CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 3 april 2003 [1]

I — Inleiding

1. In het onderhavige beroep wegens niet-nakoming verwijt de Commissie het Koninkrijk België dat het de krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [2] (hierna: „richtlijn 92/50" of „richtlijn" — tenzij anders vermeld, zijn de aangehaalde artikelen die van deze richtlijn) op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen. In het bijzonder is België, door zonder rechtvaardiging een opdracht voor kustwaarneming middels luchtfotografie via een onderhandelingsprocedure te plaatsen (zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht) en door het voornemen om deze procedure te kiezen niet aan te kondigen, de krachtens de artikelen 11, lid 3, en 15, lid 2, op hem rustende verplichtingen niet nagekomen. België meent dat de richtlijn niet van toepassing is omdat de opdracht veiligheidsbelangen raakt.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB L 209, blz. 1.

II — Rechtskader

Richtlijn 92/50

2. De volgende artikelen bepalen:

Artikel 4, lid 2

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

Artikel 8

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

Artikel 9

„De opdrachten voor het verlenen van in bijlage I B vermelde diensten worden overeenkomstig de artikelen 14 en 16 geplaatst." [3]

Artikel 10

„De opdrachten die tegelijk betrekking hebben op in bijlage I A en in bijlage I B vermelde diensten, worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst indien de waarde van de in bijlage I A vermelde diensten hoger is dan die van de diensten welke in bijlage I B zijn vermeld en, zo niet, overeenkomstig de artikelen 14 en 16."

Artikel 11, lid 3

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

[...]

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

[...]"

Artikel 15, lid 2

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

Artikel 30, lid 1

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

3 — Artikel 14 bevat gemeenschappelijke regels op technisch gebied en artikel 16 bepaalt dat een aankondiging betreffende de uitslag van de aanbestedingsprocedures moet worden bekendgemaakt.

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

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

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

Categorie	Benaming	CPC-indeling
27	Andere diensten	—

3. CPC betekent „Central Product Classification" van de Verenigde Naties.

III — Feiten en procesverloop

4. Op 7 april 1988 schreef het toenmalige nationale Bestuur der Waterwegen[4] een beperkte offerteaanvraag uit voor de waarneming van de Belgische kust middels luchtfotografie. De opdracht werd geplaatst bij de Belgische onderneming NV Eurosense Belfotop (hierna: „Eurosense Belfotop") die de voordeligste offerte, zowel technisch als financieel, had ingediend.

5. Gelet op de nakende regionalisering, besliste het toenmalige Ministerieel Comité voor Economische en Sociale Industrialisa-

4 — Administratie waterwegen en zeewezen/Administration des voies hydrauliques et de la marine.

tie de opdracht slechts voor één jaar te plaatsen. Op 29 juni 1989 besliste de toenmalige Vlaamse executieve de overeenkomst te verlengen voor een periode van zes jaar op basis van de offerteaanvraag van 1988. Deze overeenkomst betrof hoofdzakelijk de regelmatige aëroteledetectische waarneming van de duinengordels en van de strandzones, niet alleen voor de droogvallende maar ook voor de onderwaterstranden, langs de Belgische kust, met inbegrip van de verwerking van de verzamelde gegevens.

6. Vanaf 1992 onderzocht de Vlaamse overheid de mogelijkheid om de overeenkomst aan te passen door middel van een bijakte. Na een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft de Vlaamse minister van Openbare Werken op 13 april 1995 met Eurosense Belfotop een bijakte ter waarde van 534 miljoen BEF (excl. BTW) voor een periode van negen jaar ondertekend.

7. Naar aanleiding van een klacht heeft de Commissie de Belgische autoriteiten op 27 december 1995 schriftelijk in gebreke gesteld waarbij zij betoogde dat de bijakte van 13 april 1995 binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 viel en dat krachtens artikel 15, leden 1 en 2, een „enuntiatieve aankondiging" en een aankondiging van de opdracht dienden te worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*. Het feit dat voor deze opdracht geen enkele aankondiging is bekendgemaakt, is in strijd met artikel 15, leden 1 [5] en 2. Bovendien is de onderhandse plaatsing ook niet gerechtvaardigd op basis van artikel 11, lid 3, van de richtlijn.

8. In haar antwoord van 2 februari 1996 heeft de Belgische regering de bezwaren verworpen. Allereerst is de richtlijn volgens artikel 4, lid 2, niet van toepassing op de betrokken opdracht. Bovendien is de onderhandse procedure op basis van artikel 11, lid 3, sub b, van de richtlijn gerechtvaardigd. Dienaangaande dienen vijf criteria te worden opgesomd:

a) het beschikken over een militair veiligheidscertificaat;

b) het beschikken over een machtiging voor het verrichten van luchtarbeid afgeleverd door het Bestuur van de Luchtvaart;

c) het beschikken over de vereiste know-how, technologie en uitrusting;

5 — Lid 1 heeft betrekking op de enuntiatieve aankondiging van de totale waarde van de diensten waaraan men in het begrotingsjaar behoefte heeft en die men voornemens is door middel van opdrachten te dekken.

d) het aanwezig zijn van al deze vereisten in één onderneming;

e) het financieel voldoende draagkrachtig zijn voor de jaarlijkse levering van diensten voor een bedrag van circa 80 miljoen BEF.

Ten slotte rechtvaardigen nog andere elementen de onderhandse plaatsing, namelijk het bestaan van alleenrechten, in het bijzonder auteursrechten, de beschikbaarheid van vliegtuigen binnen twee vlieguren en de kennis van de Nederlandse taal.

9. Niettemin zond de Commissie België op 10 maart 1999 een met redenen omkleed advies waarin zij haar bezwaren herhaalde. De Belgische regering antwoordde daarop bij brief van 1 juni 1999 en betoogde daarin in het bijzonder dat het hoofdbestanddeel van de opdracht bestaat uit diensten voor luchtfotografie die niet vallen onder categorie 12 van bijlage I A bij richtlijn 92/50, maar onder categorie 27 (andere diensten) van bijlage I B.

10. Bij verzoekschrift van 29 juni 2001 heeft de Commissie een beroep wegens niet-nakoming ingesteld. Zij verzoekt het Hof:

— overeenkomstig artikel 226, eerste alinea, EG vast te stellen dat het Koninkrijk België de krachtens richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, en in het bijzonder de artikelen 11, lid 3, en 15, lid 2, op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen,

— door na te laten, voor een opdracht voor de uitvoering van diensten voor kustwaarneming middels luchtfotografie een bekendmaking te plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, zoals voorgeschreven door deze richtlijn,

en

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

— het Koninkrijk België te verwijzen in de kosten.

11. Hoewel de Belgische regering niet formeel tot verwerping van het beroep heeft geconcludeerd, neemt zij toch uitdrukkelijk het standpunt in dat er geen sprake is van een niet-nakoming van de uit richtlijn 92/50 voortvloeiende verplichtingen.

IV — Argumenten van partijen

12. De argumenten van partijen draaien rond het reeds in de precontentieuze procedure aangevoerde verweer van de betrokken lidstaat. De uiteenzetting ervan volgt die drie onderwerpen.

A — *Richtlijn 92/50 is niet van toepassing op grond van artikel 4, lid 2 (bijzondere veiligheidsmaatregelen)*

13. De Commissie is van oordeel dat de strikt uit te leggen uitzonderingsbepaling van artikel 4, lid 2, in casu niet van toepassing is. De voorwaarde dat de onderneming die belast wordt met luchtfotografie en het verwerken ervan, over een militair veiligheidscertificaat moet beschikken, kan immers niet als een „bijzondere veiligheidsmaatregel" in de zin van deze bepaling worden beschouwd. Zij komt veeleer neer op een machtiging of „bijzondere vergunning" waarover een gegadigde moet beschikken, zoals bedoeld in artikel 30, lid 1, van de richtlijn.

14. De Belgische regering vindt daarentegen dat artikel 4, lid 2, wel van toepassing is, want een van de geschiktheidscriteria is het beschikken over een militair veiligheidscertificaat. De ondernemingen die bij de uitvoering van de overheidsopdracht toegang krijgen tot gegevens, plaatsen of materieel die nationaal of NAVO-geclassificeerd zijn, kunnen na een veiligheidsadvies een dergelijk militair veiligheidscertificaat verkrijgen. Alleen de ondernemingen die werden toegelaten, krijgen een lijst met geclassificeerde objecten die hun toelaat met de originele objectieven te werken en bij eventuele publicaties of openbaarmakingen de geclassificeerde objecten te maskeren, dit wil zeggen oninterpreteerbaar maken. De ondernemingen die niet over een militair veiligheidscertificaat beschikken, moeten de gegevens, vóór iedere verwerking ervan, overmaken aan de algemene veiligheidsdienst [6], die nagaat of ze geclassificeerde objecten bevatten, en deze desgevallend maskeert. Deze aanpak is onbruikbaar, enerzijds omdat hij vertragingen teweegbrengt die onverenigbaar zijn met reddingsacties, bijvoorbeeld in geval van stormweer, en anderzijds omdat het maskeren van de negatieven leidt tot het verlies van waardevolle informatie.

B — *Richtlijn 92/50 is niet van toepassing op grond van bijlage I B bij de richtlijn*

15. De Commissie meent dat de betrokken opdracht onder categorie CPC 867 (diensten van architectuur, ingenieursdiensten en andere technische diensten) valt en der-

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

halve onder categorie 12 van bijlage I A bij de richtlijn, zodat de bepalingen van de richtlijn zonder uitzondering van toepassing zijn. Categorie 867 omvat verschillende subcategorieën, waaronder bijvoorbeeld categorie 8675 (verwante diensten van wetenschappelijke en technische adviezen), die zelf weer onderverdeeld is in subcategorieën. De diensten bedoeld in de betrokken opdracht vallen onder de categorieën 86753 (diensten in verband met het toezicht op het aardoppervlak) en 86754 (diensten voor de opstelling van geografische kaarten).

16. Hoewel de opdracht diensten voor luchtfotografie omvat die, op zichzelf beschouwd, onder categorie CPC 87404 kunnen vallen, heeft zij een veel ruimer voorwerp, aangezien zij nauw verbonden is met het monitoringprogramma voor de kustzone dat door de administratie is opgesteld met het oog op het verzekeren van de veiligheid van de kust en haar inwoners.

17. Bovendien vormt de waarde van de diensten voor luchtfotografie niet het grootste deel van het totale bedrag. De Commissie schat dat de luchtfotografie 245 464 732 BEF vertegenwoordigt op een totaalbedrag van 527 194 225 BEF, of 46,56 %.

18. De Belgische regering betoogt dat de opdracht grotendeels bestaat uit diensten voor luchtfotografie, die niet onder categorie 12 van bijlage I A bij de richtlijn vallen, maar onder categorie 27 (andere diensten) van bijlage I B bij de richtlijn. De benaming „diensten voor luchtfotografie" komt niet voor in een van de 27 categorieën die in de bijlagen I A en I B bij de richtlijn worden genoemd. In de richtlijn staat naast de benaming een verwijzing naar de CPC-indeling van de Verenigde Naties. In deze indeling kan luchtfotografie worden teruggevonden onder het nummer 87504.1. Dit nummer is echter niet terug te vinden in de bijlagen bij de richtlijn. Categorie 27 van bijlage I B staat echter voor „andere diensten" en is derhalve een open categorie zonder CPC-nummer als referentie. Hieruit volgt dat de luchtfotografie onder deze categorie moet worden gerangschikt.

19. De opdracht bestaat ook in wezen uit luchtfotografie. Allereerst omvat die aëroteledetectische waarnemingen en de bijhorende processing en operaties. Bovendien hebben de inhoudelijke gunningscriteria voor de betrokken opdracht de luchtfotografie als voorwerp. Ten slotte vertegenwoordigt de luchtfotografie 295 202 732 BEF op een totaalbedrag van 527 194 225 BEF, wat betekent dat luchtfotografie het grootste deel van het budget, namelijk 56 %, opeist. De betrokken opdracht moet daarom als een dienst voor luchtfotografie en dus als een „andere dienst" worden gekwalificeerd. Alles bij elkaar genomen is richtlijn 92/50 bijgevolg niet van toepassing.

C — *Rechtvaardiging van de plaatsing van de opdracht middels toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, van richtlijn 92/50*

20. De Commissie vindt dat artikel 11, lid 3, sub b, niet kan worden ingeroepen. Allereerst is zij van oordeel dat de verplichting om over een militair veiligheidscertificaat te beschikken, niet om „technische redenen" in de zin van deze bepaling is opgelegd, maar alleen te maken heeft met het hebben van bepaalde vergunningen en toestemmingen.

21. De Belgische regering heeft uiteengezet, noch aangetoond dat Eurosense Belfotop de enige onderneming was die over de vereiste knowhow, technologie en uitrusting beschikte. Door het niet volgen van de regels inzake de bekendmaking van een aankondiging van opdracht was het voor de andere gegadigden onmogelijk om aan te tonen dat zij aan de gestelde voorwaarden voldeden. Verder moet nog worden opgemerkt dat de overeenkomst de betrokken onderneming verplichtte, een nieuwe technologie te ontwikkelen, de zogenaamde aërolaserhypsometrie.[7] Deze technologie wordt echter reeds toegepast in het buitenland, wat bevestigt dat de technische criteria werden opgesteld in functie van de betrokken onderneming en niet omgekeerd. Het is ook niet uitgesloten dat verschillende ondernemingen op termijn software kunnen ontwikkelen die identiek is aan of gelijkt op de gespecialiseerde software die Eurosense Belfotop tot nu toe als enige gebruikt.

22. De alleenrechten respectievelijk de intellectuele-eigendomsrechten op de procédés en de vermelde software mogen niet als alleenrechten in de zin van artikel 11, lid 3, van de richtlijn worden beschouwd, want zij zijn alleen het gevolg van de ontwikkeling van bepaalde procédés in het kader van de uitvoering van het contract van 1989, en kunnen dus niet als onontbeerlijk voor de uitvoering van de opdracht worden beschouwd. Om het even welke andere contractant zou in het kader van de uitvoering van de opdracht op dezelfde wijze de mogelijkheid hebben gehad om bepaalde alleenrechten te verwerven.

23. Bovendien is het mogelijk dat de resultaten van de registraties eigendom zijn geworden van het Vlaamse Gewest en dat Eurosense Belfotop bijgevolg geen exclusief recht in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, kan doen gelden. Ten slotte is het, gelet op de strikte interpretatie die aan uitzonderingsbepalingen dient te worden gegeven, zeer twijfelachtig of auteursrechten als exclusieve rechten in de zin van artikel 11, lid 3, sub b, kunnen worden beschouwd.

24. De Belgische regering betoogt dat, in de veronderstelling dat de betrokken opdracht onder bijlage I A bij de richtlijn zou vallen,

7 — Die betrekking heeft op hoogtemeting.

wat zij uitdrukkelijk betwist, de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht, gerechtvaardigd zou zijn op grond van artikel 11, lid 3, van de richtlijn. De levering van de betrokken diensten kon immers, om technische redenen en om redenen van bescherming van alleenrechten, alleen aan Eurosense Belfotop worden toegekend.

25. De technische redenen houden verband met de selectiecriteria die het Vlaamse Gewest bij de onderhandelingen hanteerde. Zo is het beschikken over een militair veiligheidscertificaat noodzakelijk voor de uitvoering van de opdracht. Op het ogenblik van de onderhandelingen beschikte Eurosense Belfotop, net zoals drie andere vennootschappen overigens, over dit certificaat. Het was voor het Vlaamse Gewest niet mogelijk, de opdracht toe te kennen aan een vennootschap die dit certificaat nog niet had. De procedure om dit certificaat te verkrijgen is zeer tijdrovend en duur. Bovendien moet men, om activiteiten van luchtfotografie te verrichten, beschikken over een machtiging voor luchtarbeid in het domein van de gespecialiseerde fotografie.

26. Daarenboven moeten, om de opdracht uit te voeren, de resultaten van de registraties, dat wil zeggen films met luchtfoto's en multispectrale scanneropnames, op een geëigende manier worden verwerkt tot bruikbaar cijfermateriaal, tabellen, grafieken en kaarten, wat specifieke technieken en speciaal daarvoor ontwikkelde software vereist. De uitvoering van de aëroteledetectische registraties, alsook de verwerking en interpretatie ervan, is slechts mogelijk door de inzet van hoogtechnologische apparatuur en een gespecialiseerde staf met specifieke ervaring.

27. De vereiste knowhow, technologie en uitrusting moesten aanwezig zijn in dezelfde onderneming, zonder mogelijkheid van onderaanneming. Dienaangaande maakt het verkrijgen van het militair veiligheidscertificaat het mogelijk, aan de onderneming een lijst van de militaire geheimen te geven zodat deze onderneming deze foto's zelf kan maskeren. Om dit certificaat te verkrijgen wordt in een uitgebreide check van het personeel en van de installaties voorzien. Er worden ook zeer stringente procedures inzake de toegang tot het fotomateriaal opgelegd. De installaties voor het archiveren en bewaren en het gebruik van de basisdocumenten moeten aan heel wat veiligheidsvoorschriften voldoen. Een van de contractuele voorwaarden is dat de contractant alle basismateriaal in zijn eigen militair geclearde installaties bewaart. Dit vereiste sluit in feite een tijdelijke vereniging van contractanten of het beroep op onderaannemers uit.

28. Bovendien moet het vliegend personeel binnen twee vlieguren beschikbaar zijn en moet het Nederlands kunnen worden gebruikt om met het Gewest te communi-

ceren over een dergelijke complexe materie. De gegadigde moet ook voldoende financiële waarborgen kunnen bieden om de continuïteit van zijn diensten te waarborgen bij het aangaan van een langetermijnovereenkomst. Zowel de ervaring van Eurosense Belfotop als de ervaring van de Belgische Administratie waterwegen en zeewezen hebben geleid tot de vaststelling dat geen enkele andere vennootschap de opdracht volgens de voorschriften kon uitvoeren en de continuïteit van het programma kon garanderen.

29. Wat de alleenrechten betreft, hebben zowel de auteursrechten met betrekking tot de verschillende softwareprogramma's als de exclusieve rechten met betrekking tot de verkregen gegevens, het Vlaamse Gewest doen besluiten dat Eurosense Belfotop de enige onderneming was waarmee kon worden onderhandeld. De onderneming heeft zelf de software en technieken ontwikkeld om metingen uit te voeren en kaarten te realiseren voor de waarneming van de Belgische kust. Deze software en technieken zijn uniek en de onderneming heeft daarop auteursrechten en octrooien. Bovendien was in de oorspronkelijke opdracht van 1989 bepaald dat de registraties exclusief eigendom bleven van Eurosense Belfotop. Deze overeenkomst bepaalde tevens dat de resultaten van de registraties door het Vlaamse Gewest uitsluitend voor „eigen gebruik" konden worden aangewend. Zonder instemming van Eurosense Belfotop mochten de resultaten niet aan derden worden overgedragen. Die verplichting gold gedurende de duur van de overeenkomst en de drie jaar daaropvolgend. Bijgevolg zou een andere onderneming de door Eurosense Belfotop gedurende de voorbije jaren verzamelde gegevens niet hebben kunnen gebruiken en dus ook de evolutie van de Belgische kust niet hebben kunnen weergeven.

V — Bespreking

A — *Richtlijn 92/50 is niet van toepassing op grond van artikel 4, lid 2*

30. Allereerst moet worden onderzocht of richtlijn 92/50 überhaupt op de betrokken opdracht van toepassing is. Artikel 4, lid 2, bepaalt uitdrukkelijk dat de richtlijn niet van toepassing is op diensten waarvan de uitvoering overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de betrokken lidstaat met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan. De Belgische regering is van mening dat de betrokken opdracht een opdracht is die met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan.

31. Zij noemt weliswaar geen wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waaruit enerzijds een verplichting tot controle van elke luchtfoto door de veiligheidsdienst volgt, hetgeen volgens de Belgische regering zonder twijfel een „bijzondere veiligheidsmaatregel" in de zin van die bepaling zou zijn, of waaruit anderzijds de vervanging van deze systematische controleverplichting

door een militair veiligheidscertificaat kan worden afgeleid. Ook al heeft de Belgische regering geen precieze bepalingen genoemd, er is geen reden om aan het bestaan ervan te twijfelen. In ieder geval heeft de Commissie niet aan het bestaan van die verplichting en evenmin aan de wettelijke verankering ervan getwijfeld, maar alleen de kwalificatie ervan als „bijzondere veiligheidsmaatregel" in de zin van artikel 4, lid 2, in twijfel getrokken.

32. Een eerste vraag is reeds, in hoeverre de algemene verplichting tot controle van de luchtfoto's door de veiligheidsdienst relevant is voor de kwalificatie van de betrokken opdracht, aangezien deze verplichting vervalt zodra een onderneming over een militair veiligheidscertificaat beschikt, wat hier als voorwaarde voor de toekenning van de opdracht werd gesteld.

33. Ik vind het in ieder geval verdedigbaar, de omstandigheid dat de veiligheidsdienst om redenen van nationale veiligheid toezicht houdt op het nemen van luchtfoto's, als „bijzondere veiligheidsmaatregel" te beschouwen. In dit verband heeft de Belgische regering erop gewezen dat mogelijke sabotagehandelingen en terroristische aanslagen de geheimhouding van bepaalde militaire installaties of strategische punten vereisen. Ter terechtzitting haalde de Belgische regering bij wijze van voorbeeld de militaire basis van Koksijde aan de Belgische kust aan. Ik betwijfel derhalve niet dat het treffen van bepaalde veiligheidsmaatregelen bij het nemen van luchtfoto's gerechtvaardigd is en dat deze maatregelen als „bijzondere veiligheidsmaatregelen" in de zin van artikel 4, lid 2, van de richtlijn kunnen worden aangemerkt.

34. Het is echter de vraag, of bij de „uitvoering" [8] van de opdracht van bijzondere veiligheidsmaatregelen sprake kan zijn, wanneer de onderneming die de opdracht heeft gekregen, over een militair veiligheidscertificaat beschikt en derhalve de systematische controle van de luchtfoto's door de veiligheidsdienst bij de uitvoering van de opdracht vervalt.

35. De Commissie is van mening dat het als selectiecriterium voor de opdrachtnemer vastgestelde militaire veiligheidscertificaat als een „bijzondere vergunning" in de zin van artikel 30, lid 1, van de richtlijn moet worden beschouwd. Het moet als een voorwaarde voor het verkrijgen van de opdracht worden beschouwd. Wanneer de opdrachtnemer echter in het bezit is van dit veiligheidscertificaat, zijn geen nadere „bijzondere veiligheidsmaatregelen" bij de uitvoering van de opdracht vereist.

8 — Zie formulering van artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50.

36. Naar mijn mening gaat deze zienswijze eraan voorbij dat het verlenen respectievelijk het bezit van het militaire veiligheidscertificaat beslist niet alle veiligheidsmaatregelen overbodig maakt. Alleen de systematische controle door de veiligheidsdienst wordt overbodig. Tijdens de onderhavige procedure voor het Hof werd uiteengezet dat aan een onderneming die over een militair veiligheidscertificaat beschikt, lijsten met door de nationale overheden respectievelijk door de NAVO geclassificeerde objecten worden toevertrouwd. Het wordt aan de onderneming overgelaten rekening te houden met de vereisten inzake veiligheid en eventueel bij het openbaarmaken van luchtfoto's zelf de militair relevante gegevens te maskeren. Mijns inziens is dit een overdracht van de bevoegdheid om bijzondere veiligheidsmaatregelen te treffen aan de ondernemingen die over een militair veiligheidscertificaat beschikken. Deze overdracht van verantwoordelijkheid is ook de reden waarom het verlenen van het militaire veiligheidscertificaat zo omslachtig is. Het veiligheidscertificaat is niet alleen een momentopname van de voor de veiligheid relevante toestand van een onderneming, maar moet ook een zekere waarborg bieden dat bij verdere activiteiten aan de eisen inzake veiligheid wordt voldaan.

37. Ik ben derhalve van mening dat de vereiste, over een militair veiligheidscertificaat te beschikken, in de onderhavige zaak niet louter en alleen neerkomt op het bezit van een „bijzondere vergunning" in de zin van artikel 30, lid 1, die uitsluit dat een opdracht uitgevoerd door een onderneming die daarover beschikt, wordt beschouwd als een opdracht die bijzondere veiligheidsmaatregelen vereist.

38. De volledige documentering van de Belgische kust, inclusief de zeehaven van Zeebrugge, middels luchtfotografie — en dit over langere periodes — lijkt mij in ieder geval van dien aard te zijn dat het de veiligheidsbelangen van de Belgische Staat dient. Ik vind het dan ook aannemelijk dat, wanneer de Belgische regering zich daarop beroept, de uitvoering van de opdracht bijzondere veiligheidsmaatregelen vereist.

39. Ik ben ook van mening dat het in ruime mate aan de nationale regering staat, de veiligheidsbelangen van de staat te beoordelen en te definiëren. Wanneer de Belgische regering aanvoert dat de uitvoering van de opdracht bijzondere veiligheidsmaatregelen vereist, en daaromtrent geen duidelijke twijfel bestaat, moet dit door het Hof als afdoende worden beschouwd voor een beroep op artikel 4, lid 2, van richtlijn 92/50. Ik vind dat België artikel 4, lid 2, van de richtlijn terecht inroept, zodat de richtlijn niet van toepassing is. Derhalve kan geen niet-nakoming door de Belgische Staat worden vastgesteld.

40. Alleen voor het geval dat het Hof deze opvatting niet volgt, moeten de andere argumenten van partijen worden onderzocht.

B — *Richtlijn 92/50 is niet van toepassing omdat de opdracht onder bijlage I B bij de richtlijn valt*

41. In de veronderstelling dat richtlijn 92/50 in principe op betrokken opdracht van toepassing is, is het allereerst de vraag of de betrokken diensten onder bijlage I A dan wel onder bijlage I B vallen. De richtlijn voorziet in een „gedifferentieerde toepassing". [9] Overeenkomstig de eenentwintigste overweging van de considerans van de richtlijn „[moet] [...] gedurende een overgangsperiode de volledige toepassing van de onderhavige richtlijn [...] worden beperkt tot opdrachten voor dienstverlening waarvoor de bepalingen van de richtlijn de mogelijkheden tot uitbreiding van het grensoverschrijdende verkeer ten volle garanderen; dat de opdrachten voor andere diensten gedurende een bepaalde tijd moeten worden gevolgd, alvorens wordt besloten de richtlijn daarop volledig toe te passen; [...]"

42. De zevende overweging luidt:

„Overwegende dat, zowel met het oog op de toepassing van de procedurevoorschriften inzake aanbestedingen als voor controledoeleinden, de dienstensector het best wordt omschreven door deze onder te verdelen in categorieën die met bepaalde posten van een gemeenschappelijke nomenclatuur overeenkomen; dat in de bijlagen I A en I B van deze richtlijn wordt verwezen naar de CPC-indeling (Central Product Classification) van de Verenigde Naties; dat genoemde indeling in de toekomst kan worden vervangen door een communautaire nomenclatuur; [...]" [10]

43. Ingevolge artikel 8 van de richtlijn worden opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A vermelde diensten overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst. In dat geval zijn de bepalingen van richtlijn 92/50 inzake de aanbesteding volledig van toepassing. Ingevolge artikel 9 van de richtlijn worden opdrachten voor het verlenen van in bijlage I B vermelde diensten overeenkomstig de artikelen 14 en 16 geplaatst. In dat geval zijn alleen de gemeenschappelijke regels op technisch gebied van artikel 14 en de verplichting tot bekendmaking van de uitslag van de aanbestedingsprocedure uit artikel 16 van toepassing. Voor de gemeenschapsrechtelijke verplichting om de aanbestedingsvoorschriften na te leven, is het daarom van essentieel belang te weten in welke categorie van bijlage I de diensten die het voorwerp van de opdracht vormen, dienen te worden ingedeeld.

44. De Commissie is van oordeel dat de betrokken opdracht onder categorie 12 van bijlage I A valt, terwijl de Belgische regering vindt dat de opdracht onder categorie 27 van bijlage I B valt. Het lijkt mij onbetwistbaar dat de betrokken opdracht elementen van landschapsarchi-

9 — Zie opschrift van titel II van de richtlijn.

10 — Een dergelijke communautaire classificatie van producten voor statistische doeleinden werd vastgesteld bij verordening (EEG) nr. 3696/93 van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de statistische classificatie van producten, gekoppeld aan de economische activiteiten in de Europese Economische Gemeenschap (PB L 342, blz. 1).

tectuur en diensten voor aanverwante technische en wetenschappelijke advisering bevat. De opdracht heeft echter ontegenzeglijk ook luchtfotografie als voorwerp en deze valt a priori niet onder categorie 12 van bijlage I A. Vaststaat ook dat luchtfotografie noch in bijlage I A, noch in bijlage I B uitdrukkelijk wordt vermeld.

45. De Belgische regering heeft erop gewezen dat de CPC-indeling uitdrukkelijk een post „luchtfotografie" bevat en wel onder nummer 87504. De communautaire classificatie van producten in verordening nr. 3696/93, CPA genoemd [11], bevat een met CPC-indeling 875 a overeenstemmende categorie 74.81.2 „fotografie". De onderverdeling 74.81.25 „luchtfotografie" stemt overeen met CPC-indeling 87504.1. [12] Aangezien zij in geen andere categorie van bijlage I kan worden ondergebracht, valt zij onder categorie 27 „andere diensten". Dit is een restcategorie en de enige categorie die geen CPC-nummers bevat. Er kan derhalve geen ernstige twijfel over bestaan dat luchtfotografie als zodanig onder categorie 27 valt. Het Hof heeft in het arrest Tögel [13] geoordeeld dat de verwijzing naar de CPC-indeling in de bijlagen I A en I B van richtlijn 92/50 verbindend is.

46. Het is alleen de vraag volgens welke regels de opdracht moet worden geplaatst wanneer het voorwerp ervan gedeeltelijk onder bijlage I A en gedeeltelijk onder bijlage I B valt. Artikel 10 bevat voor dergelijke gevallen een bindende regel:

„De opdrachten die tegelijk betrekking hebben op in bijlage I A en in bijlage I B vermelde diensten, worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst indien de waarde van de in bijlage I A vermelde diensten hoger is dan die van de diensten welke in bijlage I B zijn vermeld en, zo niet, overeenkomstig de artikelen 14 en 16."

47. In het arrest Swoboda [14] heeft het Hof overwogen dat artikel 10 „een eenduidig criterium [geeft] om te bepalen welke regeling van toepassing is op een opdracht die uit verschillende diensten bestaat, welk criterium is gebaseerd op een vergelijking van de *waarde van de* in bijlage I A bij deze richtlijn genoemde *diensten* met die welke in bijlage I B worden genoemd". [15]

48. Het Hof heeft in dat arrest uitdrukkelijk verklaard dat de stelling dat het hoofdvoorwerp van de opdracht bepaalt welke

11 — Zie artikel 2, lid 1, van verordening nr. 3696/93 (aangehaald in voetnoot 10).

12 — Zie verordening nr. 3696/93 (aangehaald in voetnoot 10), blz. 113 e.v.

13 — Arrest van 24 september 1998, C-76/97 (Jurispr. blz. I-5357, punt 37).

14 — Arrest van 14 november 2002, C-411/00 (Jurispr. blz. I-10567).

15 — Zie arrest Swoboda (aangehaald in voetnoot 14, punt 52; cursivering van mij).

regeling daarop van toepassing is, niet kan worden aanvaard. [16] Niettemin heeft het er geen twijfel over laten bestaan dat de diensten van een te plaatsen opdracht verschillend van aard kunnen zijn, maar toch aan de verwezenlijking van een enkel doel kunnen bijdragen, en dat de opdracht in dat geval als één geheel dient te worden geplaatst. [17]

49. De bepaling van de waarde van de afzonderlijke diensten is bijgevolg doorslaggevend. In het arrest Swoboda, dat in een prejudiciële procedure werd gewezen, verklaarde het Hof „dat de indeling van diensten in de bijlagen I A en I B bij richtlijn 92/50 vooral een feitelijke kwestie is, welke door *de aanbestedende dienst*, onder toezicht van de nationale rechter, *moet* worden beoordeeld". [18]

50. Tot een beoordeling door de nationale rechter komt het in de onderhavige procedure niet, aangezien het om een beroep wegens niet-nakoming gaat. Voor de onderhavige procedure zullen de feiten derhalve door het Hof moeten worden beoordeeld.

51. Zowel de Commissie als de Belgische regering hebben berekeningen gemaakt om de waarde van het aandeel van luchtfotografie in de opdracht vast te stellen. De Commissie kwam daarbij uit op 46,56 %, terwijl de Belgische regering verschillende berekeningen heeft gemaakt, die ik hier niet elk afzonderlijk zal recapituleren, maar die alle als uitkomst geven dat de luchtfotografie ook uit economisch oogpunt duidelijk meer dan 50 % van de opdracht uitmaakt.

52. Als reactie op de door de Commissie geschatte 46,56 % voerde de Belgische regering een tegenberekening uit. De Commissie zou bij haar berekeningen alleen rekening hebben gehouden met de prestaties van type I, II en III van de opdracht voor dienstverlening, terwijl zij voor de prestaties van type IV „voorbehouden som" [19] geen aandeel van de luchtfotografie heeft geschat. De „voorbehouden som" is bestemd om aan behoeften van allerlei aard te voldoen, die bij het sluiten van de overeenkomst niet te voorzien waren. De term „onder meer" [20] wijst erop dat het bedrag ook voor andere dan de in artikel 7

16 — Zie arrest Swoboda (aangehaald in voetnoot 14, punt 49).

17 — Zie arrest Swoboda (aangehaald in voetnoot 14, punten 56 en 59).

18 — Zie arrest Swoboda (aangehaald in voetnoot 14, punt 62; cursivering van mij).

19 — „Voorbehouden som/somme réservé." De beschrijving van de prestaties van type IV in artikel 7 van de overeenkomst van 13 januari 1995 luidt: „De voorbehouden som (typeprestatie IV — ...) bedraagt 15 miljoen BEF (behalve voor de contractjaren 1998-1999 en 1999-2000 waar om budgettaire redenen slechts 12,5 miljoen BEF voorzien is) en kan o.m. worden aangewend om:
1. de toetsing na elke meetvlucht, zowel voor wat de strandmorfologie als de duinopbouw betreft van de heersende toestand van strand en duin aan de normen en reglementeringen vast te leggen in het ‚Duindecreet' enerzijds en de ‚Normstelling Kust 2000' anderzijds,
2. de levering van de meetresultaten op magnetische drager compatibel met de apparatuur van het bestuur,
3. de contractant toe te laten de ISO 9000-norm te behalen voor die activiteiten die onontbeerlijk zijn voor het uitvoeren van onderhavige opdracht,
4. innoverende of vernieuwende meettechnieken die zich gedurende de looptijd van onderhavig contract aanmelden en kunnen gebruikt worden om de opvolgingsopdracht kwalitatief en/of kwantitatief nog verder te verbeteren."

20 — Zie formulering van artikel 7 van de overeenkomst van 13 januari 1995 (in voetnoot 19).

van de dienstverleningsovereenkomst vermelde diensten kan worden aangewend, dus ook voor diensten vergelijkbaar met de prestaties van type I, II en III.

53. Wanneer men uitgaat van het door de Commissie geschatte aandeel van luchtfotografie in het kader van de prestaties van type I, II en III, te weten 61,80 %, en dit aandeel transponeert op de prestaties van type IV, dan dient men aan te nemen dat het totale aandeel van luchtfotografie in de opdracht 61,80 % bedraagt. Dit is in elk geval de raming waartoe men komt bij een ex-antebenadering, die op het tijdstip van de plaatsing van de opdracht moet worden gemaakt. Wanneer men achteraf bekijkt welke diensten daadwerkelijk zijn verleend, dan blijkt dat het aandeel van luchtfotografie in de prestaties van type IV 56 % bedraagt. In ieder geval bedraagt het aandeel van luchtfotografie duidelijk meer dan 50 % van de totale waarde van de opdracht.

54. Naar mijn mening stuit het hierboven geschetste betoog van de Belgische regering niet op principiële bezwaren. Bovendien meen ik uit de formulering in het arrest Swoboda [21], volgens hetwelk de indeling van diensten in de bijlagen I A en I B bij de richtlijn door de aanbestedende dienst moet worden beoordeeld, te kunnen afleiden dat het Hof de aanbestedende dienst bij de indeling een zekere beoordelingsvrijheid laat.

55. Mijns inziens is er dan ook geen reden om te twijfelen aan de stelling van de Belgische regering dat de waarde van de luchtfotografie doorslaggevend is. Bijgevolg valt de opdracht onder bijlage I B, zodat de gemeenschapsrechtelijke aanbestedingsprocedure van de titels III tot en met VI van richtlijn 92/50 niet in acht moest worden genomen. Derhalve dient ook uit dit oogpunt het beroep wegens niet-nakoming te worden verworpen.

56. De vraag of de Belgische regering zich met succes op artikel 11, lid 3, sub b, kan beroepen, behoeft derhalve niet te worden beantwoord.

VI — Kosten

57. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. De Belgische regering heeft echter met betrekking tot de kosten niets gevorderd. Elke partij dient derhalve zijn eigen kosten te dragen.

21 — Zie arrest Swoboda (aangehaald in voetnoot 14, punt 62).

VII — Conclusie

58. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging uitspraak te doen als volgt:

„1) Het beroep wordt verworpen.

2) Elk der partijen zal de eigen kosten dragen."