FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 3 april 2003 [1]

I — Inledande anmärkningar

1. I detta mål om fördragsbrott har kommissionen gjort gällande att Konungariket Belgien har åsidosatt sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [2] (nedan kallat direktiv 92/50 eller direktivet — artiklar som anges utan särskild hänvisning hör till direktivet). Enligt kommissionen har Belgien särskilt åsidosatt artiklarna 11.3 och 15.2 genom att med tillämpning av ett förhandlat förfarande rättsstridigt tilldela ett kontrakt om kustbevakning genom flygfotografering (utan att dessförinnan ha publicerat ett meddelande). Konungariket Belgien anser att direktivet inte är tillämpligt, eftersom den tjänst som kontraktet avser berör säkerhetsintressen.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

II — Tillämpliga bestämmelser

Direktiv 92/50

2. De artiklar som nämns i det följande lyder som följer:

Artikel 4.2

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

Artikel 8

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

Artikel 9

"Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 B skall upphandlas enligt artiklarna 14 och 16." [3]

Artikel 10

"Kontrakt som avser tjänster som återfinns såväl i bilaga 1 A som i bilaga 1 B skall, om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 A överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 B, upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning II—VI. I motsatt fall skall kontrakten tilldelas enligt artiklarna 14 och 16."

Artikel 11.3

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

...

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

..."

Artikel 15.2

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

Artikel 30.1

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

3 — Artikel 14 avser gemensamma tekniska bestämmelser och i artikel 16 föreskrivs att resultatet av upphandlingen skall meddelas.

Kategori 12 har följande lydelse:

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

Kategori 27 har följande lydelse:

Kategori	Beskrivning	CPC-referensnummer
27	Övriga tjänster	—

3. CPC betyder Förenta nationernas CPC-nomenklatur (Central Product Classification, gemensam produktklassificering).

III — Bakgrund och förfarandet

4. Den belgiska administrationen för kanaler och sjöfart,[4] som vid ifrågavarande tid ännu var statlig, infordrade i meddelande av den 7 april 1988 om upphandling av offentliga tjänster anbud avseende bevakning av den belgiska kusten genom flygfotografering. Kontraktet tilldelades det belgiska företaget Eurosense Belfotop NV (nedan kallat Eurosense Belfotop) vilket bedömdes vara bäst från såväl teknisk som ekonomisk synpunkt.

5. Med hänsyn till regionaliseringen beslöt den dåvarande ministerkommittén för ekonomisk och social industrialisering att till-

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

dela kontraktet endast för ett år. Den 29 juni 1989 beslöt den dåvarande flamländska regeringen att på grund av 1988 års meddelande om upphandling förlänga tilldelningen av kontraktet med sex år. Kontraktet gällde i huvudsak regelbunden bevakning av dynbältena på såväl de översvämmade som de icke översvämmade stränderna inom det belgiska kustområdet genom flygfotografering och bearbetning av därigenom insamlade uppgifter.

6. Från och med 1992 undersökte de flamländska myndigheterna möjligheten att göra ett tillägg till kontraktet. Efter ett förhandlat förfarande utan föregående publicering undertecknade den flamländske ministern för offentliga tjänster den 13 april 1995 ett tilläggskontrakt med Eurosense Belfotop till ett värde av 534 miljoner BEF (exklusive mervärdesskatt) och med en löptid av nio år.

7. Sedan vissa besvär anförts sände kommissionen den 27 december 1995 en formell underrättelse till de belgiska myndigheterna i vilken den påtalade att kontraktstillägget av den 13 april 1995 föll inom tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och att det enligt artikel 15.1 och 15.2 hade erfordrats ett preliminärt förhandsmeddelande och ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* om den planerade upphandlingen. Enligt underrättelsen hade Konungariket Belgien genom att underlåta publiceringen åsidosatt artikel 15.1 [5] och 15.2. I underrättelsen påtalade kommissionen också att tilldelningen av kontraktet med tillämpning av ett förhandlat förfarande utan föregående publicering inte heller kunde motiveras enligt artikel 11.3 i direktivet.

8. I svarsskrivelse av den 2 februari 1996 tillbakavisade den belgiska regeringen anklagelserna. Den gjorde i första hand gällande att direktivet enligt artikel 4.2 inte var tillämpligt på det omtvistade kontraktet. I andra hand hävdade den att tilldelningen av kontraktet med tillämpning av ett förhandlat förfarande var berättigad enligt artikel 11.3 b i direktivet. Härvid åberopade den belgiska regeringen följande fem skäl:

a) Innehav av ett militärt säkerhetsintyg.

b) Innehav av tillstånd från luftfartsförvaltningen att utföra alla slags arbeten i luften.

c) Förfogande över nödvändig know-how, teknik och utrustning.

5 — Artikel 15.1 avser det preliminära förhandsmeddelande om det totala värdet av den planerade upphandlingen av offentliga kontrakt för de följande tolv månaderna som skall publiceras snarast möjligt efter varje budgetårs början.

d) Förfogande över nämnda kriterier inom ett enda företag.

e) En tillräckligt god ekonomisk ställning för att årligen kunna tillhandahålla tjänster till ett värde av cirka 80 miljoner BEF.

Slutligen berättigade enligt den belgiska regeringen ytterligare vissa omständigheter tilldelning genom ett förhandlat förfarande, nämligen förekomsten av ensamrätter, särskilt upphovsrätt, tillgång till flygplan inom två flygtimmar och behärskande av det nederländska språket.

9. Kommissionen var emellertid inte nöjd utan tillställde den 10 mars 1999 Konungariket Belgien ett motiverat yttrande i vilket den vidhöll sina anmärkningar. Den belgiska regeringen besvarade yttrandet genom skrivelse av den 1 juni 1999. Den gjorde därvid framför allt gällande att kontraktets huvudföremål var tjänsten flygfotografering som inte faller under kategori 12 i bilaga 1 A till direktiv 92/50 utan tillhör kategori 27 (Övriga tjänster) i bilaga 1 B.

10. Kommissionen väckte därefter genom ansökan av den 29 juni 2001 talan om fördragsbrott. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— enligt artikel 226.1 EG fastställa att Konungariket Belgien har åsidosatt sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, särskilt artiklarna 11.3 och 15.2 däri, genom att

— underlåta att publicera ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* beträffande tilldelning av kontrakt som inbegriper kustbevakning genom flygfotografering,

och

— rättsstridigt tilldela ifrågavarande kontrakt med tillämpning av ett förhandlat förfarande utan att först ha publicerat ett meddelande,

— förplikta Konungariket Belgien att ersätta rättegångskostnaderna.

11. Den belgiska regeringen har visserligen inte formellt yrkat att kommissionens talan skall ogillas, men har uttryckligen bestritt att Konungariket Belgien har åsidosatt sina skyldigheter enligt direktiv 92/50.

IV — Parternas argument

12. Parternas argument kretsar kring det försvar som Konungariket Belgien anförde redan under det administrativa förfarandet. Redogörelsen för argumenten följer de tre grunder som har åberopats.

A — *Påståendet att direktiv 92/50 inte är tillämpligt enligt artikel 4.2 (särskilda säkerhetsåtgärder)*

13. *Kommissionen* anser att undantagsbestämmelsen i artikel 4.2, som skall tolkas restriktivt, inte är tillämplig i förevarande fall. Den omständigheten att det företag som får i uppdrag att utföra flygfotografering och att bearbeta de uppgifter som framgår av fotografierna måste inneha ett militärt säkerhetsintyg kan inte anses utgöra "särskilda säkerhetsåtgärder" i den mening som avses i ifrågavarande bestämmelse, utan skall snarare betraktas som en licens eller "särskild auktorisation" för anbudssökande enligt artikel 30.1 i direktivet.

14. Den *belgiska regeringen* har invänt att artikel 4.2 är tillämplig, eftersom innehav av ett militärt säkerhetsintyg var ett av kriterierna för att anbudsgivaren var lämplig. Företag som vid utförande av en offentlig tjänst får tillgång till uppgifter, platser eller utrustning som har markerats av de nationella myndigheterna eller Nato kan få ett sådant säkerhetsintyg efter det att de har undersökts från säkerhetssynpunkt. Endast företag som har erhållit ett sådant intyg får en förteckning över de markerade objekten som gör det möjligt för dem att arbeta enligt det ursprungliga ändamålet och att vid eventuellt offentliggörande avidentifiera de markerade objekten. De företag som inte innehar ett säkerhetsintyg måste före varje bearbetning av uppgifterna översända dessa till den allmänna underrättelsetjänsten [6] som undersöker om uppgifterna rör markerade objekt och i förekommande fall avidentifierar dessa. Detta förfaringssätt är inte ändamålsenligt, dels därför att det orsakar förseningar som är oförenliga med åtgärder som måste vidtas vid oförutsedda händelser, till exempel oväder, dels därför att det medför förlust av relevant information eftersom negativen avidentifieras.

B — *Påståendet att direktiv 92/50 inte är tillämpligt enligt bilaga 1 B*

15. *Kommissionen* anser att ifrågavarande tjänst tillhör de kategorier som i CPC anges under referensnummer 867 (arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och stadspla-

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

nering) och följaktligen omfattas av kategori 12 i bilaga 1 A till direktivet med påföljd att direktivet är tillämpligt utan undantag. Under CPC-referensnummer 867 finns flera underrubriker, till exempel nummer 8675 (besläktade vetenskapliga och tekniska konsulttjänster), som i sin tur också är indelade i underrubriker. De tjänster som omfattas av det omtvistade kontraktet är enligt kommissionen hänförliga till referensnummer 86753 (tjänster innefattande ytövervakning) och 86754 (tjänster som inbegriper karttillverkning).

16. Trots att kontraktet inbegriper flygfotografering som, tagen för sig, skulle kunna vara hänförlig till CPC-referensnummer 87404 är dess ändamål mycket mer omfattande, eftersom det hänger ihop med det program för övervakning av kusten som administrationen har upprättat i syfte att garantera säkerheten vid kusten och för dess invånare.

17. För övrigt utgör värdet av de flygfotografiska tjänsterna enligt kommissionen inte den största delen av det totala kontraktsvärdet. Av ett totalt kontraktsvärde på 527 194 225 BEF utgör enligt kommissionens uppskattning, 245 464 732 BEF, det vill säga 46,56 procent, flygfotograferingen.

18. Den *belgiska regeringen* har hävdat att huvuddelen av kontraktet gäller flygfotograferingstjänster och att dessa inte omfattas av kategori 12 i bilaga 1 A utan skall hänföras till kategori 27 (Övriga tjänster) i bilaga 1 B till direktivet. Ingen av de 27 kategorier som anges i bilagorna 1 A och 1 B till direktivet innehåller uttrycket "flygfotograferingstjänster". I direktivet har man enligt den belgiska regeringen tagit hänsyn inte bara till de beteckningar som anges i respektive kategorier utan också till Förenta nationernas CPC-nomenklatur. I denna nomenklatur anges flygfotografering under referensnummer 87504.1, men detta nummer återfinns inte i bilagorna till direktivet. Emellertid omfattar kategori 27 i bilaga 1 B "Övriga tjänster" och är följaktligen en öppen kategori utan några CPC-referensnummer. Flygfotografering måste enligt den belgiska regeringen därför hänföras till denna kategori.

19. Den upphandlade tjänsten består enligt den belgiska regeringen också i huvudsak av flygfotografering. Den omfattar först och främst själva flygfotograferingen och därmed sammanhängande processer och arbeten. De sakliga kriterierna för upphandlingen bestämdes också med hänsyn till flygfotograferingen. Slutligen utgör värdet av flygfotograferingen enligt den belgiska regeringen 295 202 732 BEF av ett totalvärde om 527 194 225 BEF, vilket innebär att den största delen av det budgeterade beloppet, nämligen 56 procent, är att hänföra till flygfotograferingen. Det omtvistade kontraktet måste därför anses avse tjänsten flygfotografering och tjänsten skall enligt den belgiska regeringen därmed hänföras till kategorin Övriga tjänster. Direktiv 92/50 är följaktligen inte tillämpligt.

C — *Påståendet att det enligt artikel 11.3 b i direktiv 92/50 var berättigat att tilldela kontraktet med tillämpning av ett förhandlat förfarande utan föregående publicering*

20. *Kommissionen* har gjort gällande att bestämmelsen i artikel 11.3 b inte är tillämplig. Den har hävdat att skyldigheten att inneha ett militärt säkerhetsintyg inte har något att göra med "tekniska skäl" i bestämmelsens mening, utan endast avser innehav av vissa tillstånd eller licenser.

21. Enligt kommissionen har den belgiska regeringen dessutom varken styrkt eller ens påstått att Eurosense Belfotop var det enda företag som förfogade över erforderlig know-how, teknik och utrustning. Underlåtenheten att tillämpa bestämmelserna om meddelande om offentlig upphandling har hindrat andra kandidater från att visa att de uppfyllde de villkor som ställdes. Kommissionen har också påpekat att kontraktet ålade ifrågavarande företag att utveckla en ny teknik, den så kallade aerolaserhypsometrin. [7] Denna teknik tillämpas emellertid redan i utlandet, vilket bekräftar att de tekniska villkoren har uppställts med hänsyn till ifrågavarande företag och inte tvärtom. Det kan enligt kommissionen inte heller uteslutas att flera företag inom vissa frister skulle ha kunnat utveckla program som varit identiska eller jämförbara med dem som hittills endast Eurosense Belfotop specialiserat sig på.

22. Ensamrätt och upphovsrätt till processerna och nämnda program kan enligt kommissionen inte anses vara ensamrätt i den mening som avses i artikel 11.3 b i direktivet, eftersom de endast är en konsekvens av den utveckling av vissa processer som har skett under verkställandet av 1989 års kontrakt och följaktligen inte kan anses vara oundgängligen nödvändiga för utförande av tjänsten. Vilken annan kontraktspart som helst skulle ha haft möjlighet att på samma sätt förvärva vissa ensamrätter inom ramen för utförandet av tjänsten.

23. Det är enligt kommissionen för övrigt tänkbart att de uppgifter som har erhållits genom flygfotograferingen har blivit regionen Flanderns egendom och att Eurosense Belfotop följaktligen inte alls förfogar över någon ensamrätt i den mening som avses i artikel 11.3 b i direktivet. Eftersom undantagsbestämmelsen bör tolkas restriktivt, är det enligt kommissionen slutligen ytterst tveksamt om upphovsrätt skall anses vara en ensamrätt i den mening som avses i artikel 11.3 b.

24. Den *belgiska regeringen* har endast för det fall att ifrågavarande tjänst skulle vara hänförlig till bilaga 1 A till direktivet, vilket

7 — Avseende höjdmätning.

dock uttryckligen har bestritts, gjort gällande att tilldelningen av kontraktet genom ett förhandlat förfarande utan föregående publicering är berättigad enligt artikel 11.3 b. Utförandet av tjänsten kan av såväl tekniska skäl som med hänsyn till skyddet för ensamrätt endast anförtros Eurosense Belfotop.

25. De tekniska skälen hänger enligt den belgiska regeringen ihop med de lämplighetskriterier som regionen Flandern tillämpade under förhandlingarna. Sålunda krävdes ett militärt säkerhetsintyg för utförandet av tjänsten. Eurosense Belfotop innehade vid tidpunkten för förhandlingarna ett sådant intyg, vilket för övrigt gällde i fråga om ytterligare tre bolag. Regionen Flandern hade inte kunnat tilldela ett företag som inte hade haft ett sådant intyg kontraktet. Förfarandet för att få intyget är långvarigt och kostnadskrävande. För att få utföra flygfotografering måste man för övrigt också ha flygfotolicens när det gäller specialfotografering.

26. Den belgiska regeringen har vidare hävdat att det för utförande av tjänsten krävs att de flygfoton och multispektrala scannerbilder som erhålls genom flygfotograferingen blir föremål för en mycket speciell behandling och omvandling till digitala data, tabeller, grafik och kartor, vilket förutsätter användande av speciell teknik och program som har upprättats för just detta ändamål. Dokumentationen av de uppgifter som erhålls genom flygfotografierna samt bearbetning och tolkning av dessa är möjlig endast på grund av att särskilt sakkunnig personal med speciell erfarenhet använder tekniskt högklassig apparatur.

27. Den know-how, teknik och utrustning som behövs måste enligt den belgiska regeringen också vara samlad i ett enda företag utan möjlighet att anlita underleverantörer. I detta hänseende medför det militära säkerhetsintyget att en förteckning över militära hemligheter kan överlämnas till företaget och att detta på egen hand kan avidentifera dessa. Innan ett företag får ett sådant intyg görs en grundlig kontroll av dess personal och utrymmen. Det finns också mycket strikta regler för tillgången till det fotografiska materialet. De åtgärder som vidtas för arkivering, förvaring och användning av basmaterialet måste uppfylla ett flertal säkerhetskrav. Ett av de villkor som anges i kontraktet är att kontraktsparten skall förvara allt basmaterial i egna utrymmen som har godkänts i det militära säkerhetsintyget. Detta villkor utesluter enligt den belgiska regeringen rent faktiskt alla tillfälliga förhållanden till andra kontraktsparter eller användning av underleverantörer.

28. Flygpersonalen måste enligt den belgiska regeringen för övrigt vara tillgänglig inom två flygtimmar och det nederländska språket måste användas för att man skall

kunna kommunicera med regionen på ett så komplicerat område. Den som ansöker om kontraktet måste också ha tillräckliga ekonomiska resurser för att kunna garantera att han fortlöpande kan uppfylla sina prestationer enligt ett långfristigt kontrakt. Såväl erfarenheterna från Eurosense Belfotop som de egna erfarenheter som den belgiska administrationen för kanaler och sjöfart har gjort har lett till slutsatsen att inget annat bolag skulle ha haft möjlighet att på ett sådant sätt som krävs enligt reglerna utföra tjänsten och övervaka kontinuiteten i programmen.

29. När det gäller ensamrätter — såväl upphovsrätten till olika program som ensamrätten till insamlade uppgifter — har regionen Flandern enligt den belgiska regeringen funnit att Eurosense Belfotop var det enda företag som den kunde förhandla med. Företaget hade på egen hand utarbetat program och teknik för utförande av mätningar och tillverkning av kartor för bevakning av den belgiska kusten. Program och teknik är unika. Företaget innehar i dessa hänseenden upphovs- och patenträtter. Dessutom föreskrevs det i det ursprungliga kontraktet av år 1989 att Eurosense Belfotop ensamt skulle ha äganderätten till tagna fotografier. I kontraktet föreskrevs också att regionen Flandern endast "för eget bruk" fick använda de uppgifter som framgick av fotografierna. Uppgifterna fick inte utan tillstånd av Eurosense Belfotop vidarebefordras till tredje man. Detta gällde under hela kontraktstiden och därefter för ytterligare tre år. Följaktligen skulle inget annat företag ha fått använda de uppgifter som Eurosense Belfotop hade insamlat eller kunnat reproducera förändringarna utmed den belgiska kusten.

V — Bedömning

A — *Påståendet att direktiv 92/50 inte är tillämpligt enligt artikel 4.2*

30. Inledningsvis skall undersökas om direktiv 92/50 över huvud taget är tillämpligt på det omtvistade kontraktet. I artikel 4.2 anges uttryckligen att direktivet inte är tillämpligt på sådana offentliga tjänster som enligt den berörda medlemsstatens lagar och andra författningar inte får utföras utan särskilda säkerhetsåtgärder. Den belgiska regeringen anser att det aktuella kontraktet avser just sådana särskilda säkerhetsåtgärder.

31. Visserligen anger den belgiska regeringen inga lagar eller andra författningar av vilka det följer, å ena sidan, att underrättelsetjänsten är skyldig att granska varje flygfoto, vilket otvivelaktigt skulle utgöra en särskild säkerhetsåtgärd i direktivets

mening, och, å andra sidan, att denna systematiska skyldighet kan upphävas på grund av ett militärt säkerhetsintyg. Även om den belgiska regeringen inte har angett några konkreta bestämmelser finns det likväl knappast någon anledning att betvivla att sådana existerar. Kommissionen har i vart fall inte ifrågasatt vare sig att skyldigheten i fråga föreligger eller att den är förankrad i lag, utan endast ifrågasatt att skyldigheten kan kvalificeras som en särskild säkerhetsåtgärd i den mening som avses i artikel 4.2 i direktivet.

32. En första fråga är redan i vilken utsträckning underrättelsetjänstens allmänna skyldighet att kontrollera flygfoton kan åberopas för att kvalificera den omtvistade tjänsten, eftersom skyldigheten bortfaller så snart ett företag innehar ett militärt säkerhetsintyg, vilket innehav i förevarande fall ställdes som villkor för tilldelningen av kontraktet.

33. Jag anser det helt rimligt att betrakta den omständigheten att varje flygfoto av säkerhetspolitiska skäl måste granskas av underrättelsetjänsten som en särskild säkerhetsåtgärd. Den belgiska regeringen har i detta sammanhang erinrat om att risker för sabotage eller terroristangrepp gör det nödvändigt att hemlighålla vissa militära anläggningar och strategiska punkter. Vid den muntliga förhandlingen angav den belgiska regeringen som exempel militärbasen i Koksijde på den belgiska kusten. Jag hyser därför inte något som helst tvivel om det berättigade i att vidta vissa säkerhetsåtgärder när det gäller flygfotografering och att kvalificera dessa som "särskilda säkerhetsåtgärder" enligt artikel 4.2 i direktivet.

34. Det kan emellertid ifrågasättas om man kan tala om att det krävs särskilda säkerhetsåtgärder vid "utförandet" [8] av tjänsten när det företag som har tilldelats kontraktet innehar ett militärt säkerhetsintyg och underrättelsetjänstens systematiska granskning av flygfotona alltså bortfaller vid utförandet av tjänsten.

35. Kommissionen har hävdat att det militära säkerhetsintyg som har uppställts som ett kriterium på uppdragstagarens lämplighet skall betraktas som en "särskild auktorisation" enligt artikel 30.1 i direktivet. Det skall enligt kommissionen uppfattas som ett villkor för erhållande av uppdraget. Om uppdragstagaren innehar ett militärt säkerhetsintyg behövs emellertid inga ytterligare "särskilda säkerhetsåtgärder" vid tjänstens utförande.

8 — Se ordalydelsen i artikel 4.2 i direktiv 92/50.

36. Med denna uppfattning bortser man enligt min mening från att utfärdande eller innehav av ett militärt säkerhetsintyg inte innebär att alla ytterligare säkerhetsåtgärder kan undvaras. Den enda åtgärd som inte längre behövs är den allmänna underrättelsetjänstens systematiska granskning. Under handläggningen av målet vid domstolen har anförts att ett företag som innehar ett militärt säkerhetsintyg tillåts att ta hand om förteckningar över objekt som har markerats av de nationella myndigheterna eller Nato. Det överlåts åt företaget att vederbörligen beakta säkerhetsvillkoren och att vid offentliggörande av flygfoton i förekommande fall på egen hand avidentifiera militärt relevanta objekt. Enligt min mening innebär detta att de särskilda säkerhetsåtgärderna överlåts till det företag som innehar ett militärt säkerhetsintyg. Denna överföring av ansvaret är förmodligen också anledningen till att det är så kostnadskrävande att erhålla det militära säkerhetsintyget. Intyget skall inte bara visa ett företags aktuella tillstånd från säkerhetssynpunkt, utan måste också utgöra en viss garanti för att företaget kommer att kunna uppfylla säkerhetsvillkoren även under sin fortsatta verksamhet.

37. Jag anser därför att kravet på innehav av ett militärt säkerhetsintyg inte enbart är en sådan "särskild auktorisation" enligt artikel 30.1 som utesluter att en tjänst som utförs av ett på detta sätt legitimerat företag skall anses vara en tjänst som kräver särskilda säkerhetsåtgärder.

38. Den fullständiga kartläggning av den belgiska kusten inklusive hamnen i Zeebrugge som sker genom flygfotograferingen, dessutom under en längre tid, synes mig helt klart vara något som kan röra den belgiska statens säkerhetsintressen. Därför är den belgiska regeringens påstående att utförandet av tjänsten kräver särskilda säkerhetsåtgärder enligt min mening också trovärdigt.

39. Jag anser också att det i stor utsträckning ankommer på en medlemsstats regering att värdera och definiera statens säkerhetsintressen. När den belgiska regeringen hävdar att utförandet av tjänsten kräver särskilda säkerhetsåtgärder och det uppenbarligen inte råder något tvivel om att så är fallet, bör domstolen därför anse detta vara tillräckligt för att artikel 4.2 i direktiv 92/50 skall bli tillämplig. Enligt min mening kan Konungariket Belgien sålunda med rätta åberopa artikel 4.2 i direktivet vilket innebär att direktivet inte är tillämpligt. Konungariket Belgien har sålunda inte gjort sig skyldigt till fördragsbrott.

40. Vad parterna i övrigt har anfört behandlas här endast för det fall att domstolen inte delar min uppfattning.

B — *Påståendet att direktiv 92/50 inte är tillämpligt på grund av att tjänsten är hänförlig till bilaga 1 B i direktivet*

41. Om direktiv 92/50 skulle antas i princip vara tillämpligt på det omtvistade kontraktet uppkommer frågan om ifrågavarande tjänst hör till bilaga 1 A eller bilaga 1 B. I direktivet föreskrivs en tillämpning i två etapper. [9] Enligt tjugoförsta skälet till direktivet skall detta "[u]nder en övergångstid [...] endast tillämpas fullt ut på tjänster för vilka potentialen för handel över nationsgränserna kan komma att utnyttjas helt till följd av bestämmelserna i direktivet. Kontrakt avseende andra tjänster bör övervakas under viss tid, innan beslut tas om att detta direktiv skall tillämpas fullt ut även på dessa...."

42. I sjunde skälet sägs följande:

"Med hänsyn till tillämpningen av upphandlingsförfarandena och till kontrollverksamheten är den lämpligaste beskrivningen av tjänstesektorn en uppdelning på kategorier som motsvarar bestämda kategorier i en gemensam klassificering. I bilagorna 1 A och 1 B till detta direktiv hänvisas till Förenta nationernas CPC-nomenklatur (gemensam produktklassificering). Denna nomenklatur kan i framtiden komma att ersättas av en gemenskapsnomenklatur. ..." [10]

43. Enligt artikel 8 i direktivet skall kontrakt som avser tjänster som återfinns i bilaga 1 A upphandlas enligt bestämmelserna i avdelningarna III—VI. Bestämmelserna i direktiv 92/50 om tilldelning skall alltså tillämpas fullt ut. Kontrakt som avser tjänster som återfinns i bilaga 1 B skall enligt artikel 9 i direktivet upphandlas enligt artiklarna 14 och 16. Därvid är alltså endast de gemensamma tekniska bestämmelserna i artikel 14 och den i artikel 16 föreskrivna skyldigheten att publicera resultatet av upphandlingen tillämpliga. När det gäller den gemenskapsrättsliga skyldigheten att beakta bestämmelserna om tilldelning är det alltså av grundläggande betydelse till vilken kategori i bilaga 1 de tjänster som omfattas av kontraktet skall hänföras.

44. Medan kommissionen har hävdat att den omtvistade tjänsten hör till kategori 12 i bilaga 1 A har den belgiska regeringen gjort gällande att tjänsten skall hänföras till kategori 27 i bilaga 1 B. Ifrågavarande tjänst innehåller otvivelaktigt element som berör landskapsplanering och besläktade vetenskapliga och tekniska konsulttjänster. Det är emellertid ostridigt att tjänsten

9 — Se rubriken till avsnitt II i direktivet.

10 — En sådan gemenskaplig produktklassificering för statistiska ändamål antogs genom rådets förordning (EEG) nr 3696/93 av den 29 oktober 1993 om den statistiska indelningen av produkter efter näringsgren (CPA) inom Europeiska ekonomiska gemenskapen (EGT L 342, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 108).

också inbegriper flygfotografering som a priori inte är hänförlig till kategori 12 i bilaga 1 A. Ostridigt är också att flygfotografering inte uttryckligen återfinns vare sig i bilaga 1 A eller i bilaga 1 B.

45. Den belgiska regeringen har åberopat att CPC-nomenklaturen uttryckligen innehåller ett referensnummer med beteckningen "flygfotografering", nämligen nummer 87504. Den gemensamma produktindelning, kallad CPA,[11] som görs i förordning nr 3696/93 innehåller som motsvarighet till CPC-referensnummer 875 a kategorin 74.81.2 som avser "fotografiska tjänster". Underrubriken 74.81.25 med beteckningen "flygfotografering" motsvarar CPC-referensnummer 87504.1.[12] Eftersom flygfotografering inte kan hänföras till någon av de övriga kategorierna i bilaga 1 till direktivet omfattas den av kategori 27 "Övriga tjänster". Denna kategori är ett slags uppsamlingskategori. Det är den enda kategori som inte hör under ett CPC-referensnummer. Det kan därför inte råda någon tvekan om att flygfotografering är hänförlig till kategori 27. Domstolen har i domen i målet Tögel[13] också fastställt att de i bilagorna 1 A och 1 B till direktiv 92/50 gjorda hänvisningarna till CPC-nomenklaturen är bindande.

46. Frågan är bara enligt vilka regler kontraktet skall tilldelas när vissa delar av den tjänst som det omfattar återfinns i bilaga 1 A medan andra delar återfinns i bilaga 1 B. För detta fall finns följande bindande bestämmelse i artikel 10:

"Kontrakt som avser tjänster som återfinns såväl i bilaga 1 A som i bilaga 1 B skall, om värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 A överstiger värdet av de tjänster som finns förtecknade i bilaga 1 B, upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III—VI. I motsatt fall skall kontrakten tilldelas enligt artiklarna 14 och 16."

47. I domen i målet Swoboda[14] har domstolen konstaterat att "[det i] artikel 10 i direktiv 92/50 [föreskrivs] ett entydigt kriterium för att fastställa vilka bestämmelser som skall tillämpas på ett kontrakt som avser olika tjänster. Kriteriet är grundat på förhållandet mellan *värdet av de tjänster* som ingår i bilaga I A till direktiv 92/50 och värdet av de tjänster som ingår i bilaga I B till samma direktiv".[15]

48. Domstolen har i nämnda dom uttryckligen tillbakavisat påståendet att kontraktets huvudsakliga ändamål är avgörande

11 — Ibidem, artikel 2.1.

12 — Ibidem, sidan 113 och följande sida.

13 — Dom av den 24 september 1998 i mål C-76/96, Tögel (REG 1998, s. I-5357), punkt 37.

14 — Dom av den 14 november 2002 i mål C-411/00, Felix Swoboda GmbH (REG 2002, s. I-10567).

15 — Ibidem, punkt 52. Min kursivering.

för vilka bestämmelser som är tillämpliga.[16] Den har emellertid inte lämnat något utrymme för tvivel om att samtliga de tjänster som skall upphandlas bidrar till att uppnå ett enhetligt ändamål även om de är av olika art och alltså inte skall upphandlas separat.[17]

49. Avgörande är sålunda värdet av de enskilda tjänsterna. I domen i målet Swoboda, som meddelades i ett mål om förhandsavgörande, uttalade domstolen att "[k]lassificeringen av tjänster enligt förteckningarna i bilagorna I A och I B till direktiv 92/50 är framför allt en bevisfråga som *den upphandlande myndigheten* skall pröva under de nationella domstolarnas kontroll".[18]

50. I förevarande mål är en prövning under de nationella domstolarnas kontroll inte aktuell, eftersom målet gäller fördragsbrott. Det ankommer alltså på domstolen att bedöma omständigheterna i målet med hänsyn till syftet med detta.

51. Såväl kommissionen som den belgiska regeringen har gjort beräkningar för att kunna bestämma flygfotograferingens andel av kontraktsvärdet. Kommissionen har därvid kommit fram till att värdet av denna andel är 46,56 procent av det totala kontraktsvärdet, medan den belgiska regeringen har utfört olika beräkningar som jag inte finner anledning att här redovisa i detalj men som alla har gått ut på att värdet av flygfotograferingen även i ekonomiskt hänseende utgör klart mer än 50 procent av det totala värdet.

52. Den belgiska regeringen reagerade mot den av kommissionen angivna andelen 46,56 procent med att göra en egen beräkning. Kommissionen tog enligt den belgiska regeringen vid sina beräkningar endast hänsyn till belopp som belöpte på tjänster av typerna I, II och III i kontraktet men beräknade inte någon andel avseende flygfotograferingen när det gällde tjänster av typen IV "Reserverat belopp".[19] Det "reserverade beloppet" är enligt den belgiska regeringen avsett att täcka behov av alla de slag som kan visa sig erforderliga men inte kunde förutses när kontraktet ingicks. Uttrycket "framför allt"[20] visar att beloppet i fråga även kan användas för andra

16 — Ibidem, punkt 49.

17 — Ibidem, punkterna 56 och 59.

18 — Ibidem, punkt 62. Min kursivering.

19 — "Voorbehouden som/somme reservé." Beskrivningen av tjänster av typen IV i artikel 7 i kontraktet av den 13 januari 1995 lyder i fri översättning: "Det reserverade beloppet (för tjänster av typen IV) belöper sig till 15 miljoner BEF (utom för kontraktsåren 1998/1999 och 1999/2000, under vilka av budgetskäl endast 12 miljoner BEF har avsatts) och kan *framför allt* användas
1. för kontroller efter varje flygning vid vilken tillståndet på strand och dyner med avseende på både strandmorfologin och dynuppbyggnaden har mätts enligt de normer och regler som har fastställts i 'Doindecreet', å ena sidan, och 'Normsteling Kust 2000', å andra sidan,
2. för tillhandahållande av resultaten av mätningarna genom en magnometer som är kompatibel med någon av administrationens apparater.
3. för att låta kontraktsparten få tillgång till normen ISO 9000 för den verksamhet som är oumbärlig för utförande av ifrågavarande tjänst, och
4. ör ny eller förnyad teknik som tillkommer under kontraktstiden och som kan utnyttjas för att kvalitativt och/eller kvantitativt förbättra kontrollen."

20 — Ibidem.

tjänster än dem som anges i 7 § i kontraktet, det vill säga även för sådana tjänster som är jämförbara med tjänster av typerna I, II och III.

53. Om man skulle utgå från den andel av flygfotograferingen som kommissionen har beräknat för tjänster av typerna I, II eller III, det vill säga 46,56 procent, och tillämpa motsvarande andel för tjänster av typen IV, skulle flygfotograferingen utgöra sammanlagt 61,80 procent av det totala kontraktsvärdet. Detta skulle i varje fall bli resultatet vid en förhandsberäkning innan kontraktet tilldelades. En beräkning av de faktiskt utförda tjänsterna i efterhand visar enligt den belgiska regeringen att flygfotograferingens andel av värdet av tjänster av typen IV utgör 56 procent. Under alla förhållanden utgör värdet av flygfotograferingen klart mer än 50 procent av det totala kontraktsvärdet.

54. Den belgiska regeringens i det föregående redovisade argument föranleder enligt min mening inga principiella betänkligheter. Dessutom anser jag att man av formuleringen i domen i målet Swoboda [21], enligt vilken det ankommer på den upphandlande myndigheten att klassificera tjänsterna enligt förteckningarna i bilagorna 1 A och 1 B till direktivet, kan utläsa att domstolen ger den upphandlande myndigheten rätt att vid denna klassificering göra en viss skönsmässig bedömning.

55. Jag ser därför ingen anledning att ifrågasätta den belgiska regeringens bedömning att värdet av flygfotograferingen är utslagsgivande. I enlighet därmed skall den upphandlade tjänsten alltså hänföras till bilaga 1 B, varför det gemenskapsrättsliga upphandlingsförfarandet enligt avdelningarna III—VI i direktiv 92/50 inte behöver följas. Även ur denna aspekt skulle alltså talan om fördragsbrott ogillas.

56. Det finns följaktligen ingen anledning att diskutera om den belgiska regeringen skulle kunna vinna framgång med att åberopa artikel 11.3 b.

VI — Rättegångskostnaderna

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

21 — Se domen i målet Swoboda (ovan fotnot 14), punkt 62.

VII — Förslag till avgörande

58. På grund av vad jag har anfört i det föregående föreslår jag att domstolen skall

1. ogilla kommissionens talan,

2. förordna att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.