folgenden: Eurosense Belfotop) erteilt, welches sowohl aus technischer als auch aus wirtschaftlicher Sicht am besten beurteilt worden war.

5. Im Hinblick auf die Regionalisierung entschied der damalige Ministerialausschuss für wirtschaftliche und soziale

4 — De administratie Waterwegen en Zeewezen/l'Administration des Voies hydrauliques et de la marine.

Industrialisierung, den Auftrag nur für ein Jahr zu vergeben. Am 29. Juni 1989 beschloss die damalige flämische Regierung, den Vertrag auf der Grundlage der Ausschreibung von 1988 um einen Zeitraum von sechs Jahren zu verlängern. Dieser Vertrag bezog sich im Wesentlichen auf die regelmäßige luftfotografische Beobachtung des Dünengürtels der Strandgebiete, und zwar sowohl auf die überfluteten als auch die trockenen Strände entlang der belgischen Küste einschließlich der Bearbeitung der gesammelten Daten.

6. Ab 1992 prüften die flämischen Behörden die Möglichkeit einer Anpassung des Vertrages durch einen Zusatz. In der Folge eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung unterzeichnete der flämische Minister für öffentliche Aufträge mit Eurosense Belfotop am 13. April 1995 einen Vertragszusatz über einen Wert von 534 Millionen BEF (ohne Mehrwertsteuer) über eine Laufzeit von neun Jahren.

7. Auf eine Beschwerde hin richtete die Kommission am 27. Dezember 1995 ein Mahnschreiben an die belgischen Behörden, in dem sie geltend machte, der Vertragszusatz vom 13. April 1995 falle in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 und gemäß Artikel 15 Absätze 1 und 2 hätte eine „nicht verbindliche Bekanntmachung" und eine Bekanntmachung der Vergabeabsicht im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht werden müssen. Die Nichtveröffentlichung stelle einen Verstoß gegen Artikel 15 Absätze 1 [5] und 2 dar. Im Übrigen sei auch die Vergabe des Auftrags im Verhandlungswege ohne vorherige Veröffentlichung nicht im Sinne des Artikels 11 Absatz 3 der Richtlinie gerechtfertigt.

8. Mit Antwortschreiben vom 2. Februar 1996 wies die belgische Regierung die Vorwürfe zurück. Zunächst sei die Richtlinie gemäß ihrem Artikel 4 Absatz 2 nicht auf den streitgegenständlichen Auftrag anwendbar. Sodann sei die Vergabe des Auftrags im Verhandlungsverfahren nach Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie gerechtfertigt. Diesbezüglich seien fünf Kriterien zu nennen:

a) Verfügen über eine militärische Sicherheitsbescheinigung;

b) Verfügen über eine Genehmigung seitens der Luftfahrtverwaltung zur Ausübung jedweder Arbeiten in der Luft;

c) Verfügen über das notwendige Know-how, die Technologie und die erforderliche Ausrüstung;

5 — Absatz 1 betrifft die nicht verbindliche Bekanntmachung des im jeweiligen Haushaltsjahr vorgesehenen Gesamtwerts der Dienstleistungsaufträge.

d) Verfügen dieser Elemente innerhalb eines einzigen Unternehmens;

e) hinreichende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, um jährlich Dienstleistungen in einem Wert von ungefähr 80 Millionen BEF auszuführen.

Schließlich rechtfertigten weitere Elemente die Vergabe im Verhandlungswege, wie das Vorhandensein ausschließlicher Rechte, insbesondere Urheberrechte, die Verfügbarkeit von Flugzeugen innerhalb zweier Flugstunden und das Beherrschen der niederländischen Sprache.

9. Gleichwohl richtete die Kommission am 10. März 1999 eine begründete Stellungnahme an den belgischen Staat, in dem sie ihre Vorwürfe aufrechterhielt. Die belgische Regierung antwortete darauf mit Schreiben vom 1. Juni 1999. Sie machte dort insbesondere geltend, dass das Hauptelement des Auftrags in Dienstleistungen der Luftfotografie bestehe, die nicht der Kategorie 12 des Anhangs IA der Richtlinie 92/50, sondern der Kategorie 27 (Sonstige Dienstleistungen) des Anhangs IB zuzurechnen seien.

10. Die Kommission hat mit Klageschrift vom 29. Juni 2001 Klage im Vertragsverletzungsverfahren erhoben. Sie beantragt,

— gemäß Artikel 226 Absatz 1 EG festzustellen, 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, insbesondere aus den Artikeln 11 Absatz 3 und 15 Absatz 2, verstoßen hat,

— dass es unterlassen hat, gemäß dieser Richtlinie für einen Dienstleistungsauftrag zur Küstenüberwachung mittels Aerofotografie eine Bekanntmachung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* zu veröffentlichen,

und

— dass es den betreffenden Auftrag ohne Rechtfertigung in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben hat;

— dem Königreich Belgien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

11. Zwar hat die belgische Regierung keinen förmlichen Klageabweisungsantrag gestellt, vertritt jedoch ausdrücklich den Standpunkt, eine Verletzung der aus der Richtlinie 92/50 fließenden Pflichten liege nicht vor.

IV — Vortrag der Beteiligten

12. Die Argumente der Parteien gruppieren sich um das bereits im Vorverfahren vorgebrachte Verteidigungsvorbringen des beklagten Mitgliedstaats. Die Darstellung des Beteiligtenvortrags folgt diesen drei Fragenbereichen.

A — *Zur Unanwendbarkeit der Richtlinie 92/50 gemäß Artikel 4 Absatz 2 (Besondere Sicherheitsmaßnahmen)*

13. Die *Kommission* vertritt die Ansicht, die eng auszulegende Ausnahmevorschrift des Artikels 4 Absatz 2 sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Der Umstand, dass das mit den Luftfotografien und deren Bearbeitung betraute Unternehmen über ein militärisches Sicherheitszertifikat verfügen müsse, könne nicht als „besondere Sicherheitsmaßnahme" im Sinne der Vorschrift bewertet werden, sondern sei vielmehr als Lizenz oder „bestimmte Berechtigung" zu betrachten, über die der Bewerber im Sinne des Artikels 30 Absatz 1 der Richtlinie verfügen müsse.

14. Die *belgische Regierung* ist hingegen der Ansicht, Artikel 4 Absatz 2 sei anwendbar, denn eines der Eignungskriterien sei das Vorliegen eines militärischen Sicherheitszeugnisses gewesen. Die Unternehmen, die bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags Zugang zu Daten, Orten oder Ausrüstungsgegenständen hätten, die von den nationalen Behörden oder von der NATO gekennzeichnet worden seien, könnten nach einer Sicherheitsprüfung ein solches Sicherheitszeugnis bekommen. Nur die berechtigten Unternehmen erhielten eine Liste der gekennzeichneten Objekte, die es ihnen erlaube, entsprechend der ursprünglichen Zielsetzung zu arbeiten und bei eventuellen Veröffentlichungen oder Anzeigen die gekennzeichneten Objekte zu maskieren, d. h. sie unkenntlich zu machen. Diejenigen Unternehmen, die nicht über ein Sicherheitszertifikat verfügten, müssten vor jeder Bearbeitung der Daten diese dem allgemeinen Nachrichtendienst [6] übermitteln, der prüfe, ob sie gekennzeichnete Objekte enthielten und sie gegebenenfalls unkenntlich mache. Diese Vorgehensweise sei unpraktikabel, einerseits weil sie Verzögerungen hervorrufe, die unvereinbar seien mit Notfalleinsätzen, wie z. B. bei Unwetter, und andererseits wegen des Verlustes relevanter Informationen, sofern die Negative unkenntlich gemacht worden seien.

B — *Zur Unanwendbarkeit der Richtlinie 92/50 entsprechend Anhang IB der Richtlinie*

15. Die *Kommission* vertritt die Ansicht, der in Rede stehende Auftrag falle unter die Rubrik 867 (Dienstleistungen der Architektur, technischen Beratung und Pla-

6 — Algemene Dienst Inlichting en Veiligheit/Service de renseignements généraux, SRG.

nung) der CPC und folglich in die Kategorie 12 des Anhangs IA der Richtlinie, so dass die Richtlinienbestimmungen ausnahmslos anwendbar seien. Die Rubrik 867 vereinige mehrere Unterrubriken, wie z. B. Nummer 8675 (Dienstleistungen der zugehörigen wissenschaftlichen und technischen Beratungen), die sich ihrerseits in Unterkategorien aufteile. Die Dienstleistungen des streitgegenständlichen Auftrags fielen unter die Kategorie Nummer 86753 (Dienstleistungen im Rahmen von Vermessungsarbeiten) und Nummer 86754 (Dienstleistungen im Rahmen von kartografischen Arbeiten).

16. Obwohl der Auftrag Dienstleistungen der Luftfotografie umfasse, die für sich genommen der Rubrik 87404 CPC unterfallen könnten, sei sein Gegenstand sehr viel umfassender, da er eng verbunden sei mit dem von der Verwaltung erstellten Küstenüberwachungsprogramm mit dem Ziel, die Sicherheit der Küste und ihrer Bewohner zu gewährleisten.

17. Im Übrigen stelle der Wert der luftfotografischen Leistungen nicht den größten Teil des Gesamtauftrags dar. Die Kommission schätzt, dass bei einem Auftragswert von 527 194 225 BEF 245 464 732 BEF auf die Luftfotografie entfielen, also 46,56%.

18. Die *belgische Regierung* macht geltend, das Hauptelement des Auftrags bestehe aus Dienstleistungen der Luftfotografie, die nicht unter die Kategorie 12 des Anhangs IA der Richtlinie fielen, sondern unter die Kategorie 27 (Sonstige Dienstleistungen) in Anhang IB der Richtlinie. Keine der in den Anhängen IA und IB zur Richtlinie genannten 27 Kategorien enthalte die Bezeichnung „Dienstleistungen der Luftfotografie". Außer den Bezeichnungen sei in der Richtlinie auf die CPC-Nomenklatur der Vereinten Nationen Bezug genommen. Diese Nomenklatur nenne die Luftfotografie unter der Nummer 87504.1. Diese Nummer finde sich aber nicht in den Anhängen zur Richtlinie. Dennoch umfasse die Kategorie 27 des Anhangs IB „Sonstige Dienstleistungen" und sei somit eine offene Kategorie, die keine CPC-Nummern bezeichne. Die Luftfotografie müsse daher in diese Kategorie eingeordnet werden.

19. Der Auftrag bestehe auch im Wesentlichen aus Luftfotografie. Er umfasse zunächst die Luftaufnahmen sowie die damit zusammenhängenden Abläufe und Verrichtungen. Außerdem hätten die inhaltlichen Vergabekriterien für den in Rede stehenden Auftrag die Luftfotografie zum Gegenstand. Schließlich belaufe sich der auf die Luftfotografie entfallende Betrag auf 295 202 732 BEF von einer Gesamtsumme über 527 194 225 BEF, was bedeute, dass der größte Teil des Budgets, nämlich 56%, auf die Luftfotografie entfalle. Der streitgegenständliche Dienstleistungsauftrag müsse daher als Dienstleistung der Luftfotografie und somit als „Sonstige Dienstleistung" qualifiziert werden. Die Richtlinie 92/50 sei im Ergebnis folglich nicht anwendbar.

C — *Zur Rechtfertigung der Vergabe des Auftrags im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung im Sinne des Artikels 11 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 92/50*

20. Die *Kommission* hält die Berufung auf Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b für unzutreffend. Sie vertritt zunächst die Ansicht, die Verpflichtung, über ein militärisches Sicherheitszeugnis verfügen zu müssen, habe nichts mit „technischen Gründen" im Sinne der Vorschrift zu tun, sondern beziehe sich nur auf den Besitz bestimmter Erlaubnisse oder Genehmigungen.

21. Die belgische Regierung habe weiter auch weder behauptet noch dargelegt, dass Eurosense Belfotop das einzige Unternehmen sei, das über das erforderliche Know-how, die Technologie und Ausrüstung verfüge. Indem die Regeln über die Veröffentlichung öffentlicher Aufträge unangewendet geblieben seien, seien andere Kandidaten daran gehindert worden zu beweisen, dass sie die erforderlichen Bedingungen erfüllen. Darüber hinaus sei anzumerken, dass der Vertrag dem betroffenen Unternehmen die Verpflichtung auferlege, eine neue Technologie zu entwickeln, die so genannte Aerolaserhypsometrie [7]. Diese Technologie werde jedoch im Ausland bereits angewandt, was bestätige, dass die technischen Kriterien in Anbetracht des betroffenen Unternehmens aufgestellt worden seien und nicht umgekehrt. Es sei auch nicht auszuschließen, dass mehrere Unternehmen innerhalb bestimmter Fristen in der Lage gewesen wären, identische oder vergleichbare Programme zu entwickeln wie die bisher nur von Eurosense Belfotop benutzten spezialisierten Programme.

22. Was die ausschließlichen Rechte bzw. die Rechte des geistigen Eigentums an den Verfahren und genannten Programmen betreffe, so könnten diese nicht als Ausschließlichkeitsrechte im Sinne des Artikels 11 Absatz 3 der Richtlinie betrachtet werden, da sie nur die Folge der Entwicklung bestimmter Verfahren in Ausführung des Vertrages von 1989 wären und folglich auch nicht als unverzichtbar für die Ausführung des Auftrags betrachtet werden könnten. Jeder andere Vertragspartner hätte in gleicher Weise die Möglichkeit gehabt, bestimmte Ausschließlichkeitsrechte im Rahmen der Durchführung des Auftrags zu erwerben.

23. Im Übrigen sei es denkbar, dass die Resultate der Aufnahmen Eigentum der Region Flandern geworden seien und dass Eurosense Belfotop folglich über keinerlei Ausschließlichkeitsrechte im Sinne des Artikels 11 Absatz 3 Buchstabe b verfüge. Schließlich sei es im Hinblick auf die enge Auslegung, der Ausnahmevorschriften unterlägen, äußerst fraglich, ob Urheberrechte als Ausschließlichkeitsrechte im Sinne des Artikels 11 Absatz 3 Buchstabe b betrachtet werden könnten.

24. Die *belgische Regierung* macht nur für den Fall, dass der streitgegenständliche Auftrag unter Anhang IA der Richtlinie

7 — Die Höhenmessung betreffend.

fallen sollte, was sie ausdrücklich bestreitet, geltend, die Vergabe des Auftrags im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung sei gemäß Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie gerechtfertigt. Die Ausführung der Dienstleistungen habe sowohl aus technischen Gründen als auch aus Gründen des Schutzes ausschließlicher Rechte nur Eurosense Belfotop anvertraut werden können.

25. Die technischen Gründe stünden im Zusammenhang mit den Eignungskriterien, von denen die Region Flandern in den Verhandlungen Gebrauch gemacht hätte. So sei das Verfügen über ein militärisches Sicherheitszeugnis für die Ausführung des Auftrags erforderlich. Eurosense Belfotop habe zum Zeitpunkt der Verhandlung dieses Zertifikat besessen, wie im Übrigen drei andere Gesellschaften. Die Region Flandern hätte den Auftrag nicht an ein Unternehmen vergeben können, das dieses Zertifikat noch nicht besessen habe. Das Verfahren zu dessen Erlangung sei sehr langwierig und kostspielig. Außerdem habe es zur Durchführung von Luftaufnahmen einer Genehmigung zur Luftfotografie auf dem Gebiet der spezialisierten Fotografie bedurft.

26. Überdies bedürften die Ergebnisse der Aufnahmen, also die Filme mit den Luftaufnahmen und multispektralen Scanneraufnahmen, zur Durchführung des Auftrags einer sehr speziellen Behandlung und Umsetzung in bezifferte Daten, Tabellen, Grafiken und Karten, was die Benutzung spezieller Techniken und zu diesem Zweck erstellter Programme voraussetze. Die Aufzeichnung von Daten mittels Luftaufnahmen, ebenso wie ihre Behandlung und Deutung, sei nur möglich dank der Verwendung von hoch technisierten Geräten durch spezialisiertes Personal, das über eine spezifische Erfahrung verfüge.

27. Das erforderliche Know-how, die Technologie und Ausrüstung hätten auch bei einem einzigen Unternehmen vorhanden sein müssen, ohne die Möglichkeit von Unteraufträgen. Diesbezüglich habe das militärische Sicherheitszeugnis erlaubt, dem Unternehmen eine Liste der militärischen Geheimnisse zu überlassen, so dass dieses die Unkenntlichmachung selbst habe vornehmen können. Um dieses Zertifikat zu erlangen, werde eine gründliche Kontrolle des Personals und der Einrichtungen vorgenommen. Es seien auch sehr strenge Verfahren für den Zugang zu dem fotografischen Material vorgeschrieben. Die Einrichtungen zur Archivierung und Aufbewahrung ebenso wie diejenigen zur Benutzung der Basisdokumente müssten zahlreichen Sicherheitsanforderungen genügen. Eine der vertraglichen Anforderungen sei es, dass der Vertragspartner alle Basismaterialien in seinen eigenen Einrichtungen, die durch das militärische Zeugnis genehmigt seien, aufbewahre. Diese Anforderung schlösse in Wahrheit jede vorübergehende Beziehung anderer Vertragspartner oder den Rückgriff auf Unteraufträge aus.

28. Im Übrigen müsse das fliegende Personal innerhalb zweier Flugstunden verfügbar sein, und die niederländische Sprache müsse benutzt werden, um mit der

Region auf einem derartig komplexen Gebiet kommunizieren zu können. Der Kandidat müsse auch über hinreichende finanzielle Garantien verfügen, um die Kontinuität seiner Dienstleistungen bei Abschluss eines langfristigen Vertrages sicherzustellen. Sowohl die Erfahrung von Eurosense Belfotop als auch die Erfahrung der belgischen Verwaltung der Wasserwege und des Seewesens hätten zu dem Schluss geführt, dass keine andere Gesellschaft in der Lage gewesen sei, den Auftrag ordnungsgemäß auszuführen und über die Kontinuität der Programme zu wachen.

29. Im Hinblick auf die Ausschließlichkeitsrechte, und zwar sowohl die Urheberrechte an den verschiedenen Programme als auch die ausschließlichen Rechte an den erhobenen Daten, sah sich die Region Flandern dazu veranlasst, Eurosense Belfotop als das einzige Unternehmen zu betrachten, mit dem sie verhandeln konnte. Das Unternehmen habe die Programme und Techniken zur Durchführung der Messungen und Erstellung der Karten zur Beobachtung der belgischen Küste selbst entwickelt. Sie seien einzigartig. Das Unternehmen verfüge im Hinblick darauf über Urheberrechte und Patentrechte. Außerdem habe der ursprüngliche Auftrag von 1989 vorgesehen, dass die Aufnahmen im ausschließlichen Eigentum von Eurosense Belfotop verblieben. Dieser Vertrag habe auch vorgesehen, dass die Ergebnisse der Aufnahmen von der Region Flandern nur zu deren „persönlichem Gebrauch" genutzt werden dürften. Ohne Zustimmung von Eurosense Belfotop dürften die Ergebnisse nicht an Dritte weitergeleitet werden. Die Verpflichtung habe für die gesamte Vertragsdauer und noch drei Jahre darüber hinaus gegolten. Folglich hätte ein anderes Unternehmen die von Eurosense Belfotop gesammelten Daten nicht nutzen dürfen und wäre somit nicht in der Lage gewesen, die Veränderungen der belgischen Küste zu reproduzieren.

V — Würdigung

A — *Zur Unanwendbarkeit der Richtlinie 92/50 gemäß Artikel 4 Absatz 2*

30. Es ist zunächst zu prüfen, ob die Richtlinie 92/50 auf den streitgegenständlichen Auftrag überhaupt Anwendung findet. Nach Artikel 4 Absatz 2 findet sie ausdrücklich keine Anwendung auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, deren Ausführung gemäß den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert. Die belgische Regierung ist der Ansicht, dass es sich bei dem in Rede stehenden Auftrag um einen derartigen, besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordernden Auftrag handele.

31. Zwar benennt sie keine Rechts- und Verwaltungsvorschriften, aus denen sich zum einen die Pflicht zur Überprüfung jeglicher Luftaufnahmen durch den Nachrichtendienst ergibt, die nach Ansicht der belgischen Regierung unzweifelhaft eine

„besondere Sicherheitsmaßnahme" im Sinne der Vorschrift darstellen würde bzw. aus denen sich zum anderen die Ersetzung dieser systematischen Prüfungspflicht durch ein militärisches Sicherheitszertifikat ableiten lässt. Auch ohne dass die belgische Regierung bestimmte Vorschriften benannt hat, besteht wohl kein Anlass, an deren Existenz zu zweifeln. Jedenfalls hat die Kommission am Bestehen dieser Pflicht und wohl auch an deren gesetzlicher Verankerung keine Zweifel geäußert, sondern lediglich deren Einordnung als „besondere Sicherheitsmaßnahme" im Sinne des Artikels 4 Absatz 2 in Frage gestellt.

32. Eine erste Frage ist bereits, inwieweit die allgemeine Pflicht zur Überprüfung von Luftaufnahmen durch den Nachrichtendienst zur Qualifizierung des in Rede stehenden Auftrags herangezogen werden kann, da diese Pflicht entfällt, sobald ein Unternehmen über ein militärisches Sicherheitszertifikat verfügt, was hier zur Bedingung für die Auftragserteilung gemacht wurde.

33. Ich halte es durchaus für vertretbar, die begleitende Überwachung jeglicher Luftaufnahmen durch den Nachrichtendienst aus sicherheitspolitischen Gründen als „besondere Sicherheitsmaßnahme" zu betrachten. Die belgische Regierung hat in diesem Zusammenhang auf mögliche Sabotageakte oder auf terroristische Angriffe hingewiesen, die die Geheimhaltung bestimmter militärischer Einrichtungen bzw. strategischer Punkte gebieten. In der mündlichen Verhandlung wies die Vertreterin der belgischen Regierung exemplarisch auf die Militärbasis in Koksijde an der belgischen Küste hin. An der Berechtigung zum Ergreifen bestimmter Sicherheitsmaßnahmen bei Luftaufnahmen und deren Qualifizierung als „besondere Sicherheitsmaßnahmen" im Sinne des Artikels 4 Absatz 2 der Richtlinie habe ich daher keine Zweifel.

34. Fraglich ist jedoch, ob von einem Erfordernis besonderer Sicherheitsmaßnahmen bei der „Ausführung" [8] des Auftrags die Rede sein kann, wenn das beauftragte Unternehmen über ein militärisches Sicherheitszeugnis verfügt, die systematische Überprüfung der Luftaufnahmen durch den Nachrichtendienst bei der Ausführung des Auftrags also entfällt.

35. Die Kommission ist der Ansicht, dass das als Eignungskriterium für den Auftragnehmer ausgestaltete militärische Sicherheitszeugnis als eine „bestimmte Berechtigung" im Sinne des Artikels 30 Absatz 1 der Richtlinie zu betrachten sei. Es sei als eine Voraussetzung zur Erlangung des Auftrags zu bewerten. Sei der Auftragnehmer jedoch im Besitz dieses Sicherheitszeugnisses, seien keine weiteren „besonderen Sicherheitsmaßnahmen" bei der Ausführung des Auftrags erforderlich.

8 — So der Wortlaut des Artikels 4 Absatz 2 der Richtlinie 92/50.

36. Diese Auffassung verkennt meines Erachtens, dass mit der Erteilung bzw. dem Besitz des militärischen Sicherheitszeugnisses nicht etwa alle weiteren Sicherheitsmaßnahmen entbehrlich wären. Entbehrlich wird nur die systematische Befassung des allgemeinen Nachrichtendienstes. Im Laufe des Verfahrens vor dem Gerichtshof wurde vorgetragen, dass einem Unternehmen, das über ein militärisches Sicherheitszeugnis verfügt, Listen anvertraut werden mit von den nationalen Behörden bzw. von der NATO gekennzeichneten Objekten. Es ist dem Unternehmen überlassen, den Sicherheitsanforderungen Rechnung zu tragen und gegebenenfalls bei der Veröffentlichung von Luftaufnahmen selbst die Maskierung militärisch relevanter Objekte vorzunehmen. Meiner Meinung nach liegt hierin eine Übertragung der besonderen Sicherheitsmaßnahmen auf das mit einem militärischen Sicherheitszeugnis ausgestattete Unternehmen vor. Diese Übertragung der Verantwortung ist wohl auch der Grund dafür, warum die Erlangung des militärischen Sicherheitszeugnisses sich so aufwendig gestaltet. Das Sicherheitszeugnis ist nicht nur eine Momentaufnahme des sicherheitsrelevanten Zustands eines Unternehmens, sondern muss auch eine gewisse Gewähr dafür bieten, dass bei der weiteren Betätigung die Sicherheitsanforderungen gewahrt werden.

37. Ich bin deshalb der Ansicht, dass sich das Erfordernis des Vorliegens eines militärischen Sicherheitszeugnisses nicht im Vorhandensein einer „bestimmten Berechtigung" im Sinne des Artikels 30 Absatz 1 erschöpft, die es ausschlösse, einen durch ein dergestalt ausgewiesenes Unternehmen ausgeführten Auftrag als einen Auftrag zu betrachten, der besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert.

38. Die lückenlose Dokumentierung der belgischen Küste einschließlich des Seehafens von Zeebrugge mittels Luftfotografien — und dies über längere Zeiträume — erscheint mir durchaus geeignet, an die Sicherheitsinteressen des belgischen Staates zu rühren. Ich halte es deshalb auch für plausibel, wenn sich die belgische Regierung darauf beruft, die Ausführung des Auftrags erfordere besondere Sicherheitsmaßnahmen.

39. Ich bin auch der Ansicht, dass es weitgehend Sache einer mitgliedstaatlichen Regierung ist, die Sicherheitsinteressen des Staates einzuschätzen und zu definieren. Wenn sich also die belgische Regierung darauf beruft, die Ausführung des Auftrags erfordere besondere Sicherheitsmaßnahmen, und an dieser Behauptung keine offensichtlichen Zweifel bestehen, sollte dies seitens des Gerichtshofes als ausreichend betrachtet werden für eine Berufung auf Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 92/50. Meiner Ansicht nach kann sich Belgien also zu Recht auf Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie berufen, was zur Unanwendbarkeit der Richtlinie führt. Eine Vertragsverletzung durch den belgischen Staat ist daher nicht festzustellen.

40. Nur für den Fall, dass der Gerichtshof dieser Einschätzung nicht folgen sollte, soll das weitere Vorbringen der Beteiligten geprüft werden.

B — *Zur Unanwendbarkeit der Richtlinie 92/50 angesichts der Einordnung des Auftrags unter Anhang IB der Richtlinie*

41. Unterstellt, die Richtlinie 92/50 wäre grundsätzlich auf den streitgegenständlichen Dienstleistungsauftrag anwendbar, dann stellt sich als nächstes die Frage, ob die in Rede stehenden Dienstleistungen dem Anhang IA oder IB zuzuordnen sind. Die Richtlinie sieht eine „zweistufige Anwendung" vor.[9] Gemäß dem einundzwanzigsten Erwägungsgrund der Richtlinie muss „die volle Anwendung dieser Richtlinie [...] für eine Übergangszeit auf die Vergabe von Aufträgen für solche Dienstleistungen beschränkt werden, bezüglich deren ihre Vorschriften dazu beitragen, das Potenzial für mehr grenzüberschreitende Geschäfte voll auszunutzen. Aufträge für andere Dienstleistungen müssen für eine gewisse Zeit beobachtet werden, bevor die volle Anwendung dieser Richtlinie beschlossen werden kann ...".

42. Im siebten Erwägungsgrund heißt es:

„Der Dienstleistungsbereich lässt sich für die Anwendung von Vergabevorschriften und zur Beobachtung am besten durch eine Unterteilung in Kategorien in Anlehnung an bestimmte Positionen einer gemeinsamen Nomenklatur beschreiben. Die Anhänge IA und IB dieser Richtlinie enthalten Bezugnahmen auf die CPC-Nomenklatur der Vereinten Nationen. Diese Nomenklatur könnte in der Zukunft durch eine Nomenklatur der Gemeinschaft ersetzt werden. ..."[10]

43. Gemäß Artikel 8 der Richtlinie werden Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben. Es kommt also zu einer vollständigen Anwendung der Vergabevorschriften der Richtlinie 92/50. Nach Artikel 9 der Richtlinie werden Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IB sind, gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben. Es kommen also nur die gemeinsamen technischen Vorschriften nach Artikel 14 und die Pflicht zur Bekanntgabe über die Ergebnisse des Vergabeverfahrens nach Artikel 16 zur Anwendung. Es ist daher für die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur Beachtung der Vergabevorschriften von elementarer Bedeutung, in welche Kategorie des Anhangs I die dem Auftrag zugrunde liegenden Dienstleistungen einzuordnen sind.

44. Die Kommission ist nun der Ansicht, der streitgegenständliche Auftrag unterfalle der Kategorie 12 des Anhangs IA, während die belgische Regierung den Standpunkt vertritt, der Auftrag unterstehe der Kategorie 27 des Anhangs IB. Es erscheint mir unbestreitbar, dass der in Rede stehende Auftrag Elemente der Landschaftsplanung und Dienstleistungen der zugehörigen

9 — Vgl. die Überschrift des Abschnitts II der Richtlinie.

10 — Eine derartige gemeinschaftliche Güterklassifikation für statistische Zwecke wurde in Form der Verordnung (EWG) Nr. 3696/93 des Rates vom 29. Oktober 1993 betreffend die statistische Güterklassifikation in Verbindung mit den Wirtschaftszweigen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft erlassen (ABl. L 342, S. 1).

wirtschaftlichen und technischen Beratung enthält. Unstreitig hat der Auftrag jedoch auch Luftaufnahmen zum Gegenstand, die a priori nicht unter die Kategorie 12 des Anhangs IA fallen. Unstreitig ist auch, dass Luftaufnahmen weder in Anhang IA noch IB ausdrücklich aufgeführt werden.

45. Die belgische Regierung hat nun darauf verwiesen, dass die CPC-Nomenklatur ausdrücklich eine Position „Luftaufnahmen" enthalte, und zwar die Nummer 87504. Die gemeinschaftliche Güterklassifikation, genannt CPA [11], in der Verordnung Nr. 3696/93 enthält entsprechend der CPC-Referenznummer 875 a eine Kategorie 74.81.2 „Dienstleistungen des fotografischen Gewerbes". Die Unterkategorie 74.81.25 mit der Bezeichnung „Luftbildfotografie" entspricht der CPC-Referenznummer 87504.1 [12]. Da sie keiner der anderen Kategorien in Anhang I der Richtlinie zuzuordnen ist, wird sie von der Kategorie 27 „Sonstige Dienstleistungen" erfasst. Dies ist eine Art Auffangtitel. Sie ist die einzige Kategorie, der keine CPC-Referenznummern zugeordnet sind. Daran, dass die Luftfotografie an sich der Kategorie 27 unterfällt, kann also nicht ernsthaft gezweifelt werden. Der Gerichtshof hat auch im Urteil in der Rechtssache Tögel [13] entschieden, dass die Verweisung auf die CPC-Nomenklatur in den Anhängen IA und IB der Richtlinie 92/50 verbindlich ist.

46. Fraglich ist nur, nach welchen Regeln der Auftrag vergeben werden muss, wenn Teile seines Gegenstands dem Anhang IA zuzuordnen sind, während andere dem Anhang IB unterfallen. Artikel 10 enthält für derartige Fälle eine verbindliche Regel:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA und des Anhangs IB sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben, wenn der Wert der Dienstleistung des Anhangs IA größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs IB. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben."

47. In dem Urteil in der Rechtssache Swoboda [14] hat der Gerichtshof ausgeführt, Artikel 10 liefere „ein eindeutiges Kriterium für die Bestimmung der Regelung, die auf einen Auftrag anwendbar ist, der sich aus verschiedenen Dienstleistungen zusammensetzt; dieses Kriterium beruht auf dem Vergleich des *Wertes der Dienstleistung* des Anhangs IA dieser Richtlinie mit denjenigen der Dienstleistungen des Anhangs IB". [15]

48. Der Gerichtshof hat in diesem Urteil ausdrücklich die Auffassung zurückgewiesen, dass der Hauptgegenstand des

11 — Vgl. Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung Nr. 3696/93 (zitiert in Fußnote 10).

12 — Vgl. Verordnung Nr. 3696/93 (zitiert in Fußnote 10), S. 113 f.

13 — Urteil vom 24. September 1998 in der Rechtssache C-76/97 (Tögel, Slg. 1998, I-5357, Randnr. 37).

14 — Urteil vom 14. November 2002 in der Rechtssache C-411/00 (Felix Swoboda GmbH, Slg. 2002, I-10567).

15 — Vgl. Urteil in der Rechtssache Swoboda (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 52; Hervorhebung durch den Verfasser).

Auftrags bestimme, welche Regeln auf diesen anwendbar seien.[16] Gleichwohl hat er keinen Zweifel daran gelassen, dass die Dienstleistungen eines zu vergebenden Auftrags zwar unterschiedlicher Natur sein könnten, jedoch der Verwirklichung eines einheitlichen Zwecks dienten, der Auftrag also einheitlich zu vergeben sei.[17]

49. Maßgeblich ist also die wertmäßige Bestimmung der einzelnen Dienstleistungen. In dem Urteil Swoboda, das in einem Vorabentscheidungsverfahren erging, sagte der Gerichtshof, „dass die Einreihung der Dienstleistungen in die Anhänge IA und IB der Richtlinie 92/50 vor allem eine Frage tatsächlicher Art ist, deren Beurteilung *dem Auftraggeber* vorbehaltlich der Nachprüfung durch die nationalen Gerichte *obliegt*".[18]

50. Zur Nachprüfung durch die nationalen Gerichte kommt es im vorliegenden Verfahren nicht, da es sich um ein Vertragsverletzungsverfahren handelt. Die Tatsachenfrage wird also für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens vom Gerichtshof zu entscheiden sein.

51. Sowohl die Kommission als auch die belgische Regierung haben Berechnungen angestellt, um den wertmäßigen Anteil der Luftfotografie an dem Auftrag zu bestimmen. Die Kommission kam dabei auf einen Anteil von 46,56%, während die belgische Regierung verschiedene Berechnungen angestellt hat, die ich im Einzelnen hier nicht rekapitulieren möchte, die jedoch alle darauf hinauslaufen, dass die Luftfotografie auch wirtschaftlich deutlich über 50% des Auftrags ausmacht.

52. Als Reaktion auf die von der Kommission veranschlagten 46,56% stellte die belgische Regierung eine Gegenberechnung an. Die Kommission habe bei ihren Berechnungen nur die Leistungen des Typs I, II und III des Dienstleistungsauftrags berücksichtigt, während sie für die Leistungen des Typs IV „Vorbehaltener Betrag"[19] keinen Anteil für Luftaufnahmen veranschlagt habe. Der „vorbehaltene Betrag" sei dazu bestimmt, Bedürfnisse jedweder Art zu decken, die sich als erforderlich erweisen sollten, die jedoch bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar waren. Der Begriff „insbesondere"[20] zeige, dass der Betrag auch für andere Leistungen als in Artikel 7 des Dienstleistungsvertrages, also

16 — Vgl. Urteil in der Rechtssache Swoboda (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 49).

17 — Vgl. Urteil in der Rechtssache Swoboda (zitiert in Fußnote 14, Randnrn. 56 und 59).

18 — Vgl. Urteil in der Rechtssache Swoboda (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 62; Hervorhebung durch den Verfasser).

19 — „Voorbehouden som/somme reservé". Die Beschreibung der Leistungen des Typs IV in Artikel 7 des Vertrages vom 13. Januar 1995 lautet sinngemäß: „Der vorbehaltene Betrag (Leistungstyp IV — ...) beläuft sich auf 15 Millionen BEF (außer für die Vertragsjahre 1998/1999 und 1999/2000, wo aus budgetären Gründen nur 12,5 Millionen vorgesehen sind) und kann *insbesondere* verwandt werden:
1. für die Kontrollen, nach jedem Messflug des Zustands von Strand und Dünen sowohl im Hinblick auf die Strandmorphologie als auch auf den Dünenaufbau, gemessen an den Normen und Reglementierungen, festgelegt in dem ‚Doindecreet' einerseits und der ‚Normstelling Kust 2000' andererseits;
2. für die Lieferung der Messergebnisse auf einen mit den Geräten der Verwaltung kompatiblen Magnetträger;
3. um dem Vertragspartner zu erlauben, die Norm ISO 9000 zu erhalten für die Tätigkeiten, die für die Ausführung des vorliegenden Auftrags unentbehrlich sind;
4. für neue oder erneuerte Techniken, die während der Laufzeit des Vertrages erscheinen und die genutzt werden können, um den Kontrollauftrag qualitativ und/oder quantitativ zu verbessern."

20 — Vgl. die Formulierung des Artikels 7 des Vertrages vom 13. Januar 1995 (in der vorigen Fußnote 19).

auch für die den Leistungen des Typs I, II und III vergleichbare Dienstleistungen, verwendet werden könne.

53. Ginge man von dem von der Kommission veranschlagten Anteil an der Luftfotografie im Rahmen der Leistungen des Typs I, II und III, also 61,80%, aus und übertrage diesen Anteil auf die Leistungen des Typs IV, dann müsse man von einem Gesamtanteil der Luftfotografie von 61,80% an dem Auftrag ausgehen. Diese Schätzung gebiete sich jedenfalls bei einer Ex-ante-Betrachtung, die zum Zeitpunkt der Vergabe des Auftrags anzustellen sei. Eine Betrachtung der tatsächlich erbrachten Dienstleistungen im Rahmen einer Ex-poste-Betrachtung ergebe, dass sich der Anteil der Luftfotografie an den Leistungen des Typs IV auf 56% belaufe. In jedem Fall betrage der Anteil der Luftfotografie deutlich mehr als 50% des Gesamtwerts des Auftrags.

54. Die vorstehend nachgezeichnete Argumentation der belgischen Regierung begegnet meines Erachtens keinen grundsätzlichen Bedenken. Außerdem glaube ich aus der Formulierung in dem Urteil Swoboda [21], nach der die Einreihung der Dienstleistungen in die Anhänge IA und IB der Richtlinie der Beurteilung des Auftraggebers obliegt, entnehmen zu können, dass der Gerichtshof dem Auftraggeber ein gewisses Ermessen bei der Einreihung zubilligt.

55. Ich sehe daher keine Veranlassung, an der Einschätzung der belgischen Regierung, die Luftfotografie sei wertmäßig ausschlaggebend, zu zweifeln. Demnach fiele also der Auftrag unter Anhang IB, so dass das gemeinschaftsrechtliche Ausschreibungsverfahren nach den Abschnitten III bis VI der Richtlinie 92/50 nicht beachtet werden müsste. Die Vertragsverletzungsklage wäre also auch unter diesem Blickwinkel abzuweisen.

56. Die Erörterung, ob sich die belgische Regierung erfolgreich auf Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b berufen kann, kann daher dahinstehen.

VI — Kosten

57. Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Die belgische Regierung hat jedoch keinen Kostenantrag gestellt. Jede Partei trägt daher ihre eigenen Kosten.

21 — Vgl. Urteil in der Rechtssache Swoboda (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 62).

VII — Ergebnis

58. Als Ergebnis vorstehender Überlegungen schlage ich folgende Entscheidung vor:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten.