FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER
fremsat den 3. april 2003 [1]

I — Indledning

1. I denne traktatbrudssag har Kommissionen kritiseret Kongeriget Belgien for at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [2] (herefter »direktivet« — efterfølgende henvisning til artikler uden reference henviser til dette direktiv). Kommissionen er af den opfattelse, at Kongeriget Belgien særligt har tilsidesat artikel 11, stk. 3, og artikel 15, stk. 2, ved, som led i udbud efter forhandling, på ulovlig vis (uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse) at have tildelt en kontrakt om overvågning af kysten ved hjælp af luftfotografier uden at have tilkendegivet sin hensigt herom. Kongeriget Belgien anser ikke direktivet for anvendeligt, idet den omhandlede tjenesteydelse vedrører landets sikkerhed.

1 — Originalsprog: tysk.
2 — EUT L 209, s. 1.

II — Relevante retsregler

Direktiv 92/50

2. De følgende artikler er affattet således:

Artikel 4, stk. 2

»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.«

Artikel 8

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

Artikel 9

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16[3].«

Artikel 10

»Aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

Artikel 11, stk. 3

»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

[...]«

Artikel 15, stk. 2

»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.«

Artikel 30, stk. 1

»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.«

3 — Artiklen omfatter de fælles tekniske bestemmelser, hvorimod artikel 16 vedrører offentliggørelsen af resultatet af tildelingsproceduren.

Kategori 12 i bilag I A omfatter:

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

Kategori 27 i bilag I B omfatter:

Kategori	Beskrivelse	CPC-referencenummer
27	Andre tjenesteydelser	—

3. Forkortelsen CPC henviser til De Forenede Nationers »fælles vareklassifikation«.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

4. Den 7. april 1988 offentliggjorde myndigheden med ansvar for vandvejene og søfart[4], som på dette tidspunkt var et statsligt foretagende, et begrænset udbud vedrørende overvågning af den belgiske kyst ved hjælp af teledetektion fra luften. Kontrakten blev tildelt den belgiske virksomhed Eurosense Belfotop NV (herefter »Eurosense Belfotop«), der var bedst ud fra et såvel teknisk som økonomisk hensyn.

5. Henset til decentraliseringen af den belgiske stat besluttede det daværende ministerielle Udvalg for Økonomisk og

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

Social Industrialisering at indgå kontrakten for et år. Den 29. juni 1989 besluttede den flamske regering på grundlag af udbuddet i 1988 at forlænge kontrakten for en periode på seks år. Kontrakten vedrørte hovedsageligt regelmæssig overvågning af den belgiske kysts klitrækker, forstrande og strande ved hjælp af teledetektion fra luften samt bearbejdning af de derigennem indsamlede data.

6. De flamske myndigheder har siden 1992 undersøgt muligheden for at tilpasse kontrakten ved brug af et tillæg hertil. 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.

7. 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, 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 [5] og 2. Kommissionen gjorde desuden gældende, at tildeling af kontrakt efter et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse ikke kan begrundes i direktivets artikel 11, stk. 3.

8. Ved svarskrivelse af 2. februar 1996 afviste den belgiske regering disse klagepunkter. Den belgiske regering gjorde for det første gældende, at direktivet er anvendeligt på den omhandlede kontrakt i henhold til artikel 4, stk. 2, og for det andet, at tildelingen af kontrakt ved udbud efter forhandling er berettiget i henhold til direktivets artikel 11, stk. 3, litra b). I den forbindelse anførte den belgiske regering fem kriterier, der var stillet som krav for tildeling af den omhandlede kontrakt, nemlig

a) kravet om et militært sikkerhedscertifikat

b) autorisation fra luftfartsvæsenet til at foretage enhver form for arbejde i luften

c) fornødent knowhow, teknologi og udstyr

5 — Artikel 15, stk. 1, vedrører den vejledende bekendtgørelse af det samlede behov for tjenesteydelser, som man agter at indgå i løbet af de næste 12 måneder.

d) opfyldelse af alle betingelserne om fornødent knowhow, teknologi og udstyr inden for samme virksomhed, samt

e) rådighed over tilstrækkelige økonomiske midler til årligt at levere tjenesteydelser svarende til en værdi af 80 000 000 BEF.

Derudover var der andre faktorer, som måtte berettige tildelingen af kontrakten ved anvendelse af udbud efter forhandling, nemlig enerettigheder og særligt ophavsrettigheder, rådighed over fly inden for to timers flyvning fra den belgiske kyst og kendskab til det nederlandske sprog.

9. Den 10. marts 1999 fremsatte Kommissionen ikke desto mindre en begrundet udtalelse over for Kongeriget Belgien, hvori den gentog sine indsigelser. Den belgiske regering svarede ved skrivelse af 1. juni 1999, hvori den gjorde gældende, at den vigtigste del af kontrakten består i levering af luftfotografier, der ikke er omfattet af kategori 12 i bilag I A til direktivet, men af kategori 27 (Andre tjenesteydelser) i bilag I B.

10. Ved stævning af 29. juni 2001 anlagde Kommissionen en traktatbrudssag med følgende påstande:

— Det fastslås efter [...], at Kongeriget Belgien [artikel 226, stk. 1, EF] har tilsidesat sine forpligtelser i medfør af Rådets direktiv 92/50/EØF, af 18. juni 1992, særligt artikel 11, stk. 3, og artikel 15, stk. 2, da det har undladt i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* 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.

— Det [fastslås, at Kongeriget Belgien] uden begrundelse retsstridigt anvendte udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

— Kongeriget Belgien tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11. Den belgiske regering har nu vel ikke formeligt nedlagt påstand om frifindelse, men den har udtrykkeligt bestridt, at den skulle have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet.

IV — Parternes argumenter

12. Parternes anbringender vedrører det af Kongeriget Belgien allerede anførte under den administrative procedure. Den følgende redegørelse vil holde sig til de tre grunde, som er påberåbt.

A — *Påstanden om, at direktivet ikke er anvendeligt i henhold til artikel 4, stk. 2 (særlige sikkerhedsforanstaltninger)*

13. *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. Det forhold, at de virksomheder, der får til opgave at tage de pågældende luftfotos og samtidig behandle de oplysninger, som fremgår heraf, skal råde over et militært sikkerhedscertifikat, udgør ikke en »særlig sikkerhedsforanstaltning« i henhold til denne bestemmelse. Det skal derimod betragtes som en licens eller »en bestemt autorisation«, som de bydende firmaer skal have i henhold til artikel 30, stk. 1.

14. Den *belgiske regering* har derimod gjort gældende, at artikel 4, stk. 2, er anvendelig, idet et af kriterierne for tildeling af kontrakten er besiddelse af et militært sikkerhedscertifikat. Alene 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 med et sådant certifikat modtager en liste over fortrolige objekter, som gør det muligt for dem efter den oprindelige målsætning at arbejde direkte med deres optagelser og selv at censurere de fortrolige objekter ved eventuel offentliggørelse eller ved senere meddelelser, dvs. gøre dem ukendelige. Virksomheder, der ikke råder over et sådant militært sikkerhedscertifikat, skal inden enhver behandling af oplysninger fremsende disse til Efterretningstjenesten [6], der efterprøver, om de indeholder fortrolige objekter, og i givet fald censurerer dem. Anvendelsen af en sådan procedure er ikke mulig i den foreliggende sag, idet den for det første indebærer uforholdsmæssige forsinkelser i nødstilfælde — såsom ved dårligt vejr — og for det andet fordi den ville betyde tab af vigtig information, såfremt negativerne var gjort ukendelige.

B — *Direktivet finder ikke anvendelse i henhold til tillæg I B*

15. *Kommissionen* er af den opfattelse, at den omhandlede kontrakt henhører under afsnit 867 i CPC-nomenklaturen (arkitektbistand, teknisk rådgivning og rådgivende

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

ingeniør virksomhed); den omfattes dermed også af kategori 12 i bilag I A til direktivet, såfremt alle direktivets bestemmelser uden undtagelse er anvendelige på den omhandlede kontrakt. Afsnit 867 er inddelt i flere underafsnit som f.eks. nr. 8675 (tjenester i forbindelse med videnskabelig og teknisk vejledning), som derefter igen er underinddelt i underrubrikker. De tjenester, der er genstand for den omhandlede kontrakt, henhører ifølge Kommissionen under nr. 86753 (udførelse af undersøgelser af jordoverfladen) og nr. 86754 (kortfremstilling).

16. Trods det forhold, at aftalen omfatter luftfotografier, som isoleret set skulle kunne henføres til underafsnit 87404, er aftalens formål mere omfattende end som så, idet den er forbundet med det overvågningsprogram, den belgiske myndighed har udarbejdet som garanti for sikkerheden ved kysten og indbyggerne langs kysten.

17. Kommissionen er desuden af den opfattelse, at udførelsen af teledetektion ikke udgør størstedelen af kontraktsummen, idet udgiften til luftfotografierne blot udgør 245 464 732 BEF — dvs. 46,56% af et samlet beløb på 527 194 225 BEF.

18. Den *belgiske regering* fastholder derimod, at størstedelen af kontrakten vedrører luftfotografering, og at denne tjenesteydelse ikke henhører under kategori 12 i bilag I A, men derimod til kategori 27 (andre tjenesteydelser) i bilag I B. Ingen af de 27 kategorier, som er nævnt i bilag I A og I B til direktivet, indeholder udtrykket »luftfotograferingstjenesteydelser.« Ud over de nævnte betegnelser henviser direktivet også til De Forenede Nationers CPC-nomenklatur, hvori luftfotografering nævnes under nr. 875041.1. Bilagene til direktivet henviser imidlertid ikke til dette nummer. Derimod omfatter kategori 27 i bilag I B »øvrige tjenester« og er således en åben kategori, der ikke er knyttet til CPC-nomenklaturen. Luftfotografering bør følgelig henføres til denne kategori.

19. Den belgiske regering har desuden anført, at tjenesteydelsen vedrører hovedsageligt luftfotografering, og at den først og fremmest omfatter selve luftfotograferingen og dernæst de tilknyttede processer. For det andet vedrører kvalitetskravene for tildelingen af kontrakten luftfotografering. Endelig udgør udgiften til luftfotografering et beløb på 295 202 732 BEF af et slutbeløb på 527 194 225 BEF, hvilket medfører, at størstedelen af det budgetterede beløb, nemlig 56%, er afsat til luftfotografering. Den omhandlede kontrakt skal derfor anses for at omhandle tjenesten luftfotografering, og den skal dermed henføres under kategorien »øvrige tjenester«, hvorfor direktivet følgelig ikke er anvendeligt i den foreliggende sag.

C — *Påstanden om, at udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse i henhold til artikel 11, stk. 3, litra b), i direktiv 92/50 var berettiget ved tildeling af kontrakten*

20. Kommissionen er af den opfattelse, at artikel 11, stk. 3, litra b), ikke kan påberåbes, idet den gør gældende, at kravet om ihændehavelse af et militært sikkerhedscertifikat ikke vedrører »tekniske grunde« i bestemmelsens forstand. Der er derimod tale om ihændehavelse af en bestemt autorisation eller godkendelse.

21. Kommissionen har i den forbindelse anført, at den belgiske regering hverken har påstået eller bevist, at Eurosense Belfotop er den eneste virksomhed, som er i besiddelse af fornødent knowhow, teknologi og udstyr. Undladelsen af at anvende bestemmelserne angående offentliggørelse af offentlige kontrakter har dermed hindret andre potentielle bydende fra at kunne bevise, at de opfylder de opstillede krav. Det er i øvrigt også relevant at tilføje, at kontrakten pålagde de relevante virksomheder at udvikle en ny teknologi — den såkaldte aerolaserhypsometri [7]. Det forhold, at denne teknik allerede anvendes i udlandet, tyder på, at de tekniske vilkår blev stillet med henblik på det omtalte selskab og ikke omvendt. Det kan heller ikke udelukkes, at der er diverse virksomheder, som inden for en vis tidsfrist ville kunne udvikle et program, der ville være identisk eller sammenligneligt med det, som hidtil kun Eurosense belfotop har anvendt.

22. Ifølge Kommissionen udgør enerettigheder og ophavsrettigheder i forbindelse med fremstilling af det omhandlede program ikke enerettigheder i den betydning, der er omhandlet i direktivets artikel 11, stk. 3. De er udelukkende et resultat af den udvikling af visse processer, som er sket i forbindelse med opfyldelse af 1989-aftalen, og de kan derfor ikke anses for værende uundværlige ved opfyldelsen af den omhandlede tjeneste. En hvilken som helst anden kontraherende part ville også have kunnet erhverve visse enerettigheder i løbet af kontraktens opfyldelse.

23. Det er desuden ikke utænkeligt, at de optagelser, der er fremkommet ved luftfotografering, er blevet regionen Flanderns ejendom, og at Eurosense Belfotop derfor ikke råder over nogen enerettigheder i den betydning, som fremgår af direktivets artikel 11, stk. 3, litra b). Eftersom undtagelsesbestemmelsen ydermere skal tolkes restriktivt, er det derfor uvist, om ophavsretten skal anses for en enerettighed i den betydning, der fremgår af artikel, 11, stk. 3, litra b).

24. Den *belgiske regering* har gjort gældende, at såfremt den omhandlede aftale skal henføres under bilag I A til direktivet

7 — Vedrørende måling af højde.

— hvilket den belgiske regering udtrykkeligt har bestridt — er tildelingen af kontrakten ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse forenelig med direktivets artikel 11, stk. 3. Det understreges, at udførelsen af den omhandlede tjeneste af tekniske årsager, og af hensyn til beskyttelsen af enerettigheder, udelukkende kan udføres af Eurosense Belfotop.

25. De tekniske krav hænger sammen med de kvalitative kriterier for udvælgelse, som regionen Flandern har benyttet ved forhandlingen. Derfor blev der stillet krav om besiddelse af et militært sikkerhedscertifikat til udførelse af kontrakten. Såvel Eurosense Belfotop som tre andre virksomheder var på tidspunktet for forhandlingerne i besiddelse af et sådant certifikat. Regionen Flandern ville ikke kunne have tildelt kontrakten til en virksomhed, der ikke var i besiddelse af det nævnte certifikat, idet proceduren til opnåelse af det omtalte certifikat er langvarig og omkostningskrævende. For at kunne tage luftfotografier kræves der yderligere en tilladelse til luftfotografering for så vidt angår specialfotografering.

26. Den belgiske regering har yderligere bemærket, at der ved udførelsen af tjenesten kræves, at negativerne og de multispektrale scanninger, som indeholder optagelser fra luften, skal gennemgå en meget speciel behandling ved omdannelsen til digitale data, tabeller, grafik og kort, hvilket forudsætter anvendelse af speciel teknik og et dertil specielt udviklet data-program. Registreringen af de oplysninger, som opnås ved luftfotografering, samt bearbejdning og tolkning af disse, er kun mulig på grund af sagkyndigt personale med en specieluddannelse.

27. Den knowhow og teknik samt det udstyr, som ifølge den belgiske regering er påkrævet, skal desuden være samlet i én og samme virksomhed, således at det ikke er nødvendigt at anvende underleverandører. I den henseende medfører et militært sikkerhedscertifikat, at virksomheden får overdraget en liste over militære hemmeligheder, og at den dernæst på egen hånd skal censurere sine optagelser. Inden en virksomhed modtager et sådant certifikat, foretages der en fuldstændig kontrol af virksomhedens personale såvel som af dens anlæg. Der er ligeledes foreskrevet meget strenge regler for adgangen til det fotografiske materiale. De bygninger, der benyttes ved arkivering og lagring, samt de, som anvendes ved benyttelsen af ucensurerede optagelser, skal også opfylde mange sikkerhedsbetingelser. Et af vilkårene i kontrakten er desuden, at den kontraherende part skal opbevare alle ucensurerede optagelser i egne anlæg, der ligeledes er godkendt i henhold til militærcertifikatet. Dette vilkår udelukker hermed tydeligvis enhver midlertidig kontrakt til andre kontraktparter eller anvendelse af underleverandører.

28. Endvidere skal personalet på flyene kunne nås inden for to timer, og det nederlandske sprog skal anvendes, således at man kan kommunikere med regionen

Flandern om disse komplicerede emner. Det firma, som byder på kontrakten, skal ydermere være i besiddelse af tilstrækkelig økonomiske ressourcer, således at der kan garanteres en fortløbende opfyldelse af de forpligtelser, der følger af en langfristet kontrakt. Både Eurosense Belfotops erfaring og de erfaringer, som den belgiske myndighed med ansvar for vandvejene og søfart har gjort, førte til, at man ikke fandt, at nogen anden virksomhed var i stand til at gennemføre tjenesten og sørge for kontinuitet i programmet.

V — Stillingtagen

A — *Spørgsmålet, om direktivet finder anvendelse i henhold til artikel 4, stk. 2*

29. Hvad angår enerettigheder — såvel ophavsrettigheder til diverse dataprogrammer som eneretten til at de indsamlede oplysninger — var regionen Flandern ifølge den belgiske regering af den opfattelse, at Eurosense Belfotop var den eneste virksomhed, man kunne forhandle med. Virksomheden havde selvstændigt udviklet dataprogrammer og teknik til udførelse af målinger og fremstilling af kort til benyttelse ved bevogtningen af den belgiske kyst. Program og teknik er unika, hvorfor virksomheden i den henseende selv beholder ophavs- og patentrettighederne hertil. I den oprindelige aftale fra 1989 fremgik det endvidere, at Eurosense Belfotop skulle have ejendomsretten til optagelserne, at regionen Flandern udelukkende måtte benytte optagelserne til eget brug, og at de ikke måtte videregives til tredjemand uden tilladelse fra Eurosense Belfotop, hvilket er gældende under hele kontraktforløbet og i de tre efterfølgende år. Dermed vil andre virksomheder heller ikke kunne anvende de af Eurosense Belfotop indsamlede oplysninger, og de vil heller ikke være i stand til at dokumentere udviklingen af den belgiske kyst.

30. Indledningsvis skal det undersøges, om direktivet i det hele taget er anvendeligt på den omhandlede kontrakt. Det følger direkte af ordlyden i artikel 4, stk. 2, at det ikke finder anvendelse på tjenesteydelser, hvis udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger i overensstemmelse med gældende love og administrative bestemmelser i den pågældende medlemsstat. Den belgiske regering er af den opfattelse, at den omhandlede kontrakt netop angår sådanne særlige sikkerhedsforanstaltninger.

31. Ganske vist angiver den belgiske regering ikke nogen lov- eller forvaltningsforskrift, hvoraf der dels fremgår krav om, at efterretningstjenesten skal kontrollere ethvert luftfoto, hvilket utvivlsomt — ifølge regeringen — ville udgøre »en særlig sikker-

hedsforanstaltning« i direktivets forstand, dels fremgår den mulighed, at den systematiske kontrol kan erstattes med et militært sikkerhedscertifikat. Selv om den belgiske regering ikke har angivet nogen konkret bestemmelse, er der imidlertid ingen grund til at tvivle på, at de findes. Kommissionen har heller ikke stillet spørgsmålstegn med hensyn til, om forpligtelsen består, og heller ikke med hensyn til dens retlige grundlag, men den har derimod stillet spørgsmålstegn ved dens kvalifikation som »en særlig sikkerhedsforanstaltning« som omhandlet i artikel 4, stk. 2.

32. Det er derfor hensigtsmæssigt først at spørge, i hvilken udstrækning efterretningstjenestens generelle forpligtelse til at kontrollere luftfotografierne kan anvendes som krav ved tildeling af den omtvistede kontrakt, idet dette krav bortfalder, så snart en virksomhed er i besiddelse af et militært sikkerhedscertifikat, hvilket i den foreliggende sag stilles som krav ved tildeling af kontrakten.

33. Jeg anser det absolut for holdbart at betragte det forhold, at ethvert luftfoto skal undersøges af efterretningstjenesten af sikkerhedspolitiske årsager, som »en særlig sikkerhedsforanstaltning«. Den belgiske regering har i den forbindelse anført, at risikoen for sabotage og terrorangreb nødvendiggør hemmeligholdelsen af visse militære anlæg og strategiske områder. Som et eksempel nævnte den belgiske regering ved den mundtlige forhandling militærbasen i Koksijde ved den belgiske kyst. Jeg finder det derfor utvivlsomt, at indførelsen af visse sikkerhedsprocedurer i forbindelse med luftfotografering er berettiget, ligesom det også er berettiget at kvalificere dem som »særlige sikkerhedsforanstaltninger« i direktivets forstand.

34. Man kan derimod stille spørgsmålstegn ved kravet om særlige sikkerhedsforanstaltninger ved kontraktens »gennemførelse« [8], når den udvalgte virksomhed er indehaver af et militært sikkerhedscertifikat, som indebærer, at efterretningstjenestens kontrol af luftfotografierne bortfalder ved gennemførelsen af kontrakten.

35. Kommissionen har anført, at det krav, der stilles som kvalifikationskrav til den kontraherende part om et militært sikkerhedscertifikat, skal betragtes som »en bestemt autorisation« som omhandlet i direktivets artikel 30, stk. 1, og at det skal opfattes som et vilkår til opnåelse af kontrakten. Såfremt kontraktindehaveren derimod er i besiddelse af et militært sikkerhedscertifikat, stilles der imidlertid ikke krav om andre »særlige sikkerhedsforanstaltninger« ved udførelsen af kontrakten.

8 — Det fremgår af selve ordlyden af direktivets artikel 4, stk. 2.

36. Efter min mening er man derved ikke opmærksom på, at udstedelsen eller besiddelsen af et militært sikkerhedscertifikat ikke betyder, at alle andre sikkerhedskrav kan udelades. Det eneste krav, der kan bortfalde, er kravet til efterretningstjenestens automatiske kontrol. Under retsforhandlingerne for Domstolen er det blevet anført, at en virksomhed med militært sikkerhedscertifikat får overdraget lister over objekter, som er blevet klassificeret af de nationale myndigheder eller NATO. Det er herefter disse virksomheders ansvar at tage højde for sikkerhedskravene og i tilfælde af offentliggørelse af luftfotografierne selv at sørge for at censurere de relevante militære objekter. Efter min mening indebærer dette, at de særlige sikkerhedsforanstaltninger hermed overlades til de virksomheder, der er indehavere af et militært sikkerhedscertifikat. Denne overførelse af ansvaret for sikkerheden er formentlig også grunden til, at proceduren ved indhentelse af et militært sikkerhedscertifikat er så langvarig. Et militært sikkerhedscertifikat bliver ikke tildelt en virksomhed udelukkende på grund af. dens aktuelle situation — det skal samtidig være en garanti for, at virksomheden også i fremtiden kan opfylde sikkerhedskravene.

37. Jeg mener derfor, at kravet om besiddelse af et militært sikkerhedscertifikat ikke er omfattet af en »bestemt autorisation« som omhandlet i artikel 30, stk. 1, der udelukker, at man anser en kontrakt, som opfyldes af et således legitimeret selskab, for en kontrakt, som kræver særlige sikkerhedsforanstaltninger.

38. Den fuldstændige kortlægning af den belgiske kyst, inklusive havnen i Zeebrugge, som sker ved luftfotografier, og som desuden strækker sig over en længerevarende periode, finder jeg klart vedrører den belgiske stats sikkerhedsinteresser. Jeg mener derfor også, at den belgiske regerings påstand om, at den omhandlede kontrakt kræver særlige sikkerhedsforanstaltninger, er berettiget.

39. Jeg er endvidere af den opfattelse, at det principielt tilkommer medlemsstaternes egne regeringer at bedømme og definere statens sikkerhedsinteresser. Når den belgiske regering gør gældende, at udførelsen af tjenesten kræver særlige sikkerhedsforanstaltninger, og der ikke foreligger nogen åbenbar tvivl herom, bør dette anses for tilstrækkeligt til, at Domstolen finder direktivets artikel 4, stk. 2, anvendeligt. Det er derfor min opfattelse, at Kongeriget Belgien således med rette kan påberåbe sig direktivets artikel 4, stk. 2, hvilket medfører, at det ikke er anvendeligt. Derfor kan den belgiske stat heller ikke dømmes for traktatbrud.

40. De andre anbringender i sagen behandles kun, såfremt Domstolen ikke er enig i det ovenfor anførte.

B — *Spørgsmålet, om direktiv 92/50 er uanvendeligt som følge af, at kontrakten henføres under bilag I B*

41. Såfremt det lægges til grund, at direktivet finder anvendelse på den omhandlede tjenesteydelse, opstår spørgsmålet, om leveringen af tjenesteydelserne dermed er omfattet af bilag I A eller bilag I B. Direktivet fastsætter en »todelt anvendelse« [9]. Det bestemmes i 21. betragtning til direktivet, at »dette direktiv skal i en overgangsperiode kun finde fuld anvendelse på aftaler om udførelse af tjenesteydelser, for hvilke dets bestemmelser vil gøre det muligt at udnytte alle muligheder for en øget samhandel på tværs af landegrænserne; [...] aftaler om udførelse af andre tjenesteydelser bør overvåges i en vis periode, inden der træffes beslutning om, hvorvidt dette direktiv skal finde fuld anvendelse på dem [...]«.

42. I syvende betragtning til direktivet udtales, at:

»[...] med henblik på anvendelse af reglerne om udbud og af tilsynsmæssige hensyn beskrives tjenesteydelsesområdet bedst ved at inddele tjenesteydelserne i kategorier, der svarer til bestemte positioner i en fælles nomenklatur; i bilag I A og I B til dette direktiv henvises der til De Forenede Nationers CPC-nomenklatur (fælles vareklassifikation); denne nomenklatur vil måske engang i fremtiden blive erstattet af en fællesskabsnomenklatur [...]« [10].

43. I henhold til direktivets artikel 8 skal de aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås ifølge bestemmelserne i afsnit III-VI. Direktivets bestemmelser skal således gennemføres fuldt ud. Derimod følger det af artikel 9 i direktivet, at aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås ifølge bestemmelserne i artikel 14 og 16. Dermed er det kun de fælles tekniske bestemmelser i artikel 14, og den i artikel 16 foreskrevne pligt til offentliggørelse, der finder anvendelse. I forbindelse med fællesskabsrettens krav om at respektere bestemmelserne om tildeling af kontrakt er det derfor vigtigt, hvilken kategori i bilag I de i kontrakten omhandlede tjenester skal henføres under.

44. Kommissionen finder den omtvistede tjeneste omfattet af kategori 12 i bilag I A, hvorimod den belgiske regering har gjort gældende, at tjenesten er omfattet af kategori 27 i bilag I B. Jeg mener, at den omhandlede kontrakt utvivlsomt indeholder elementer, som vedrører landskabsplanlægning samt de hermed beslægtede økonomiske og tekniske konsulenttjenester. Det er imidlertid ubestridt, at tjenesten også

9 — Se overskriften til afsnit II i direktivet.

10 — En lignende fællesskabsklassificeringen af produkter til statistisk brug er vedtaget ved Rådets forordning (EØF) nr. 3696/93 af 29.10.1993 vedrørende statistisk inddeling af produkter inden for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EFT L 342, s. 1).

omfatter luftfotografering, som a priori ikke er omfattet kategori 12 i bilag I A, og at luftfotografering hverken er udtrykkeligt nævnt i bilag I A eller i bilag I B.

45. Den belgiske regering har gjort gældende, at CPC-nomenklaturen udtrykkeligt indeholder en reference med betegnelsen »luftfotografering«, nemlig nr. 87504. Den fællesskabsretlige produktinddeling benævnt »CPA« [11] i forordning nr. 3696/93 indeholder i modsætning til referencenr. CPC 875 a en kategori 74.81.2, der vedrører »luftfotografiske tjenester«. Underkategorien 74.81.25, benævnt »luftfotografier«, svarer til CPC-reference 87504.1 [12]. Da luftfotografering ikke svarer til nogen af kategorierne i bilag I til direktivet, er denne tjeneste omfattet af kategori 27, »øvrige tjenester«. Denne kategori er en slags »opsamlingskategori«, og den eneste kategori, som ikke svarer til et CPC-referencenummer. Der kan derfor ikke være tvivl om, at luftfotografering er omfattet af kategori 27. Det følger desuden af Tögel-dommen [13], at henvisningen til CPC- nomenklaturen i bilag I A og I B til direktivet er bindende.

46. Dernæst er spørgsmålet blot, ifølge hvilke bestemmelser kontrakten skal tildeles, i det tilfælde, hvor visse dele af den omhandlede tjeneste henføres til bilag I A, og andre dele henføres til bilag I B. Der kan i dette tilfælde henvises til den bindende bestemmelse i artikel 10:

»Aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

47. Domstolen har i Swoboda-dommen [14] fastslået, at artikel 10 »indeholder et klart kriterium for afgørelsen af, hvilke bestemmelser der finder anvendelse på en aftale, der består af forskellige tjenesteydelser, nemlig en sammenligning af værdien af de tjenesteydelser, der er omfattet af direktivets bilag I A, med værdien af de tjenesteydelser, der er omfattet af bilag I B« [15].

48. Domstolen har i denne dom udtrykkeligt afvist påstanden om, at det ikke er kontraktens hovedformål, som er afgørende

11 — Se artikel 2, stk. 1, i forordning nr. 3696/93 (nævnt i fodnote 10).

12 — Se forordning nr. 3696/93 (nævnt i fodnote 10), s. 113 ff.

13 — Dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Sml. I, s. 5357, præmis 37.

14 — Dom af 14.11.2002, sag C-411/00, Swoboda, Sml. I, s. 10267.

15 — Swoboda-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 52 (min fremhævelse).

for, hvilke bestemmelser der finder anvendelse [16]. Den har samtidig gjort det klart, at kontraktens samtlige tjenester — selv om de er af forskellig type — alle tjener til opfyldelsen af et samlet formål [17].

49. Det er således værdien af de forskellige tjenesteydelser, som er afgørende. I Swoboda-dommen, der besvarede en præjudiciel forelæggelse, fastslog Domstolen, at »klassificeringen af tjenesteydelser i bilag I A og bilag I B [...] først og fremmest er spørgsmål om faktiske omstændigheder, som det *tilkommer den ordregivende myndighed* at bedømme under de nationale domstoles kontrol« [18].

50. I den foreliggende sag, som vedrører spørgsmålet om traktatbrud, bliver der ikke tale om en national domstolskontrol. Med henblik på den foreliggende sag tilkommer det således Domstolen at tage stilling til de faktiske omstændigheder.

51. Såvel Kommissionen som den belgiske regering har foretaget beregninger med hensyn til fastsættelsen af luftfotograferingens andel af den samlede kontraktsum. Kommissionen er nået frem til, at luftfotograferingen udgør 46,56% af den samlede kontraktsum, hvorimod den belgiske regering, gennem andre beregninger, som jeg ikke vil komme nærmere ind på her, er nået frem til, at luftfotograferingen i økonomiske henseende udgør klart over 50% af den samlede kontraktsum.

52. Den belgiske regerings reaktion på Kommissionens angivne 46,56% var at foretage et modregnestykke. Ifølge den belgiske regering tog Kommissionen ved sine beregninger alene hensyn kontraktens tjenestetyper I, II og III, hvorimod den slet ikke beregnede luftfotograferings andel i forbindelse med tjenestetypen IV (»reserveret beløb«) [19]. Det »reserverede beløb« er beregnet til at dække alle de uforudsete udgifter, som ikke kunne forudses ved kontraktens indgåelse. Udtrykket »særlige« [20] henviser til det omtalte beløb, som også kan benyttes på andre tjenester end

16 — Swoboda-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 49.

17 — Swoboda-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 56 og 59.

18 — Swoboda-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 62 (min fremhævelse).

19 — »Voorbehouden som/somme reservé«. Beskrivelsen af tjenesteydelsestype IV i artikel 7 i kontrakt af 13.1.1995 lyder: »Det reserverede beløb (for tjenestetype IV [...]) beløber sig til 15 mio. BEF (på nær for kontraktåret 1998-1999 og 1999-2000, idet der på budgettet blot er afsat 12 mio. BEF) og kan først og fremmest benyttes til
1. kontrol efter hver flyvning, hvorved stranden og klitternes tilstand kontrolleres med henblik på kystens morfologi samt klitternes udformning i henhold til regler og forskrifter i »Doindecreet« og »Normsteling Kust 2000«
2. levering af resultaterne på et magnetisk medium, som er forenetigt med administrationens apparater
3. at kontrahenten kan opnå certifikat ISO 9000, som er uomgængeligt nødvendigt til gennemførelse af den pågældende tjenesteydelse, og
4. ny eller fornyet teknik, som kommer frem i kontraktperioden, og som kan benyttes til en kvalitets- og kvantitetsforbedring af kontrollen.«

20 — Se formuleringen af artikel 7 i kontrakten af 13.1.1995 (fodnote 19).

dem, der fremgår af artikel 7 — dvs. tjenestetype I, II og III.

53. Hvis man tager udgangspunkt i den andel af luftfotograferingen som Kommissionen har beregnet for tjenestetyperne I, II og III, hvilket vil sige 46,56%, og anvender samme sats på tjenestetype IV, skulle luftfotograferingen sammenlagt udgøre 61,80% af den samlede kontraktsum. Dette burde være resultatet ved en forhåndsberegning inden tildelingen af kontrakten. En efterfølgende beregning af de faktiske udførte tjenester viser, at luftfotograferingens andel af tjenestetype IV udgør 56%. Under alle omstændigheder udgør luftfotografering mere end 50% af den samlede kontraktsum.

54. Jeg har principielt ingen indvendinger mod det af den belgiske regering anførte, men jeg finder derimod at kunne udlede af Swoboda-dommen [21] — hvorefter klassificeringen af tjenesteydelser i bilag I A og bilag I B til direktivet først og fremmest er et spørgsmål om faktiske omstændigheder, som det tilkommer den ordregivende myndighed at bedømme — at Domstolen i forbindelse hermed overlader denne myndighed et vist skøn.

55. Jeg kan derfor ikke se nogen grund til at betvivle den belgiske regerings vurdering af, at værdien af luftfotograferingen udgør den største økonomiske del ved kontrakten. Dermed skal den omhandlede tjeneste henføres til bilag I B i direktivet, hvorfor den fællesskabsretlige procedure i forbindelse med tildelingen af kontrakt i henhold til afsnit III-IV i direktiv 92/50 ikke finder anvendelse. Sagsøgte bør derfor frifindes i traktatbrudssøgsmålet.

56. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge, om den belgiske regering kan påberåbe sig artikel 11, stk. 3, litra b).

VI — Sagens omkostninger

57. 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.

21 — Jf. Swoboda-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 62.

VII — Forslag til afgørelse

58. Som resultat af ovenstående bemærkninger skal jeg foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1. Kongeriget Belgien frifindes.

2. Hver part bærer sine egne omkostninger.