FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 4. juni 2009 [1]

Indhold

I — Indledning . . . . . I - 10359

II — Retsforskrifter . . . . . I - 10359

III — Tvisten . . . . . I - 10363

IV — Den administrative procedure . . . . . I - 10365

V — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande . . . . . I - 10366

VI — Parternes væsentligste argumenter . . . . . I - 10367

A — Om formaliteten . . . . . I - 10367

B — Om realiteten . . . . . I - 10368

VII — Retlig vurdering . . . . . I - 10368

A — Om formaliteten . . . . . I - 10368

B — Om realiteten . . . . . I - 10375

1. Indledende bemærkninger . . . . . I - 10375

2. Byen Kölns status som ordregiver i forhold til GKM-GbR . . . . . I - 10376

3. Hovedkontrakten af 6. august 2004 som blandet bygge- og anlægskontrakt og tjenesteydelsesaftale . . . . . I - 10382

1 — Originalsprog: tysk.

4. Fastlæggelse af hovedformålet med den blandede hovedkontrakt af 6. august 2004 . . . . . I - 10387

5. Konklusion . . . . . I - 10390

VIII — Sagens omkostninger . . . . . I - 10390

IX — Forslag til afgørelse . . . . . I - 10391

I — Indledning

1. Denne sag drejer sig om Kommissionens traktatbrudssøgsmål i medfør af artikel 226 EF, hvori Kommissionen har nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 7, sammenholdt med artikel 11, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [2], idet byen Köln har indgået en kontrakt med ejendomsselskabet Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR (herefter »GKM-GbR«) om opførelse og efterfølgende tilrådighedsstillelse i 30 år af fire messehaller med tilbygninger og infrastruktur uden at gennemføre en udbudsprocedure med europæisk indkaldelse af bud i overensstemmelse med de nævnte bestemmelser.

2. Ved undersøgelsen af dette søgsmål skal det først afklares, om virkningerne af den påståede overtrædelse af udbudsbestemmelserne var fuldstændig udtømte inden udløbet af den frist, der var fastsat i Kommissionens begrundede udtalelse, hvilket vil indebære, at sagen skal afvises. Derefter skal det undersøges, om der foreligger en offentlig bygge- og anlægskontrakt i udbudsretlig forstand med byen Köln som ordregivende myndighed.

II — Retsforskrifter

3. Anden og tiende betragtning til direktiv 93/37 har følgende ordlyd:

»[D]en samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, som i medlemsstaterne indgås for statens, lokale myndigheders og

2 — EFT L 199, s. 54.

andre offentligretlige organers regning, indebærer sammen med ophævelsen af begrænsningerne en samordning af de nationale fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

[…]

[U]dviklingen af en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter nødvendiggør, at de udbudsbekendtgørelser, de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne udarbejder, offentliggøres på fællesskabsplan; de oplysninger, som indeholdes i disse udbudsbekendtgørelser, skal gøre det muligt for entreprenører i Fællesskabet at vurdere, om de påtænkte kontrakter interesserer dem; med henblik herpå bør der gives dem tilstrækkeligt kendskab til det arbejde, der skal præsteres, og de dertil knyttede betingelser […]«

4. Artikel 1 i direktiv 93/37 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »offentlige bygge- og anlægskontrakter« gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov

b) »ordregivende myndigheder« staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, og

— som er en juridisk person, og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

c) »bygge- og anlægsarbejde« resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion

[…]

e) »offentligt udbud« nationale fremgangsmåder, hvorved alle interesserede entreprenører kan afgive bud

f) »begrænset udbud« nationale fremgangsmåder, hvorved kun de entreprenører, der af de ordregivende myndigheder modtager opfordring dertil, kan afgive bud

g) »udbud efter forhandling« nationale fremgangsmåder, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til de af dem valgte entreprenører og forhandler kontraktens vilkår med en eller flere af disse

[…]«

5. I henhold til artikel 6 i direktiv 93/37 finder direktivet principielt ikke anvendelse på bygge- og anlægskontrakter, hvis værdi ikke overstiger 5 000 000 EUR.

6. I henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 93/37 skal de ordregivende myndigheder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter anvende de i artikel 1 nævnte offentlige udbud, begrænsede udbud og udbud efter forhandling, tilpasset til dette direktiv. Artikel 7, stk. 2, indeholder derefter en opregning af de tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder kan indgå bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, mens stk. 3 anfører de tilfælde, hvor bygge- og anlægskontrakter kan indgås efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en

udbudsbekendtgørelse. I alle andre tilfælde skal de ordregivende myndigheder ifølge direktivets artikel 7, stk. 4, ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter anvende offentligt eller begrænset udbud.

7. Artikel 11 i direktiv 93/37 har følgende ordlyd:

»(1) De ordregivende myndigheder bekendtgør ved en vejledende bekendtgørelse de væsentlige karakteristika for de bygge- og anlægsarbejder, som de agter at lade udføre, og hvis kontraktværdi mindst andrager det tærskelbeløb, der er anført i artikel 6, stk. 1.

(2) Ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå en offentlig bygge- og anlægskontrakt ved offentligt eller begrænset udbud eller ved udbud efter forhandling i de i artikel 7, stk. 2, omhandlede tilfælde, skal tilkendegive deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.

[…]«

8. Artikel 1 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [3] bestemmer følgende:

»I dette direktiv forstås ved:

a) offentlige tjenesteydelsesaftaler gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed med undtagelse af

[…]

iii) aftaler om erhvervelse eller leje — uanset finansieringsform — af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil; dog er aftaler i en hvilken som helst form om finansielle tjenesteydelser, der indgås samtidig med, før eller efter aftalen om erhvervelse eller leje, underlagt dette direktiv

[…]«

3 — EFT L 209 af 24.7.1992, s. 1.

III — Tvisten

9. Det foreliggende traktatbrudssøgsmål vedrører den nyopførelse af fire messehaller med tilbygninger og tilhørende infrastruktur, der på byen Kölns foranledning blev udført af en privat virksomhed, GKM-GbR. Det var fra starten planen, at disse messehaller skulle drives af Kölnmesse GmbH, et privatretligt selskab, hvoraf byen Köln ejer 79% og delstaten Nordrhein-Westfalen 20%, og hvis formål ifølge vedtægterne er at forberede og afholde messer og udstillinger med henblik på at fremme industri, handel og håndværk.

10. De første planer for nyopførelsen af fire messehaller på Kölns messeområde blev allerede udarbejdet i 1990'erne af Kölnmesse GmbH. Da det stod fast, at de såkaldte »Rheinhallen« (messehallerne 1, 2, 3 og 5), som selskabet benyttede til messeformål i henhold til en kontrakt om langtidsleje med byen Köln, ikke længere opfyldte de nødvendige krav, udarbejdede Kölnmesse GmbH i årene 2000/2001 en masterplan, der bl.a. omfattede en nyopførelse af fire messehaller frem til år 2012. I 2003 blev denne masterplan genoplivet af byen Köln, fordi byen fra begyndelsen af 2008 ønskede at stille de nævnte Rheinhallen, som Kölnmesse GmbH benyttede, til rådighed for tv-kanalen RTL for derved at forhindre, at tv-kanalen flyttede fra Köln. På denne baggrund blev Kölnmesse GmbH og byen Köln enige om at fremskynde den opførelse af fire nye messehaller med tilbygninger og infrastruktur, som indgik i masterplanen.

11. Med hensyn til finansieringen af dette byggeprojekt endte byen Köln og Kölnmesse GmbH med at beslutte sig for en finansieringsmodel, hvor det ikke var byen Köln eller Kölnmesse GmbH selv, men derimod en privat virksomhed — GKM-GbR — der skulle være bygherre på opførelsen af messehallerne og den nødvendige infrastruktur med henblik på efterfølgende udlejning til byen Köln. I et næste skridt skulle byen Köln videreudleje de lejede messehaller til Kölnmesse GmbH, der ved at forberede og afholde messer og udstillinger skulle generere de nødvendige indtægter til dækning af de beløb, som byen skulle betale til GKM-GbR.

12. Denne finansieringsmodel førte til en kompleks kontrakt- og ejendomsretlig konstruktion med byen Köln i centrum. Den 6. august 2004 indgik byen Köln først en kontrakt med GKM-GbR, der betegnedes som »Mietvertrag über die Anmietung eines Grundstücks mit vier Messehallen, einem Bauwerk »Nordeingang«, einem Boulevard und Spange vor dem Parkhaus, fünf Verbindungsbauwerke zwischen den Messehallen, Parkplätzen und Außenanlagen in Köln-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße u. a.« (lejekontrakt om leje af grund med fire messehaller, en bygning »Nordeingang«, en boulevard og forbindelsesareal foran parkeringshuset, fem forbindelsesbygninger mellem messehallerne, parkeringspladser og udendørs anlæg i Köln-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße mv., herefter »hovedkontrakten«), hvorefter GKM-GbR ville udleje messeområdet med messehallerne N8, N9, N10 og N11, der skulle opføres herpå, med tilstødende bygninger, infrastruktur og mindst 505 overdækkede parkeringspladser samt udendørs anlæg til byen Köln. Lejemålet skulle løbe fra den 1. december 2005 med en

aftalt fast løbetid på 30 år. Som modydelse forpligtede byen Köln sig til at betale et månedligt vederlag på 1 725 000 EUR, idet der ikke skulle betales leje for de første 13 måneder af lejeperioden.

13. På grundlag heraf indgik byen Köln den 11. august 2004 en »videreudlejningskontrakt« [4] med Kölnmesse GmbH, hvori betingelserne for videreudlejningen af disse messehaller med tilstødende bygninger til Kölnmesse GmbH på stort set identiske vilkår er fastsat (herefter »videreudlejningskontrakten«). Herefter blev der for videreudlejningen af messehallerne med tilbygninger og tilhørende infrastruktur aftalt en fast samlet løbetid på 30 år samt en månedlig leje på 1 730 000 EUR, idet der ikke skulle betales leje for de første 13 måneder af lejeperioden.

14. Med henblik på en forenklet afvikling af kontraktforholdene hidrørende fra hoved- og videreudlejningskontrakten indgik byen Köln og Kölnmesse GmbH desuden den 11./16. august 2004 en gennemførelsesaftale vedrørende videreudlejningskontrakten, hvorved byen Köln gav Kölnmesse GmbH fuldmagt til at gennemføre og varetage de fleste af de rettigheder og forpligtelser, som byen Köln havde påtaget sig i forhold til GKM-GbR. Formålet hermed var at forenkle varetagelsen af koordinerings- og afleveringsmøder med GKM-GbR, modtagelsen af tekniske instrukser, varetagelsen af rettigheder og forpligtelser vedrørende restarbejder og mangler og generelt at forhindre juridiske ulemper for parterne i deres indbyrdes forhold. Aftalen undtager dog udtrykkeligt »lejebetalingerne«, der skal ske særskilt i det enkelte kontraktforhold. Derudover kan Kölnmesse GmbH kun udøve byen Kölns rettigheder vedrørende ændring af det eksisterende retsforhold (ophævelse, opsigelse osv.) med dennes forudgående samtykke.

15. Som forberedelse til indgåelsen af disse kontrakter havde byen Köln og Kölnmesse GmbH allerede i slutningen af 2003 solgt de grunde, der skulle bruges til opførelsen af de nye messehaller, til den private investor, således at disse grunde på tidspunktet for indgåelsen af »lejekontrakterne« ejedes af GKM-GbR.

16. Den 30. november 2005 blev messehallerne officielt afleveret til byen Köln af GKM-GbR.

4 — Denne kontrakts fuldstændige overskrift er: »Untermietvertrag über die Anmietung eines Grundstücks mit vier Messehallen, einem Bauwerk »Nordeingang«, einem Boulevard og Spange vor dem Parkhaus, fünf Verbindungsbauwerken zwischen den Messehallen, Parkplätzen og Außenanlagen in Köln-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße u. a.« (videreudlejningskontrakt om leje af grund med fire messehaller, en bygning »Nordeingang«, en boulevard og forbindelsesareal foran parkeringshuset, fem forbindelsesbygninger mellem messehallerne, parkeringspladser og udendørs anlæg i Köln-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße mv.).

IV — Den administrative procedure

17. Efter at have modtaget en klage den 7. september 2005, hvorefter fællesskabsretten var blevet tilsidesat ved indgåelsen af bygge- og anlægskontrakten vedrørende de nye messehaller i Köln, meddelte Kommissionen ved skrivelse af 13. december 2005 Forbundsrepublikken Tyskland, at denne muligvis havde tilsidesat direktivets artikel 7, sammenholdt med direktivets artikel 11, idet de ordregivende myndigheder, der var involveret i dette bygge- og anlægsprojekt, havde undladt at sende kontrakten vedrørende opførelse og udlejning eller anden form for tilrådighedsstillelse af messehallerne i offentligt eller begrænset EU-udbud. Derfor opfordredes Forbundsrepublikken Tysklands regering til i henhold til artikel 226 EF at fremsætte sine bemærkninger inden for en frist på to måneder og til at fremlægge alle de kontrakter, parterne havde indgået, samt enhver anden relevant dokumentation.

18. I sit svar af 15. februar 2006 meddelte Forbundsrepublikken Tyskland, at Kölnmesse GmbH ikke er en ordregivende myndighed i den forstand, hvori begrebet anvendes i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37, hvorfor der ikke foreligger nogen tilsidesættelse af fællesskabsretten. I besvarelsen af Kommissionens supplerende åbningsskrivelse af 28. juni 2006, hvori Forbundsrepublikken Tyskland var blevet anmodet om yderligere oplysninger samt på ny var blevet anmodet om at fremsende enhver relevant dokumentation, bekræftede Forbundsrepublikken Tyskland ved skrivelse af 8. september 2006 i det væsentlige sit standpunkt vedrørende Kölnmesse GmbH's status som ordregiver og tilføjede, at byen Köln i forbindelse med det pågældende bygge- og anlægsprojekt kun havde indgået retshandler, der ikke var omfattet af retsforskrifterne om udbud. Forbundsrepublikken Tyskland anførte ligeledes, at den ikke havde adgang til Kölnmesse GmbH's kontrakter og anden dokumentation, fordi selskabet er en privat økonomisk enhed. Herefter fremlagde Forbundsrepublikken Tyskland alene hovedkontrakten, videreudlejningskontrakten, gennemførelsesaftalen, en rapport af 27. januar 2006 udarbejdet af Bezirksregierung Köln samt et »Letter of Intent« af 8. december 2003 fra byen Köln til Kölnmesse GmbH.

19. Ved skrivelse af 18. oktober 2006 fremsatte Kommissionen over for Forbundsrepublikken Tyskland en begrundet udtalelse i henhold til artikel 226, stk. 1, EF. Som svar på denne udtalelse fastholdt Forbundsrepublikken Tyskland ved skrivelse af 11. december 2006 sin opfattelse af, at der ikke forelå en materiel tilsidesættelse af fællesskabsretten, og anførte som et nyt argument herfor, at den kontrakt af 18. december 2003 om køb af en grund, der blev indgået forud for lejekontrakterne mellem Kölnmesse GmbH og GKM-GbR, samtidig indeholdt en nærmere fastlagt forpligtelse for GKM-GbR til at bebygge det solgte messeområde. Endvidere anførte Forbundsrepublikken Tyskland, at Kölnmesse GmbH's bygge- og anlægskontrakt blev afsluttet ved færdiggørelsen og afleveringen af messehallerne den 1. december 2005 og dermed før udløbet af fristen i den begrundede udtalelse. Selv hvis der havde været tale om en tilsidesættelse af retsforskrifter om udbud, kunne en traktatbrudsprocedure ikke indledes og fortsættes, fordi det

kritiserede bygge- og anlægsprojekt var afsluttet inden fristens udløb. Samtidig fremlagde Forbundsrepublikken Tyskland et uddrag på fem sider af den notarielle kontrakt af 18. december 2003 om købet af grunden.

20. Under henvisning til et mundtligt tilsagn fra overborgmesteren for byen Köln til McCreevy, medlem af Kommissionen med ansvar for det indre marked, om »for fremtiden at tage afstand fra sådanne aftalekonstellationer og i overensstemmelse med gældende ret at sende kontrakter med en værdi, der ligger over de i udbudsdirektiverne nævnte tærskelværdier, i EU-udbud«, anmodede Forbundsrepublikken Tyskland endelig i en yderligere skrivelse af 18. april 2007 Kommissionen om, at proceduren blev indstillet.

V — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande

21. Kommissionen har i sin stævning, indleveret til Domstolens Justitskontor den 30. november 2007, nedlagt følgende påstande:

»— Det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 7, sammenholdt med artikel 11, i direktiv 93/37, idet byen Köln har indgået en kontrakt den 6. august 2004 med ejendomsselskabet Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR (nu Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11) uden at gennemføre en udbudsprocedure med europæisk indkaldelse af bud i overensstemmelse med de nævnte bestemmelser.

— Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger.«

22. Forbundsrepublikken Tyskland har i sit svarskrift, som blev indgivet den 25. februar 2008, nedlagt følgende påstande:

»— Afvisning, subsidiært frifindelse.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.«

23. Efter at Kommissionens replik var indgivet den 30. april 2008 og Forbundsrepublikken Tysklands duplik den 26. juni 2008, var den skriftlige forhandling afsluttet.

24. Under den mundtlige forhandling den 25. marts 2009 redegjorde befuldmægtigede for Kommissionen og Forbundsrepublikken Tysklands regering nærmere for deres synspunkter.

VI — Parternes væsentligste argumenter

25. Ifølge Kommissionen har Forbundsrepublikken Tyskland tilsidesat artikel 7 og 11 i direktiv 93/37, idet byen Köln som ordregivende myndighed har indgået hovedkontrakten af 6. august 2004, der har direkte økonomisk forbindelse til den forudgående indgåelse af kontrakten om køb af grund mellem Kölnmesse GmbH og GKM-GbR, uden en offentlig udbudsprocedure.

26. Forbundsrepublikken Tyskland har gjort flere forskellige formalitetsindsigelser gældende og anser desuden søgsmålet for at være ugrundet i realiteten.

A — *Om formaliteten*

27. Forbundsrepublikken Tyskland har først og fremmest gjort gældende, at traktatbrudssøgsmålet bør afvises, idet den påståede tilsidesættelse af retsforskrifterne om udbud var ophørt, inden tidsfristen i den begrundede udtalelse udløb. På det tidspunkt, hvor denne frist udløb, var alle bygge- og anlægsarbejder allerede færdiggjort og afleveret til byen Köln i dennes egenskab af hovedlejer. Derved var de »relevante virkninger« af den anfægtede kontrakt respektive den anfægtede kontraktindgåelse udtømt inden fristens udløb, hvorfor Kommissionens efterfølgende søgsmål ifølge Domstolens faste praksis skal afvises.

28. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at der ved vurderingen af sagens formalitet må sondres mellem de virkninger af den anfægtede kontraktindgåelse, der er »potentielt i strid med retsforskrifterne om udbud«, og de »retmæssige« virkninger heraf, hvorved kun de førstnævnte er afgørende ved vurderingen af, om fristen er overholdt. Disse virkninger, der er »potentielt i strid med retsforskrifterne om udbud«, er navnlig de bygge- og anlægsarbejder, som ordremodtageren skal udføre. De »retmæssige« virkninger af indgåelsen af en bygge- og anlægskontrakt, der er uden betydning for vurderingen af sagens formalitet, omfatter derimod ordregiverens vederlagsforpligtelser, der må anses for neutrale. Da bygge- og anlægsarbejderne i den foreliggende sag var udført i fuldt omfang inden udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, må traktatbrudssøgsmålet afvises. Det forhold, at der stadig påhviler byen Kölns »neutrale« betalingsforpligtelser efter udløbet af denne frist, er ikke af yderligere relevans ved vurderingen af sagens formalitet.

29. Over for denne formalitetsindsigelse har Kommissionen gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har godtgjort, at GKM-GbR havde udført alle relevante bygge- og anlægsarbejder før fristens udløb. Derudover regulerer hovedkontrakten af 6. august 2004 en række kontraktlige forpligtelser for GKM-GbR og byen Köln, der skal opfyldes som led i kontraktens opfyldelse og dermed efter udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse. Et traktatbrudssøgsmål om tilsidesættelse af udbudsbestemmelserne skal kun afvises på grund af, at tilsidesættelsen er ophørt inden udløbet af den frist, der er fastsat i den begrundede udtalelse, såfremt den anfægtede kontrakt allerede havde udtømt alle sine virkninger ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist, hvilket klart ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

B — *Om realiteten*

30. Forbundsrepublikken Tyskland anser desuden traktatbrudssøgsmålet for ugrundet, idet den anfægtede kontrakt af 6. august 2004 ikke er en bygge- og anlægskontrakt, men derimod — ud fra et formålsbestemt synspunkt — alene en kontrakt om finansiel sikring af en kontrakt indgået mellem GKM-GbR og Kölnmesse GmbH om tilrådighedsstillelse af de messehaller, der skulle opføres, hvorved Kölnmesse GmbH i øvrigt ikke kan kvalificeres som et offentligretligt organ, der er omfattet af udbudsdirektiverne. Selv hvis denne formålsorienterede analyse ikke måtte blive tiltrådt, må den anfægtede hovedkontrakt efter form og indhold kvalificeres som en lejekontrakt. Afhængig af synsvinklen er hovedgenstanden for kontrakten af 6. august 2004 enten et lejeforhold eller en finansieringstjenesteydelse og dermed nødvendigvis ikke omfattet af direktiv 93/37.

31. Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at sigtet med hovedkontrakten af 6. august 2004 hovedsageligt var udførelsen af et bygge- og anlægsarbejde — og navnlig opførelsen af messehallerne med tilbygninger og infrastruktur — og at den derfor skal rubriceres som en bygge- og anlægskontrakt, hvorved byen Köln som GKM-GbR's direkte medkontrahent også er at betragte som den egentlige ordregivende myndighed. Med indgåelsen af hovedkontrakten af 6. august 2004 er der således tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som byen Köln har indgået i strid med retsforskrifterne om udbud, fordi der ikke blev gennemført det foreskrevne EU-udbud.

VII — Retlig vurdering

A — *Om formaliteten*

32. Forbundsrepublikken Tyskland har først og fremmest gjort gældende, at det traktatbrudssøgsmål, som Kommissionen har anlagt, ikke kan antages til realitetsbehandling, idet

det påståede traktatbrud ophørte inden udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse.

33. Ifølge fast retspraksis kan Kommissionen kun anlægge et traktatbrudssøgsmål for Domstolen i henhold til artikel 226 EF, såfremt den pågældende medlemsstat ikke har rettet sig efter den begrundede udtalelse inden for den frist, Kommissionen har fastsat herfor. I denne forbindelse skal spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af denne frist [5].

34. Ifølge disse generelle retningslinjer kan et traktatbrudssøgsmål ikke antages til realitetsbehandling, såfremt det viser sig, at alle virkningerne af den påståede tilsidesættelse var blevet udtømt inden udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse [6]. Formålet med den forudgående administrative procedure er nemlig at bringe en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør, inden sagen indbringes for Domstolen, således at der — som følge af formålet med denne procedure — ikke er grundlag for at fortsætte traktatbrudssøgsmålet, såfremt tilsidesættelsen i fuldt omfang er bragt til ophør inden udløbet af den derfor fastsatte frist [7].

35. Dette princip bekræftes ved en nærmere analyse af ordlyden af artikel 226, stk. 2, EF, hvorefter Kommissionen kan indbringe sagen for Domstolen, når den pågældende stat ikke har rettet sig efter Kommissionens udtalelse inden for den frist, der er fastsat af Kommissionen. Modsætningsvis følger det heraf, at Kommissionen ikke længere er bemyndiget til at anlægge en traktatbrudssag, hvis den påståede tilsidesættelse er ophørt eller bragt til ophør inden udløbet af den frist, der er fastsat af Kommissionen [8].

36. Med hensyn til traktatbrudssøgsmål vedrørende tilsidesættelsen af udbudsbestemmelserne i henhold til artikel 226 EF indebærer dette, at et sådant søgsmål skal afvises, hvis den kontrakt, der er indgået i strid med det relevante udbudsdirektiv, ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist havde udtømt alle sine virkninger [9]. Det

5 — Dom af 17.7.2008, sag C-311/07, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 113*, summarisk offentliggørelse, præmis 26, af 19.6.2008, sag C-319/06, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 4323, præmis 72, af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 42, af 27.10.2005, sag C-525/03, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 9405, præmis 13 ff., af 7.3.2002, sag C-29/01, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 2503, præmis 11, af 19.5.1998, sag C-3/96, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 3031, præmis 36, og af 3.7.1997, sag C-60/96, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 3827, præmis 15.

6 — Dommen af 27.10.2005 i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 16.

7 — I denne retning allerede generaladvokat Lenz i hans forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Italien, sag C-362/90, dom af 31.3.1992, Sml. I, s. 2353, præmis 11 ff.

8 — I denne retning også generaladvokat Mengozzi i hans forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Grækenland, sag C-237/05, dom af 11.10.2007, Sml. I, s. 8203, præmis 62.

9 — Dom af 11.10.2007, sag C-237/05, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 8203, præmis 29, om direktiv 92/50. Jf. også dom af 2.6.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, om Rådets direktiv 93/38/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. I denne retning også K. Lenaerts, D. Arts og I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, 2. udg., London, 2006, s. 159 ff., punkt 5-052.

forhold, at selve udbudsproceduren allerede var fuldstændig afsluttet inden udløbet af den fastsatte frist, er derimod uden betydning [10].

37. Afgørende for vurderingen af Forbundsrepublikken Tysklands formalitetsindsigelse er således besvarelsen af spørgsmålet, om den af Kommissionen kritiserede hovedkontrakt af 6. august 2004 ved udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, nærmere bestemt den 18. december 2006, stadig var under gennemførelse eller ej.

38. Efter min mening var den gennemførelse af hovedkontrakten, der er afgørende ud fra et retligt synspunkt, endnu ikke fuldstændig afsluttet den 18. december 2006.

39. Selv om det fremgår af fast retspraksis, at det under et traktatbrudssøgsmål påhviler Kommissionen at godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger, og at fremføre de omstændigheder, som er nødvendige for, at Domstolen kan efterprøve, om der foreligger et sådant [11], er bevisbyrden — i henhold til grundsætningen *reus in exceptione fit actor* — principielt vendt om, når en medlemsstats formalitetsindsigelse, der begrundes med, at tilsidesættelsen er ophørt rettidigt, skal efterprøves.

40. Som bevis for, at de konkrete bygge- og anlægsarbejder var afsluttet pr. 1. december 2005, har Forbundsrepublikken Tyskland fremlagt en »Protokoll über die Übernahme des Mietobjektes Norderweiterung der Kölnmesse in Köln […]« (afleveringsprotokol vedrørende udlejningskomplekset omfattende den nordlige udvidelse af Kölnmesse i Köln […]) af 30. november 2005 samt flere presseartikler omhandlende en messeåbning den 16. januar 2006.

41. Dette materiale dokumenterer ganske vist, at arbejdet på messehallerne, tilbygningerne og infrastrukturen på dette tidspunkt for størstedelens vedkommende var afsluttet, men afleveringsprotokollen indeholder også en liste over en række udestående restarbejder og mangler. I denne afleveringsprotokol henvises der endvidere til yderligere, ikke vedlagte »Protokolle der Leistungsfeststellungen vom 30.10. und 11.11.2005« (protokoller over staderapporter optaget den 30.10.2005 og 11.11.2005), der ligeledes indeholder oplysninger om udestående restar-

10 — Det rent formalistiske synspunkt, hvorefter fællesskabsrettens udbudsbestemmelser udelukkende er at betragte som procedureregler, således at alle retsvirkninger af en tilsidesættelse af disse bestemmelser automatisk er udtømt i samme øjeblik, som tilsidesættelsen er begået, har Domstolen kategorisk afvist, jf. dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 31-37.

11 — Dom af 23.10.1997, sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815, præmis 102, og af 25.5.1982, sag 96/81, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1791, præmis 6.

bejder og mangler. Det fremlagte materiale indeholder ingen konkrete oplysninger om færdiggørelsesdatoen for disse restarbejder. I afleveringsprotokollen bemærkes det blot herom, at udlejeren bestræber sig på at udføre/udbedre flest mulige restarbejder og mangler inden den 18. december 2005. Endvidere gør byen Köln opmærksom på, at der i perioden fra den 18. december 2005 til den 10. marts 2006 ikke eller kun i meget begrænset omfang og efter særskilt aftale vil være mulighed for at udbedre mangler og udføre restarbejder på grund af afholdelse af messer, hvilket tyder på, at udførelsen af restarbejderne mindst ville strække sig over flere måneder.

42. Hovedkontrakten indeholder ligeledes bestemmelser om en række vedligeholdelses- og istandsættelsesforpligtelser med hensyn til mur- og nagelfaste bygningsdele, der påhviler GKM-GbR, og hvorefter GKM-GbR i hele kontraktens løbetid kan være forpligtet til at udføre mere eller mindre omfattende arbejder på bærende bygningsdele, facader, messehallernes og tilbygningernes tage samt på tætninger af dele af disse bygningsværker, der er i berøring med jord. I betragtning af, at restaurering og istandsættelse af facader, tætning mod vand og fugtighed samt tagarbejder i bilag II til direktiv 93/37 udtrykkeligt henregnes til bygge- og anlægsvirksomhed og navnlig byggevirksomhed vedrørende fundering, ydermure mv., må disse arbejder, der er omfattet af kontrakten, også kvalificeres som dele af et »arbejde« som defineret i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37, og de er dermed relevante ved vurderingen af sagens formalitet.

43. På grundlag af de oplysninger, der fremgår af sagens akter, kan det således ikke udelukkes, at GKM-GbR også efter udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, har udført mere eller mindre omfattende bygge- og anlægsarbejder og istandsættelsesarbejder, der må henregnes til byggevirksomhed, eller kontraktligt er forpligtet til at gennemføre sådanne arbejder i fremtiden.

44. Det skal derudover fremhæves, at den modydelse, som udgør byen Kölns kontraktlige forpligtelse — det beløb, der skal erlægges månedligt — skal erlægges kontinuerligt fra den 1. januar 2007 over en periode på næsten 29 år og dermed langt ud over den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse.

45. Forbundsrepublikken Tysklands argumentation om, at det afgørende ved vurderingen af formaliteten i et traktatbrudssøgsmål vedrørende indgåelse af en bygge- og anlægskontrakt kun er det tidspunkt, hvor ordremodtageren afslutter bygge- og anlægsarbejderne, der er i strid med udbudsretlige bestemmelser, mens tidspunktet for den ordregivende myndigheds erlæggelse af modydelserne i form af pengebeløb i denne henseende er uden betydning, kan ikke tiltrædes.

46. En sådan sondring mellem de virkninger, der er »i strid med udbudsretten«, og de »retligt neutrale« virkninger af en kontrakt, ved hvis indgåelse udbudsretlige bestem-

melser er tilsidesat, fremgår hverken af ordlyden af artikel 1 i direktiv 93/37 eller af Domstolens praksis.

47. Ifølge artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 er en offentlig bygge- og anlægskontrakt en gensidigt bebyrdende kontrakt, som indgås mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed på den anden side om udførelse af visse bygge- og anlægsarbejder. Da den offentlige bygge- og anlægskontrakt således må kvalificeres som en overvejende gensidigt bebyrdende kontrakt, kan der ved en vurdering af formaliteten ud fra et systematisk synspunkt ikke sondres mellem de bygge- og anlægsarbejder, som entreprenøren er forpligtet til at udføre, og den ordregivende myndigheds betalingsforpligtelser. Det er netop den ordregivende myndigheds betalingsforpligtelse, der er årsag til, at de arbejder, som entreprenøren skal udføre, er omfattet af bestemmelserne om offentlige kontrakter. På baggrund heraf har generaladvokat Léger i sit forslag til afgørelse i sagen Ordine degli Architetti m.fl.[12] med rette fastslået, at forskelsbehandling i forbindelse med ordregivende myndigheders tildeling af kontrakter set i lyset af udbudsdirektiverne er uacceptabel, idet tildeling af kontrakter indebærer, at de valgte entreprenører får betaling.

48. Endvidere skal det fastslås, at direktiv 93/37 — som det fremgår af tiende betragtning til direktivet — har til formål at udvikle en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter. Hvis en offentlig kontrakt indgås uden den relevante offentlige udbudsprocedure og dermed uden forudgående konkurrence, vil den ordregivende myndighed i reglen betale mere, end hvis myndigheden havde udbudt kontrakten i overensstemmelse med de udbudsretlige bestemmelser. Derved kommer følgerne af tilsidesættelsen af de udbudsretlige bestemmelser netop til udtryk i de betalingsforpligtelser, der påhviler den ordregivende myndighed, således at disse forpligtelser vanskeligt kan klassificeres som en udbudsretligt »neutral« virkning af den kontrakt, der er indgået i strid med de udbudsretlige bestemmelser.

49. Ved undersøgelsen af, om en kontrakt på det tidspunkt, hvor den af Kommissionen fastsatte frist udløb, allerede havde udtømt sine virkninger, kan den modydelse (i form af pengebeløb), som den ordregivende myndighed er forpligtet til at erlægge, følgelig ikke klassificeres som »neutral i udbudsretlig henseende«. Det forhold, at den ordregivende myndighed fortsat har en kontraktlig betalingsforpligtelse, må således også anses for en retlig relevant virkning af den kontrakt, der er indgået i strid med det relevante udbudsdirektiv.

50. Denne vurdering finder støtte i Domstolens hidtidige praksis vedrørende antagelse af traktatbrudssøgsmål om tilsidesættelse af udbudsbestemmelserne til realitetsbehandling, hvori der udtrykkeligt er taget udgangspunkt i det tidspunkt, hvor den kontrakt, der

12 — Sag C-399/98, dom af 12.7.2001, Sml. I, s. 5409, præmis 94.

er indgået i strid med udbudsbestemmelserne, er opfyldt fuldt ud [13], eller i det tidspunkt, hvor denne kontrakt eller det omtvistede udbud har udtømt alle virkninger [14]. Dette kriterium gælder, uanset om det drejer sig om indgåelse af en indkøbskontrakt, en tjenesteydelsesaftale eller en bygge- og anlægskontrakt, og er i så henseende ubestrideligt af en karakter, der gør sig gældende for alle udbud.

51. I lyset af dette kriterium kan der i princippet ikke længere sættes spørgsmålstegn ved, at den kritiserede overtrædelse fortsat foreligger, når et bygge- og anlægsarbejde, der er aftalt i strid med udbudsbestemmelserne, endnu ikke er udført i fuldt omfang ved udløbet af den frist, som Kommissionen har fastsat, hvilket gælder uanset omfanget af de resterende arbejder. Udførelsen af bygge- og anlægsarbejder efter udløbet af den fastsatte frist indebærer herefter *per se*, at den kritiserede overtrædelse fortsat foreligger, hvorfor det ikke er nødvendigt at anføre yderligere indicier eller beviser, heller ikke selv om der kun er tale om bygge- og anlægsarbejder af relativt ringe omfang [15]. Hvis de bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres, derimod er udført i fuldt omfang, skal det efterprøves, om kontrakten stadig har andre retligt relevante virkninger.

52. En udtrykkelig bekræftelse af dette princip om, at vurderingen af formaliteten skal ske på grundlag af kontraktens virkninger i dens helhed, findes i dommen af 11. oktober 2007 i sag C-237/05, Kommissionen mod Grækenland [16]. I denne sag skulle Domstolen i forbindelse med et traktatbrudssøgsmål om tilsidesættelse af udbudsbestemmelserne træffe afgørelse om anvendelsen af direktiv 92/50 på en rammeaftale af 20. februar 2001 mellem de kompetente græske myndigheder og de græske landbrugssammenslutningers forbund (PASEGES) samt på de gennemførelsesaftaler vedrørende denne rammeaftale, der var indgået mellem medlemmerne af PASEGES og de græske myndigheder. I gennemførelsesaftalerne var det navnlig bestemt, at de lokale landbrugssammenslutninger skulle oplyse de berørte landbrugere om et nyt støtteretligt forvaltnings- og kontrolsystem og bistå disse landbrugere ved udarbejdelsen og indgivelsen af deres støtteansøgninger. PASEGES var forpligtet til at koordinere sine medlemmers arbejde. Den af Kommissionen kritiserede overtrædelse af udbudsbestemmelserne vedrørte i denne sag udelukkende den bistand, som landbrugssammenslutningerne ydede ved udarbejdelsen af støtteansøgningerne i 2001, mens den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, først udløb den 19. februar 2004. I forbindelse med vurderingen af traktatbrudssøgsmålets formalitet gentog Domstolen først det generelle princip om, at et sådant søgsmål skal afvises, hvis den pågældende kontrakt ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist allerede har udtømt *alle sine virkninger*. Det skulle derfor undersøges, hvorvidt de anfægtede kontrakter stadig var gældende — i det mindste delvist — ved udløbet af denne frist. Som led i sin efterfølgende analyse af de faktiske omstændigheder fremhævede Domstolen, at de anfægtede kontrakter indeholdt en bestemmelse, hvorefter kontrakterne ophørte, når den

13 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 35 ff.

14 — Dom af 28.10.1999, sag C-328/96, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 7479, præmis 42-45, og af 31.3.1992, sag C-362/90, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2353, præmis 11.

15 — Dommen af 2.6.2005 i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 9, skal fortolkes i dette lys. Domstolen fastslog først, at et traktatbrudssøgsmål skal afvises, hvis den pågældende kontrakt ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist allerede havde udtømt alle sine virkninger. Da kun 85% af de kontraktligt aftalte arbejder i det kritiserede tilfælde var udført ved udløbet af denne frist, blev formalitetsindsigelsen ikke taget til følge.

16 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 29 ff.

samlede støtte var udbetalt til de landmænd, der havde anmodet herom. Da udbetalingen af de støttebeløb, der var ansøgt om i 2001, var fuldstændig gennemført i løbet af det følgende år, og således før udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, og kontrakterne dermed var fuldstændig afsluttet, fastslog Domstolen, at rammeaftalen og de anfægtede kontrakter allerede havde udtømt alle deres virkninger ved udløbet af den fastsatte frist. Traktatbrudssøgsmålet blev herefter afvist.

53. I denne dom af 11. oktober 2007 lagde Domstolen således ikke vægt på det tidspunkt, hvor ordremodtagerne leverer ydelserne, men derimod på, hvornår kontrakten var fuldstændig afsluttet, hvilket først var tilfældet, efter at de ansøgte støttebeløb var blevet udbetalt.

54. Når der ved vurderingen af formaliteten i forbindelse med et traktatbrudssøgsmål vedrørende indgåelse af en bygge- og anlægskontrakt lægges vægt på kontrakten som helhed, tages der ligeledes højde for, at endog meget store bygge- og anlægsprojekter i dag i vidt omfang kan realiseres på relativt kort tid, mens Kommissionen ofte først får kendskab til den pågældende overtrædelse af udbudsbestemmelserne gennem en klage og dermed med forsinkelse. Således fremgår det også af akterne i den foreliggende sag, at Kommissionen først blev informeret om en mulig overtrædelse af udbudsbestemmelserne i forbindelse med opførelsen af messehallerne ved en klage af 7. september 2005, mens messehallerne blev taget i brug allerede i december 2005 og således blot få måneder senere. Dette eksempel viser tydeligt, at en alt for restriktiv vurdering af formaliteten, hvor der kun lægges vægt på de bygge- og anlægsarbejder, som ordremodtageren skal udføre, vil være til skade for en effektiv håndhævelse af udbudsdirektiverne.

55. På baggrund heraf skal det ud fra et proceduremæssigt synspunkt ligeledes understreges, at udløbet af den frist, som Kommissionen har fastsat i den begrundede udtalelse, og et efterfølgende sagsanlæg ikke nødvendigvis medfører, at de kritiserede bygge- og anlægsarbejder rent faktisk stoppes. Hvis et bygge- og anlægsarbejde ved udløbet af den frist, som Kommissionen har fastsat, eksempelvis er færdiggjort for 85%'s vedkommende og den ordregivende myndighed bestrider, at der er tale om en overtrædelse af udbudsbestemmelserne, vil bygge- og anlægsarbejderne i reglen være afsluttet i fuldt omfang på det tidspunkt, hvor der afsiges dom i den efterfølgende traktatbrudssag. I denne henseende adskiller et sådant tilfælde sig rent faktisk ikke fra et tilfælde, hvor bygge- og anlægsarbejderne allerede er udført i fuldt omfang ved udløbet af den frist, som Kommissionen har fastsat, men hvor den ordregivende myndighed endnu ikke har opfyldt sine betalingsforpligtelser, og kontrakten derfor stadig har virkninger på det tidspunkt, hvor den fastsatte frist udløber.

56. Herefter kommer jeg til det resultat, at det ved vurderingen af formaliteten i et traktatbrudssøgsmål vedrørende indgåelse af en bygge- og anlægskontrakt skal undersøges, om den kontrakt, der er indgået i strid med udbudsbestemmelserne, har udtømt alle sine virkninger inden udløbet af den frist, som Kommissionen har fastsat. Disse virkninger

omfatter også den ordregivende myndigheds modydelse i form af betaling af et pengebeløb.

57. Sammenfattende må det således fastslås, at formalitetsindsigelsen, der begrundes med, at tilsidesættelsen var ophørt inden udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, ikke kan tages til følge, hvis kontrakten ved udløbet af denne frist i det mindste delvis ikke var afsluttet, hvorved den modydelse, som den ordregivende myndighed skal erlægge (i form af pengebeløb), også må klassificeres som en handling til opfyldelse af kontrakten, der har betydning for afgørelsen.

58. På baggrund heraf giver det forhold, at byen Köln efter udløbet af den fastsatte frist har erlagt eller var forpligtet til at erlægge den månedlige modydelse (i form af pengebeløb), i den foreliggende sag tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at kontrakten af 6. august 2004 ved udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, i det mindste delvist endnu ikke var afsluttet og følgelig havde retligt relevante virkninger.

59. Herefter kan Forbundsrepublikken Tysklands formalitetsindsigelse, der begrundes med, at tilsidesættelsen var ophørt inden udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, ikke tages til følge. Det er derfor min opfattelse, at der ikke er noget til hinder for, at sagen antages til realitetsbehandling.

B — *Om realiteten*

1. Indledende bemærkninger

60. De argumenter, som Forbundsrepublikken Tyskland har fremført til støtte for sin påstand om, at det foreliggende traktatbrudssøgsmål er ugrundet, er grundlæggende baseret på den retsopfattelse, at GKM-GbR ikke er blevet tildelt en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori begrebet anvendes i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 og — subsidiært — at ordren i al fald ikke blev tildelt af byen Köln ved den omtvistede kontrakt af 6. august 2004. Disse hovedretninger i argumentationen underbygger Forbundsrepublikken Tyskland ved at kvalificere hovedkontrakten af 6. august 2004 som en lejekontrakt eller som en finansieringskontrakt.

61. Det er et faktum, at kontrakten af 6. august 2004, henset til den deri aftalte tidsbegrænsede tilrådighedsstillelse, der strækker sig over mange år, indeholder en vigtig tjenesteydelseskomponent. I det følgende skal det derfor undersøges, om og i hvilket omfang denne kontrakt desuden også opfylder kriterierne for en offentlig bygge- og anlægskontrakt, og om de påviste elementer er tilstrækkelige til at gøre kontrakten til en bygge- og anlægskontrakt, således at hele den (blandede) kontrakt falder ind under direktiv 93/37's anvendelsesområde. Først skal Forbundsrepublikken Tysklands argument om, at det i den foreliggende sag ikke er byen Köln, men derimod Kölnmesse GmbH, der ud fra et udbudsretligt synspunkt skal anses for den egentlige ordregiver, dog undersøges.

2. Byen Kölns status som ordregiver i forhold til GKM-GbR

a) Byen Köln skal klassificeres som ordregiver i forhold til GKM-GbR

62. Det er ubestridt, at hovedkontrakten af 6. august 2004 blev indgået af byen Köln med GKM-GbR, og at byen Köln i tilslutning hertil indgik en »videreudlejningskontrakt« med Kölnmesse GmbH. Med henvisning til den formålsbestemte definition af begrebet »ordregivende myndighed« i Domstolens praksis samt til, at Domstolen i denne praksis har vist sig villig til at foretage en samlet tilbundsgående vurdering af komplekse udbudsretlige konstruktioner med henblik på at fastslå de indgåede kontrakters egentlige retlige karakter og derefter undersøge deres retmæssighed, gør Forbundsrepublikken Tyskland dog gældende, at Kölnmesse GmbH funktionsmæssigt og ud fra en udbudsretlig helhedsbetragtning i den foreliggende sag må kvalificeres som den egentlige ordregiver i forhold til GKM-GbR.

63. Selv om det er korrekt, at Domstolen allerede på et tidligt tidspunkt præciserede, at begrebet »ordregivende myndighed« ikke skulle fortolkes formelt, men formålsbestemt [17], skal det understreges, at denne praksis ikke er baseret på et generelt udbudsretligt princip, hvorefter opfyldelsen af kriterierne for en »ordregivende myndighed« skal undersøges ud fra et rent formålsbestemt synspunkt og uden hensyntagen til den aftaleretlige konstruktion, der er valgt i forbindelse med kontraktindgåelsen. Tværtimod vidner denne praksis om Domstolens bestræbelser på at bryde de lukkede nationale udbudsmarkeder op og — i overensstemmelse med de målsætninger, der er formuleret i betragtningerne til udbudsdirektiverne — at få åbnet disse markeder for det fælles marked [18]. På denne baggrund har Domstolen valgt en formålsbestemt fortolkning af begrebet »ordregivende myndighed«, hvorefter det er uvæsentligt for, hvorvidt et nationalt organ skal kvalificeres som ordregivende myndighed i henhold til de fællesskabsretlige udbudsbestemmelser, om denne egenskab i den relevante nationale ordning er knyttet til bestemte institutionelle karakteristika [19].

64. Også i de sager, hvor Domstolen har inddraget baggrunden for en kompleks udbudsretlig konstruktion i vurderingen af

17 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635, præmis 11, af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 62, af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 43, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 53.

18 — Jf. F. Marx og H. Prieß i Jestaedt, Kemper, Marx og Prieß, *Das Recht der Auftragsvergabe*, Neuwied 1999, s. 16.

19 — Jf. blot Beentjes-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 11, hvori Domstolen fremhævede, at begrebet stat i den forstand, hvori det anvendes i artikel 1 i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), skal fortolkes formålsbestemt, fordi direktivets formål, som er en effektiv gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, ville blive bragt i fare, hvis anvendelsen af direktivets ordning skulle være udelukket, alene fordi et udbud af offentlige kontrakter foretages af et organ, som ganske vist er oprettet for at udføre opgaver, som loven tildeler det, men ikke formelt er integreret i statens administration.

realiteten, er dette altid sket for på baggrund af den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter at sikre, at de udbudsdirektiver, der finder anvendelse, virker effektivt [20].

65. I den foreliggende sag er der intet grundlag for at antage, at den af GKM-GbR, byen Köln og Kölnmesse GmbH valgte aftalemæssige konstruktion med byen Köln som hovedordregiver bør lades ude af betragtning ved en teleologisk fortolkning af direktiv 93/37.

66. For det første skal det nemlig bemærkes, at byen Köln ikke har overdraget sine rettigheder og forpligtelser i henhold til »lejekontrakten« af 6. august 2004 til Kölnmesse GmbH, hvorfor der ikke foreligger en direkte aftalemæssig forbindelse mellem Kölnmesse GmbH og GKM-GbR [21]. Ganske vist afspejles forpligtelserne i henhold til kontrakten af 6. august 2004 i det væsentlige i den »videreudlejningskontrakt«, som byen Köln har indgået med Kölnmesse GmbH, og gennemførelsesaftalen indeholder en ordning til koordinering og forenklet afvikling af hoved- og videreudlejningsforholdene, men i sidste instans er det kun byen Köln, der direkte har rettigheder og forpligtelser over for GKM-GbR på grundlag af kontrakten af 6. august 2004 [22]. Desuden var det allerede før indgåelsen af disse kontrakter aftalt, at ordningen, hvorefter Kölnmesse GmbH reelt påtog sig byen Kölns betalingsforpligtelser, ville blive ophævet fra år 2012, hvis det måtte vise sig, at Kölnmesse GmbH ved sin messevirksomhed ikke genererede tilstrækkelige indtægter til at finansiere det beløb, der skulle betales månedligt [23].

67. For det andet ville det modvirke gennemførelsen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis der gennem en alt for vid fortolkning af

20 — Jf. f.eks. dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705.

21 — Sagen skulle muligvis bedømmes anderledes, hvis byen Köln fra begyndelsen havde handlet på Kölnmesse GmbH's vegne og efterfølgende havde overdraget alle sine rettigheder og forpligtelser i henhold til kontrakten af 6.8.2004 til Kölnmesse GmbH. I sin dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, Sml. I, s. 73, præmis 42 ff., fastslog Domstolen herom, at en offentlig bygge- og anlægskontrakt, der er indgået af en ordregivende myndighed, ikke fortsat er omfattet af bestemmelserne i direktiv 93/37, når den ordregivende myndighed, inden bygge- eller anlægsarbejdet er tilendebragt, har overdraget sine rettigheder og forpligtelser i forbindelse med et udbud til en virksomhed, der ikke er en ordregivende myndighed, såfremt det af den samlede sammenhæng fremgår, at kontrakten blev indgået på denne virksomheds vegne og desuden vedrørte et projekt, som fra begyndelsen i sin helhed var omfattet af formålet i denne virksomhed. Jf. herom ligeledes C. Bovis, »Case C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG«, *Common Market Law Review*, 1999, s. 205, på s. 212.

22 — Ved gennemførelsesaftalen gav byen Köln Kölnmesse GmbH fuldmagt til i fuldt omfang at gennemføre og varetage alle rettigheder og forpligtelser, som byen Köln havde påtaget sig i forhold til GKM-GbR, idet udøvelsen af rettigheder vedrørende ændring af det eksisterende retsforhold dog kun kunne ske med byen Kölns forudgående samtykke. Det kan således ikke udledes af denne aftalemæssige konstruktion, at byen Köln har overdraget sine rettigheder og forpligtelser til Kölnmesse GmbH, men alene, at Kölnmesse GmbH over for GKM-GbR kunne varetage disse rettigheder og forpligtelser på byen Kölns vegne. Endvidere havde byen Köln forbeholdt sig ret til til enhver tid at tilbagekalde gennemførelsesaftalen helt eller delvis og forbyde Kölnmesse GmbH at varetage de kontraktlige rettigheder og forpligtelser over for GKM-GbR på byens vegne.

23 — Denne aftale fremgår navnlig af et »Letter of Intent« af 8.12.2003 fra byen Köln til Kölnmesse GmbH, hvori det udtrykkeligt blev fastslået, at den leje, som Kölnmesse GmbH skal betale til byen Köln, skal tilpasses virksomhedens ændrede økonomiske situation, såfremt det efter 2012 ikke måtte lykkes Kölnmesse GmbH at udligne de påløbne meromkostninger ved at generere yderligere arrangementer. Dette tilsagn blev udtrykkeligt bekræftet i et »Letter of Intent« af 14.7.2004 fra byen Köln til Kölnmesse GmbH, hvorefter byen Köln med bindende virkning erklærede sig villig til, under visse økonomiske forudsætninger, at tilpasse den videreudlejningsafgift, som Kölnmesse GmbH skulle betale for de messehaller, der skulle nyopføres.

det formålsbestemte begreb ordregiver gives ordregivende myndigheder mulighed for at tilsløre den egentlige ordregivers identitet ved hjælp af komplekse aftalekonstruktioner og drage proceduremæssig fordel heraf. I forbindelse med traktatbrudssøgsmål om tilsidesættelse af udbudsbestemmelserne hersker der ofte en tilstand med asymmetrisk informationsfordeling, hvor Kommissionen ikke altid uden videre råder over de nødvendige oplysninger til klarlægning af den aftalekonstruktion, som de involverede parter har valgt. Hvis en formålsbestemt fortolkning af det udbudsretlige begreb ordregiver ville føre til, at en part, der ikke har umiddelbare rettigheder i henhold til den indgåede kontrakt, kunne træde i stedet for den »officielle aftalepart, der tildeler kontrakten« som »egentlig (funktionel) ordregiver«, ville der være risiko for, at mange traktatbrudssøgsmål om tilsidesættelse af udbudsbestemmelserne ikke kunne gennemføres på grund af det processuelle forbud — der håndhæves særlig strengt i traktatbrudssager [24] — mod at ændre eller udvide sagsgenstanden, f.eks. fordi der under den administrative procedure er taget udgangspunkt i den »forkerte« ordregiver eller den »forkerte« kontraktaftale [25].

68. Også i den foreliggende sag fører Forbundsrepublikken Tysklands argumentation med hensyn til Kölnmesse GmbH's egenskab som ordregiver reelt til en formalitetsindsigelse om, at Kommissionen i sin stævning ikke tager højde for en mulig tilsidesættelse af udbudsdirektivet fra Kölnmesse GmbH's side. Da omfanget af Domstolens efterprøvelse i en traktatbrudssag er begrænset til de søgsmålsgrunde, som Kommissionen klart har fremstillet i sin stævning, er spørgsmålet, om Kölnmesse GmbH som den egentlige ordregiver burde have sendt den omtvistede kontrakt i udbud — ifølge Forbundsrepublikken Tysklands argumentation — ikke genstand for den foreliggende traktatbrudssag.

69. Forbundsrepublikken Tysklands argumentation vedrørende Kölnmesse GmbH's egenskab som ordregiver kan ikke tiltrædes af de allerede nævnte grunde. Hverken med henvisning til den formålsbestemte definition af begrebet »ordregivende myndighed« eller ved en teleologisk fortolkning af direktiv 93/37 kan det bestrides, at byen Köln er GKM-GbR's medkontrahent og ordregiver.

70. Disse betragtninger giver mig anledning til at konkludere, at det i den foreliggende sag ikke er Kölnmesse GmbH, men derimod byen Köln, der skal klassificeres som aftalemæssig ordregiver i forhold til GKM-GbR.

24 — Jf. blot H.-W. Rengeling, A. Middeke og M. Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, München, 2003, § 23, punkt 37, s. 426.

25 — Efter fast retspraksis afgrænses genstanden for en sag anlagt i medfør af artikel 226 EF af den administrative procedure, der er foreskrevet i denne bestemmelse, således at de klagepunkter, der fremføres til støtte for Kommissionens begrundede udtalelse og sagsanlægget, skal være de samme. Dette krav indebærer ganske vist ikke, at formuleringen af søgsmålet skal være fuldstændig sammenfaldende med klagepunkterne i åbningsskrivelsen og konklusionen i den begrundede udtalelse, men det er dog altid en betingelse, at sagsgenstanden ikke udvides eller ændres. Derimod er en begrænsning af sagens genstand mulig, jf. dom af 9.11.1999, sag C-365/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7773, præmis 23 og 25, af 12.6.2003, sag C-229/00, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 5727, præmis 44 og 46, og af 14.7.2005, sag C-433/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6985, præmis 28. En præcisering af Kommissionens oprindelige klagepunkter i stævningen er også tilladt, dog altid under den forudsætning, at denne ikke ændrer sagsgenstanden, jf. dom af 26.4.2007, sag C-195/04, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 3351, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis.

b) Subsidiært: I tilfælde af, at Kölnmesse GmbH skal klassificeres som GKM-GbR's »egentlige« ordregiver

71. I tilfælde af, at Domstolen måtte komme frem til en anden vurdering af Kölnmesse GmbH's egenskab som ordregiver, vil jeg i det følgende subsidiært kort redegøre for konsekvenserne af en sådan vurdering.

72. Ifølge fast retspraksis fremgår det af artikel 38, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement, at enhver stævning skal angive søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene, og at disse angivelser skal være tilstrækkelig klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Domstolen kan udøve sin kontrol. Det følger heraf, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som et søgsmål støttes på, skal fremgå af selve stævningen på en sammenhængende og forståelig måde, og at disse påstande skal være formuleret entydigt for at undgå, at Domstolen træffer afgørelse *ultra petita* eller ikke tager stilling til et klagepunkt [26].

26 — Dommen af 21.2.2008 i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 103, og i sagen Kommissionen mod Finland, nævnt i fodnote 25, præmis 22. I denne retning også dom af 20.11.2003, sag C-296/01, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 13909, præmis 121, og af 14.12.1962, forenede sager 46/59 og 47/59, Meroni mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 337, org.ref.: Rec. s. 853, på s. 854.

73. Både under den administrative procedure og i sin stævning har Kommissionen gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 7, sammenholdt med artikel 11, i direktiv 93/37, idet byen Köln har indgået hovedkontrakten af 6. august 2004 med GKM-GbR uden at gennemføre en udbudsprocedure med europæisk indkaldelse af bud i overensstemmelse med de nævnte bestemmelser. Derved har Kommissionen klart fastlagt sit søgsmål, for så vidt som kun denne kontrakt af 6. august 2004, som byen Köln indgik, er genstand for den verserende traktatbrudssag.

74. Såfremt Domstolen herefter måtte konkludere, at Kölnmesse GmbH skal anses for den egentlige ordregiver, skal det traktatbrudssøgsmål, som Kommissionen har anlagt i denne sag, afvises.

75. I så fald skulle der nemlig besvares en lang række retlige og faktuelle spørgsmål, som parterne ikke eller næsten ikke har berørt i den foreliggende sag, f.eks. spørgsmålet, om Kölnmesse GmbH som messefirma opfylder kriterierne for en ordregivende myndighed i henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 93/37, således at de europæiske udbudsregler også finder umiddelbar anvendelse på dette selskab.

76. Dette spørgsmål om, hvorvidt et messefirma kan klassificeres under begrebet »ordregivende myndighed« i udbudsdirektiverne, kan principielt kun besvares ved en individuel afgørelse og under inddragelse af alle konkrete forhold. Med hensyn til Kölnmesse GmbH skal det dog fastslås, at sagsakterne indeholder flere elementer, der principielt synes at åbne mulighed for, at selskabet kan subsumeres under begrebet »ordregivende myndighed« i den forstand, hvori begrebet anvendes i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37.

77. I henhold til artikel 1, litra b), i direktiv 93/37 forstås ved et »offentligretligt organ« og dermed ved en »ordregivende myndighed« ethvert organ, som er en juridisk person, der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, der ikke er af industriel eller kommerciel karakter, og hvis drift for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol.

78. Ved undersøgelsen af, om et messefirma som Kölnmesse GmbH opfylder de tre hovedkriterier i forbindelse med begrebet »ordregivende myndighed«, vil betingelserne om, at der skal være tale om en juridisk person, og at offentlige myndigheder kontrollerer firmaet, næppe give anledning til mange spørgsmål. Derudover har Domstolen i sin dom i Agorà og Excelsior-sagen præciseret, at de aktiviteter, der består i organisering af messer, udstillinger og andre lignende initiativer, skal anses for at imødekomme almenhedens behov [27].

79. Selv om begrebet »offentligretligt organ« skal fortolkes formålsbestemt [28] og generelt meget vidt [29], må det antages at være mindre klart, om et messefirma som Kölnmesse GmbH ligeledes opfylder kriteriet om ikke at imødekomme behov af industriel eller kommerciel karakter, ikke mindst i betragtning af, at Domstolen i Agorà og Excelsior-dommen afviste at klassificere »Ente Auto-

27 — Dom af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, præmis 33 ff. I sin begrundelse anførte Domstolen navnlig, at arrangøren af sådanne messer ved på det samme geografiske sted at samle fabrikanter og handlende ikke kun varetager de nævntes særlige interesse, som således får et areal stillet til rådighed til brug for markedsføring af deres produkter og varer, men også tilvejebringer oplysninger til de forbrugere, der besøger disse udstillinger, hvilket gør det muligt for dem at træffe deres valg under de bedste betingelser. Den stimulering af handelen, der følger heraf, kan således anses for at være i almenhedens interesse.

28 — Dom af 13.12.2007, sag C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 11173, præmis 36 ff.

29 — Dom af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 43. I denne retning også generaladvokat Mazák i forslag til afgørelse af 16.12.2008 i Hans & Christophorus Oymanns-sagen, sag C-300/07, punkt 27.

nomo Fiera Internazionale di Milano« som et offentligretligt organ som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 92/50, fordi det opfyldte behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område [30].

80. Den analyse, der lå til grund for Agorà og Excelsior-dommen, forekommer dog i denne henseende ikke uden videre at kunne overføres på tyske messefirmaer som Kölnmesse GmbH i og med, at Domstolen i sin nyeste praksis med hensyn til kriteriet om, at offentligretlige organer ikke må imødekomme behov af industriel eller kommerciel karakter — navnlig i Ing. Aigner-dommen [31] og i dommen i sagen Korhonen m.fl. [32] — i stigende grad har lagt vægt på, om det pågældende organ udøver sin virksomhed i en konkurrencesituation eller ej. Stærke indicier for, at de opfyldte behov er af industriel eller kommerciel karakter, er i denne sammenhæng navnlig, at det pågældende organ udøver sin virksomhed på normale markedsvilkår, har til formål at skabe indtjening og selv bærer de tab, der er forbundet med virksomhedsudøvelsen [33].

81. Med hensyn til tyske messefirmaer skal det på denne baggrund først generelt bemærkes, at de enkelte delstater og kommuner i reglen anvender dem som instrument til fremme af det regionale erhvervsliv for at gøre regionen mere attraktiv for erhvervsvirksomheder. I så henseende har sådanne messefirmaer stor lighed med de selskaber til fremme af økonomien (»Wirtschaftsförderungsgesellschaften«), der i afsnit III.2 i bilag I til direktiv 93/37 udtrykkeligt er anført som offentligretlige organer i henhold til artikel 1, litra b) [34].

82. For så vidt messefirmaer, der ejes af det offentlige, anvendes som instrument til fremme af erhvervslivet, tager deres virksomhed desuden ikke udelukkende sigte på at maksimere det driftsøkonomiske resultat [35]. I denne sammenhæng påvirker byerne og

30 — Agorà og Excelsior-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 35 ff. Herom har Domstolen navnlig bemærket, at organisering af messer, udstillinger og andre lignende initiativer er en økonomisk aktivitet, der består i at udbyde tjenesteydelser på markedet. Disse tjenesteydelser tilbydes mod betaling af en modydelse, og med disse opfyldes behov på det forretningsmæssige område. Den omhandlede messe drives, selv om den ikke virker med fortjeneste for øje, som det fremgår af artikel 1 i dets vedtægter, på grundlag af kriterier om overskud, effektivitet og rentabilitet, og der ikke er fastsat en ordning vedrørende dækning af eventuelle økonomiske tab, således at den selv bærer den økonomiske risiko, der er forbundet med dens aktiviteter. Af afgørende betydning er også det forhold, at messen handler på et konkurrencepræget område. Om disse kriterier jf. A. Brown, »Cases C-223/99 and C-260/99: the definition of contracting authorities and of needs in the general interest that lack a commercial character«, *PPLR* 2001, s. 107, på s. 109.

31 — Dom af 10.4.2008, sag C-393/06, Ing. Aigner, Sml. I, s. 2339, præmis 41.

32 — Dom af 22.5.2003, sag C-18/01, Korhonen m.fl., Sml. I, s. 5321, præmis 49. Jf. ligeledes dom af 16.10.2003, sag C-283/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 11697, præmis 81 ff.

33 — Dommen i sagen Korhonen m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 51.

34 — I denne retning F. Marx i Motzke, Pietzcker og Prieß, *Beck'scher VOB-Kommentar Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A*, 1. udg., § 98 Auftraggeber, punkt 32; M. Werner i J. Byok og W. Jaeger, *Kommentar zum Vergaberecht*, Heidelberg, 2000, § 98, punkt 313; J. Byok og R. Goodarzi, »Messegesellschaften og Auftragsvergabe«, *NVwZ* 2006, s. 281, på s. 285. Jf. ligeledes M. Dreher i M. Dreher og K. Stockmann, *Kartellvergaberecht*, 4. udg., München, 2008, § 98, punkt 136, hvorefter messefirmaer følgelig tendentielt skal klassificeres som ordregivende myndigheder.

35 — I denne retning F. Marx og H. Prieß, l.c., fodnote 18, s. 38 ff., der bemærker, at afholdelse af markeder og messer hører til de offentlige opgaver og i reglen kun kan finansieres ved hjælp af betydelige offentlige midler. Efter disse forfatteres opfattelse er det af afgørende betydning for klassificeringen af sådanne messefirmaer som ordregivende myndigheder, at disse firmaer netop ikke er industri- eller handelsvirksomheder, der alene har til formål at maksimere deres resultat.

kommunerne det tyske messemarked ved at yde tilskud og stille sikkerhed til fordel for messefirmaer, således at disse i sidste ende indtager en konkurrencemæssig særstilling [36].

83. Ved en teleologisk fortolkning af direktiverne om offentlige kontrakter udgør navnlig denne konkurrencemæssige særstilling, som de offentligt ejede tyske messefirmaer indtager — henset til Ing. Aigner-dommen og dommen i sagen Korhonen m.fl. — et meget stærkt indicium for, at de opfylder behov, som ikke er af industriel eller kommerciel karakter [37].

84. Ifølge fast retspraksis er formålet med fællesskabsdirektiverne om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter nemlig at undgå, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og at forhindre, at et organ, der finansieres eller kontrolleres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske [38].

85. Hvis det således i et konkret tilfælde måtte vise sig, at et messefirma ikke udøver sin virksomhed på normale markedsvilkår, og at det ikke selv i fuldt omfang bærer de tab, der er forbundet med virksomhedsudøvelsen, vil der være en reel risiko for, at andre overvejelser end økonomiske spiller en rolle i forbindelse med udbuddene, og at disse dermed gennemføres på betingelser, der ikke er begrundet i økonomiske overvejelser [39]. I et sådant tilfælde skal de behov, firmaet opfylder, efter min opfattelse ikke anses for at være af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, hvorfor et sådant messefirma — når de øvrige kriterier er opfyldt — skal betragtes som en ordregivende myndighed som omhandlet i udbudsdirektiverne.

3. Hovedkontrakten af 6. august 2004 som blandet bygge- og anlægskontrakt og tjenesteydelsesaftale

86. Som jeg har anført ovenfor, må byen Köln i den foreliggende sag i udbudsretlig henseende betragtes som GKM-GbR's ordregiver

36 — J. Byok/R. Goodarzi, l.c., fodnote 34, s. 281, på s. 285, med mange eksempler som belæg for denne konkurrencemæssige særstilling.

37 — Jf. herom M. Dreher, l.c., fodnote 34, § 98, punkt 77, der bemærker, at en manglende industriel eller kommerciel karakter reelt er ensbetydende med, at der i forhold til markedet er tale om en særstilling tilvejebragt af staten. Jf. ligeledes generaladvokat Léger, der i sit forslag til afgørelse i Mannesmann Anlagenbau Austria-sagen, sag C-44/96, dom af 15.1.1998, Sml. I, s. 73, punkt 69, fremhævede, at fællesskabslovgiver har haft til hensigt, at udbudsdirektivet skulle finde anvendelse på organer, der imødekommer almenhedens behov, og hvis virksomhed derfor helt eller delvis ikke følger markedets logik.

38 — Jf. navnlig dommen i sagen Korhonen m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 52, og Universale-Bau-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 52.

39 — Jf. herom også generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Tyskland, sag C-126/03, dom af 18.11.2004, Sml. I, s. 11197, præmis 32, der fremhæver, at et organ, som har til formål at skabe indtjening, og som selv bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af dets virksomhed, normalt ikke vil iværksætte et udbud på betingelser, som ikke er begrundet i økonomiske overvejelser.

og medkontrahent [40]. Herefter skal det afklares, om den hovedkontrakt af 6. august 2004, der er indgået mellem byen Köln og GKM-GbR, opfylder de væsentlige kriterier med hensyn til definitionen af begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37.

87. Efter fast retspraksis er definitionen af begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37, omfattet af fællesskabsretten [41]. Hverken tysk ret eller den kontraktbetegnelse, som kontrahenterne har valgt, er således afgørende for besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt GKM-GbR blev tildelt en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

88. I denne sammenhæng må det ikke glemmes, at problematikken *contractus simulatus* ligeledes spiller en rolle i den foreliggende sag, idet det bemærkes, at den retlige kvalificering af sådanne kontrakter også i de nationale retsordener sker på grundlag af det faktiske kontraktindhold [42].

89. I henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 er kriterierne for en offentlig bygge- og anlægskontrakt opfyldt, når der mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed på den anden side skriftligt er indgået en gensidigt bebyrdende kontrakt, der som genstand har udførelse eller både udførelse og projektering af bestemte bygge- og anlægsarbejder, der er nærmere defineret i direktivet, ved et hvilket som helst middel, og som svarer til de af den ordregivende myndighed fastsatte behov.

40 — Jf. ovenfor, punkt 62 ff. i dette forslag til afgørelse.

41 — Dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux, Sml. I, s. 385, præmis 40. Jf. om direktiv 92/50 dom af 20.10.2005, sag C-264/03, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8831, præmis 36.

42 — Den vurdering, hvorefter den retlige kvalificering af den pågældende kontrakt sker på grundlag af aftalernes faktiske indhold, når der foreligger en *contractus simulatus*, findes allerede i romerrettens maksime *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (Cod. Iust. 4, 22, overskrift). I denne sammenhæng bestemmer også § 117, stk. 2, i den tyske Bürgerliches Gesetzbuch, at såfremt en proformahandel dækker over en anden retshandel, finder de forskrifter, der gælder for den skjulte retshandel, anvendelse. Ved retshandler, der ikke er undergivet formkrav, gælder herefter i overensstemmelse med reglen *falsa demonstratio non nocet* den skjulte retshandel, som parterne i enighed har haft som mål, jf. herom: K. Larenz og M. Wolf, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. udg., München, 2004, § 35, punkt 34. Artikel 50, stk. 2, i den slovenske lov om forpligtelser, Obligacijski zakonik, indeholder en bestemmelse, der er lig den tyske, jf. herom: M. Dolenc i M. Juhart, N. Plavšak (red.), Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. Buch, GV založba, Ljubljana, 2003, kommentar til artikel 50, s. 207. Tilsvarende bestemmer § 916, stk. 1, andet punktum, i den østrigske Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, at en eventuel skjult retshandel skal bedømmes på grundlag af dens egentlige beskaffenhed. Denne grundtanke ses ligeledes i fransk og i belgisk ret, hvorefter domstolene ved den retlige kvalificering af kontrakter kan se bort fra de kontraktbetegnelser, som kontrahenterne har valgt, med henblik på at fastslå kontrakternes egentlige retlige karakter og dermed også, hvilken ret der skal anvendes, vedrørende Frankrig, jf. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6. udg., Paris, 2006, punkt 3615. Vedrørende Belgien, jf. L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, 2000, punkt 229. I medfør af artikel 1281, stk. 2, i den spanske Codigo Civil har kontrahenternes åbenbare hensigt, i tilfælde af manglende overensstemmelse, forrang for ordlyden af den pågældende kontrakt. På grundlag af denne bestemmelse konkluderede Tribunal Supremo i dom af 28.5.1990, forkortet gengivelse i O. Moreno Gil, *Código civil y jurisprudencia concordada*, 4. udg., Madrid, 2006, punkt 4.230, at kvalificeringen af denne kontrakt ikke afhænger af den kontraktbetegnelse, som kontrahenterne har valgt, men derimod af de aftalte kontraktlige forpligtelser.

90. Begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« skal fortolkes i lyset af formålene med direktiv 93/37, der — som det fremgår af direktivets betragtninger — er den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter [43] samt udviklingen af en effektiv konkurrence på dette område [44]. Disse mål kan også være i fare, såfremt den ordregivende myndighed tildeler en kontrakt på et bygge- og anlægsarbejde, hvortil myndigheden efter opførelsen får — mere eller mindre omfattende — tings- eller obligationsretlige rettigheder. Risikoen for konkurrenceforvridning som følge af, at enkelte erhvervsdrivende begunstiges frem for andre, foreligger nemlig altid allerede i det øjeblik, en ordregivende myndighed beslutter sig for at tildele en virksomhed en kontrakt om et byggeprojekt, uanset hvorfor og i hvilken forbindelse bygge- og anlægsarbejdet skal opføres, og hvorledes det skal anvendes [45].

91. Det er således ikke afgørende for besvarelsen af spørgsmålet, om byen Köln ved hovedkontrakten af 6. august 2004 tildelte GKM-GbR en udbudsretligt relevant kontrakt vedrørende opførelsen af messehallerne, at GKM-GbR realiserede bygge- og anlægsarbejdet som bygherre på sin egen grund, mens byen Köln i første række blot fik obligationsretlige brugsrettigheder til de pågældende bygge- og anlægsarbejder over en længere årrække [46]. Det er heller ikke afgørende, om byen Köln eller Kölnmesse GmbH med hensyn til grunden og messehallerne er tillagt en tilbagekøbsoption, der kan påberåbes for domstolene [47].

92. Således fastslog Domstolen i sin dom af 18. januar 2007 i Auroux-sagen, at en aftale, hvorved den franske by Roanne overdrog opførelsen af et fritidscentrum til et halvoffentligt byudviklingsselskab, udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 1, litra a), selv om væsentlige dele af dette centrum efter planen skulle sælges til tredjeparter, og de dele, der var tiltænkt byen, først skulle sælges til denne efter deres færdiggørelse. Domstolen forkastede anbringendet om, at hverken den del af centrummet, der var beregnet til at blive solgt til tredjeparter, eller den del, der først skulle sælges til byen efter færdiggørelsen, kunne være genstand for en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori begrebet anvendes i direktivets artikel 1, litra a), idet Domstolen bemærkede, at det var uden betydning, om det var planen, at Roanne kommune var eller blev ejer af hele eller en del af dette bygge- og anlægsarbejde [48].

43 — Anden betragtning til direktiv 93/37.

44 — Tiende betragtning til direktiv 93/37.

45 — I denne retning generaladvokat Kokott i forslag til afgørelse i Auroux-sagen, sag C-220/05, dom af 18.1.2007, Sml. I, s. 385, præmis 43.

46 — Således også H. Franke, i Grabitz og Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, bind 4, München, 30. tillægsbind, juni 2006, B. 8. Bauaufträge, punkt 11, A. Egger, *Europäisches Vergaberecht*, 1. udg., Wien, 2008, punkt 719, påpeger i denne forbindelse, at den udbudsretlige definition af en bygge- og anlægskontrakt netop omfatter udførelse »ved et hvilket som helst middel« og dermed også finder anvendelse på leasingkontrakter vedrørende fast ejendom, såfremt udlejeren udfører bygge- og anlægsarbejdet svarende til ordregiverens/lejerens behov.

47 — Ved fastlæggelsen af den kvalitativt væsentligste genstand for en blandet tjenesteydelses- og bygge- og anlægskontrakt kan det derimod være af stor betydning, hvis det fastslås, at kontrahenterne ved indgåelsen af deres kontrakt har lagt til grund, at der foreligger en sådan mulighed for tilbagekøb. Jf. punkt 110 ff. i dette forslag til afgørelse.

48 — Dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux, Sml. I, s. 385, præmis 47.

93. Afgørende for besvarelsen af spørgsmålet, om en kontrakt opfylder de væsentlige kriterier for en udbudsretligt relevant bygge- og anlægskontrakt, er således en objektiv konstatering af, at formålet med kontrakten er udførelsen af et bygge- og anlægsarbejde mod vederlag.

94. I den foreliggende sag er det afgørende spørgsmål for klassificeringen af hovedkontrakten af 6. august 2004 følgelig, om denne kontrakt — foruden de lejeretlige elementer — også indeholder en aftale om udførelse (og projektering) af messehallerne, der svarer til de af byen Köln fastsatte krav.

95. Selv om hovedkontrakten af 6. august 2004 af kontrahenterne blev betegnet som »lejekontrakt om leje af grund med fire messehaller, en bygning »Nordeingang«, en boulevard og forbindelsesareal foran parkeringshuset, fem forbindelsesbygninger mellem messehallerne, parkeringspladser og udendørs anlæg i Köln-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße mv.«, og der mangler en udtrykkeligt formuleret forpligtelse for GKM-GbR til at udføre de pågældende bygge- og anlægsarbejder, er opfyldelsen af de lejeretlige betingelser dog nødvendigvis betinget af den forudgående udførelse af hele bygge- og anlægsarbejdet. På det tidspunkt, hvor kontrakten blev indgået, udestod udførelsen af de »udlejede« bygge- og anlægsarbejder i fuldt omfang, således at forpligtelsen til at opføre de pågældende haller med tilbygninger og infrastruktur udgjorde en underforstået, men ubestridelig, del af hovedkontrakten.

96. Denne vurdering bekræftes også af forskellige mere eller mindre udtrykkelige henvisninger til den forpligtelse til konkret at udføre bygnings- og anlægsarbejderne, der påhvilede GKM-GbR, som er iøjnefaldende ved en nærmere tekstanalyse af hovedkontrakten af 6. august 2004.

97. Et vigtigt indicium er selve overskriften til kontraktens § 2, der lyder: »Ausführung, Ausstattung und Nutzung des Mietobjektes« (udførelse, indretning og benyttelse af det lejede), idet »udførelse af det lejede« utvetydigt henviser til GKM-GbR's forpligtelse til at opføre messehallerne i overensstemmelse med de i dette kontraktafsnit fastsatte krav. Dette fremgår navnlig af kontraktens § 2, nr. 1, hvor der i den indledende sætning ganske vist kun er tale om »tilrådighedsstillelse« af de pågældende bygninger og anlæg, men hvor det i forbindelse med angivelserne vedrørende messehallernes indretning, størrelse, karakter og beskaffenhed anføres, at GKM-GbR er forpligtet til »som minimum at udføre arbejdet i middel standard og kvalitet«, hvormed der naturligvis menes udførelsen af bygge- og anlægsarbejdet. De meget detaljerede [49] »angivelser vedrørende beskaffenhed«, der er anført i dette kontraktafsnit, må således i virkeligheden fortolkes som bygherrens krav til opførelsen af messehallerne, som GKM-GbR var forpligtet til at opfylde.

49 — Herom henvises navnlig til arbejdsbeskrivelserne og specifikationerne, der indgår som bilag, samt til de omfattende bygningsplaner, skemaer og andet projektmateriale, der var vedlagt kontrakten som bilag på flere tusinde sider.

98. Ganske vist nævnes det i kontraktens § 2, nr. 1, ligeledes, at de detaljerede arbejdsbeskrivelser og det detaljerede projektmateriale er udarbejdet af kontrahenterne i fællesskab, men det fremgår tydeligt af de af Forbundsrepublikken Tyskland fremlagte faktiske oplysninger, at GKM-GbR opførte messehallerne med tilknyttede bygninger og infrastruktur i henhold til pålagte krav og dermed »på bestilling« [50].

99. De hovedentreprenører, som GKM-GbR engagerede til at udføre bygge- og anlægsarbejdet, betegnes som GKM-GbR's »medhjælpere ved udførelsen« i forhold til byen Köln [51], hvilket, som Kommissionen med rette har anført, er endnu et tydeligt udtryk for, at GKM-GbR havde en kontraktlig forpligtelse over for byen Köln til at udføre bygge- og anlægsarbejdet.

100. Efter min opfattelse indeholder hovedkontrakten af 6. august 2004 således et detaljeret sæt bestemmelser vedrørende opførelsen af messehallerne med tilbygninger og infrastruktur svarende til de af byen Köln fastsatte behov, således at der i denne blev aftalt en i detaljer fastlagt forpligtelse for GKM-GbR, der gik forud for de lejeretlige forpligtelser, til at opføre messehallerne og udføre de øvrige bygge- og anlægsarbejder i overensstemmelse med kontrakten.

101. Hovedkontrakten af 6. august 2004 opfylder således de væsentlige kriterier for at være en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori begrebet anvendes i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37.

102. Alligevel må man ikke se bort fra, at denne hovedkontrakt foruden GKM-GbR's forpligtelse til at udføre bygge- og anlægsarbejdet ligeledes udtrykkeligt fastslår, at GKM-GbR er forpligtet til at stille de bygge- og anlægsarbejder, der skal udføres, til rådighed for byen Köln i en begrænset periode, og at denne forpligtelse også er detaljeret fastlagt i kontrakten. En sådan form for tidsbegrænset tilrådighedsstillelse af mange års varighed må kvalificeres som leje og dermed som en tjenesteydelse. Hovedkontrakten indeholder således både en bygge- og anlægskomponent og en tjenesteydelseskomponent.

103. Foreløbigt må det derfor konkluderes, at genstanden for hovedkontrakten af 6. august 2004 er levering af både bygge- og anlægsarbejder og af tjenesteydelser og dermed i udbudsretlig henseende skal betragtes som en blandet eller sammensat kontrakt.

50 — Således har Forbundsrepublikken Tyskland i punkt 67 i sin replik udtrykkeligt bekræftet, at »messehallerne så absolut blev opført svarende til Kölnmesse GmbH's behov, som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37/EØF«.

51 — § 17, nr. 2, i hovedkontrakten.

4. Fastlæggelse af hovedformålet med den blandede hovedkontrakt af 6. august 2004

104. Når en kontrakt både indeholder dele, der vedrører en offentlig bygge- og anlægskontrakt, og dele, der vedrører en tjenesteydelse, er det ifølge fast retspraksis denne kontrakts hovedformål, der afgør, hvilket fællesskabsdirektiv om offentlige kontrakter der i princippet finder anvendelse [52]. Dette krav om, at der anlægges en væsentlighedsbetragtning med henblik på at afgrænse det saglige anvendelsesområde for bygge- og anlægsdirektiv 93/37 fra anvendelsesområdet for tjenesteydelsesdirektiv 92/50, er udtrykkeligt fastslået i 16. betragtning til sidstnævnte direktiv, hvori der henvises til, at en kontrakt kun kan betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis kontraktens genstand er udførelse af et bygge- og anlægsarbejde; for så vidt sådanne bygge- og anlægsarbejder er accessoriske og ikke udgør kontraktens genstand, medfører de ikke, at kontrakten rubriceres som offentlig bygge- og anlægskontrakt [53].

105. I modsætning til, hvad der gælder for en blandet tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakt, hvor fastlæggelsen af hovedformålet i henhold til artikel 2 i direktiv 92/50 udelukkende skal ske på grundlag af værdien af den pågældende ydelse [54], skal der, når der foreligger en blandet tjenesteydelses- og bygge- og anlægskontrakt, foruden en sammenligning af de pågældende kostpriser også foretages en objektiv bedømmelse af hele kontraktens genstand [55].

106. I den foreliggende sag kan det samlede vederlag, som byen Köln skal betale over en periode på 30 år, ganske vist relativt let opgøres til 598 575 000 EUR i absolutte tal — uden hensyntagen til fremtidige »lejeforhøjelser«. Det er dog en næsten umulig opgave at foretage en præcis talmæssig specificering af denne sum på basis af de dele i kontrakten af 6. august 2004, der vedrører bygge- og anlægsarbejder, og de dele, der vedrører tjenesteydelser, fordi der mangler objektive holdepunkter herfor i kontrakten.

107. Alligevel giver sagsakterne tilstrækkeligt med yderligere holdepunkter, der gør det muligt at fastlægge hovedformålet med kontrakten af 6. august 2004 inden for rammerne af en objektiv bedømmelse af hele kontraktens genstand.

52 — Dom af 21.2.2008, Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 47, og Auroux-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 48, præmis 37. Jf. ligeledes dom af 19.4.1994, sag C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Sml. I, s. 1329, præmis 29.

53 — Indholdsmæssigt er denne betragtning overtaget i tiende betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT L 134, s. 114 ff., og bekræftet som følger: »[…] Offentlige tjenesteydelseskontrakter, herunder vedrørende forvaltning af ejendomme, kan under visse omstændigheder omfatte bygge- og anlægsarbejde. Hvis et sådant bygge- og anlægsarbejde imidlertid er accessorisk i forhold til kontraktens hovedformål og derfor udgør en mulig følge heraf eller et supplement hertil, berettiger det forhold, at kontrakten omfatter sådant bygge- og anlægsarbejde, ikke til at betragte den som en offentlig bygge- og anlægskontrakt.«

54 — Jf. blot dom af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo, Sml. I, s. 4137, præmis 31, og af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 38.

55 — Dommen af 21.2.2008 i sagen Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 48.

108. Det er et faktum, at Kölnmesse GmbH allerede siden 1990'erne havde arbejdet på planer for en nyopførelse af messehallerne, og at disse på grund af en række begivenheder i 2003 meget hurtigt blev konkretiseret. På denne baggrund søgte Kölnmesse GmbH og byen Köln under tidspres i fællesskab efter en passende finansierings- eller investormodel med henblik på finansieringen af en hurtig opførelse af messehallerne, hvorved de endte med at beslutte sig for hovedkontrakten af 6. august 2004 med GKM-GbR [56]. Forud for kontraktens indgåelse var det centrale punkt helt klart en hurtig opførelse af messehallerne i henhold til de af byen Köln fastsatte behov og dermed GKM-GbR's bygge- og anlægsarbejde.

109. Det skal herved understreges, at byen Kölns krav vedrørende GKM-GbR's opførelse af messehallerne — for så vidt som de fremgår af sagsakterne — langt overstiger de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en nybygget ejendom, hvorved hovedvægten igen forskydes i retning af en offentlig bygge- og anlægskontrakt [57].

110. Derudover indeholder sagsakterne meget tydelige indikationer på, at der forelå en aftale mellem de involverede parter, hvorefter Kölnmesse GmbH efter udløbet af kontraktperioden på 30 år skulle have mulighed for at købe grunden og messehallerne til en pris på 70 mio. EUR, der allerede var fastsat inden indgåelsen af hovedkontrakten, og som ville svare til den skønnede fremtidige værdi af grunden (uden bygninger). Ganske vist er de relevante aftaler ikke udtrykkeligt bekræftet i kontrakten af 6. august 2004, men af offentlige udtalelser fra byen Kölns økonomidirektør, der var ansvarlig for kontraktforhandlingerne [58], samt af en rapport af 27. januar 2006 vedrørende nyopførelsen af messehallerne udarbejdet af Bezirksregierung Köln [59] fremgår det entydigt, at byen Köln var af den overbevisning, at den retligt havde sikret Kölnmesse GmbH en forkøbsret til en forud fastsat pris, der ligeledes androg 70 mio. EUR.

111. Det fremgår navnlig af Bezirksregierung Kölns rapport af 27. januar 2006 vedrørende nyopførelsen af messehallerne, der bl.a. inde-

56 — Jf. punkt 10 ff. i dette forslag til afgørelse.

57 — Jf. herom P. Trepte, *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2. udg., Oxford, 2007, s. 246 f., hvorefter det afgørende for kvalificeringen af en kontrakt vedrørende tilrådighedsstillelse af en fast ejendom som offentlig bygge- og anlægskontrakt er, at bygge- og anlægsarbejdet er udført i henhold til den ordregivende myndigheds detaljerede specifikationer, og at bygherren ikke ville have udført det pågældende bygge- og anlægsarbejde uden de forudgående tilsagn fra den ordregivende myndigheds side. I denne retning også K. Eschenbruch, »Immobilienleasing og neues Vergaberecht«, *BB-Beilage Nr. 5* 2000, s. 8, på s. 11, hvorefter der i forbindelse med »leasing af fast ejendom« må antages at foreligge en bygge- og anlægskontrakt, når den ordregivende myndighed på afgørende vis udøver indflydelse på bygningens arkitektur (design), eller når denne på anden vis udøver afgørende indflydelse på projekteringen af byggeriet og ikke nøjes med at opstille visse brugerspecifikke krav.

58 — Som bilag I til Kommissionens stævning var vedlagt et interview, som byen Kölns økonomidirektør havde givet til Kölner Stadt-Anzeiger, og som blev offentliggjort den 5. og 6.9.2005. Indholdet af dette interview er blevet diskuteret indgående af Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland. I dette interview bekræftede økonomidirektøren, at Stadtsparkasse, som havde formidlet kontakten til GKM-GbR, stod ved sit tilsagn om at ville garantere, at Kölnmesse GmbH kunne købe messeområdet tilbage for 70 mio. EUR, og at Kölnmesse GmbH kunne støtte krav på dette tilsagn. I denne forbindelse understregede han, at »om 30 år risikerer messen ikke, at der bliver lukket for det varme vand, hverken økonomisk eller juridisk«.

59 — Bezirksregierung Kölns rapport »Messe Köln: Neubau der Messehallen. Ergebnis der vergabe- og kommunalrechtlichen Bewertungen« (Messe Köln: nyopførelse af messehallerne. Konklusion på de udbuds- og kommunalretlige vurderinger) af 27.1.2006, hvori bl.a. kontraktforhandlingernes forløb er skildret.

holder en kronologisk oversigt over kontraktforhandlingerne med GKM-GbR, at man i slutningen af 2003 havde forhandlet sig frem til et »udkast til lejekontrakt« med en løbetid på 30 år og en »leje« på 20,7 mio. EUR pr. år — og dermed 1,725 mio. EUR pr. måned — idet der var indkalkuleret »en overtagelsespris i 2036 på 70 mio. EUR« i »tilbuddets kontantværdi«. Selv om denne købsoption aldrig blev en bindende del af kontrakten, er det et faktum, at den »leje« på 1,725 mio. EUR, der er anført i dette udkast, endte med at blive aftalt i hovedkontrakten af 6. august 2004. Den ordning om vederlag for byen Köln, der er fastsat i hovedkontrakten, er således klart baseret på den kalkulation, der lå til grund for kontraktudkastet, og hvorefter GKM-GbR ved udløbet af kontraktperioden ville afstå messeområdet til Kölnmesse GmbH til en overtagelsespris af ca. 70 mio. EUR [60]. Lejefritagelsen i 13 måneder, der åbenbart blev aftalt efterfølgende, taler heller ikke imod denne vurdering, idet Forbundsrepublikken Tyskland hverken i forbindelse med drøftelsen og fortolkningen af denne lejefritagelse eller i forbindelse med dens udførlige analyse af tilbagekøbsmuligheder eller forkøbsrettigheder har gjort dette gældende. Ifølge det af Forbundsrepublikken Tysklands anførte — både i duplikken og under retsmødet — er det helt gængs markedspraksis at yde en sådan lejefritagelse, hvorved den effektive forrentning af en udlejningsejendom formelt kan øges i udlejerens interesse.

112. Hvorvidt Kölnmesse GmbH i sidste instans er blevet tillagt en forkøbsret til en forud fastlagt (grund)pris på 70 mio. EUR, der kan påberåbes for domstolene, kan herefter lades ubesvaret. Det væsentlige er, at byen Köln og GKM-GbR har indgået hovedkontrakten og derved åbenbart lagt til grund, at messeområdet, som GKM-GbR kort tid forinden havde købt af byen Köln eller Kölnmesse GmbH i ubebygget stand for ca. 67 mio. EUR, efter kontraktens udløb kunne erhverves inklusive messehaller af Kölnmesse GmbH for 70 mio. EUR. Den aftaleretlige konstruktion, der skal bedømmes i den foreliggende sag, er således i sidste instans baseret på denne forudsætning.

113. Af disse konstateringer fremgår det efter min opfattelse, at det vederlag, som byen Köln skal erlægge månedligt, i første række bør betragtes som en afdragsvis betaling for det bygge- og anlægsarbejde, som GKM-GbR har udført. I betragtning af den ordning om vederlag, som parterne har valgt, fremstår hovedkontrakten af 6. august 2004 således overvejende som en bygge- og anlægskontrakt, hvor erlæggelsen af vederlaget strækkes tidsmæssigt, idet den samtidige tilrådighedsstillelse reelt er betinget af den løbetid, hvorover erlæggelsen af vederlaget strækkes, og derfor er en naturlig følge af hovedkontraktens egentlige genstand, nemlig bygge- og anlægskontrakten.

114. Denne vurdering bekræftes af kontraktens ordning vedrørende fordelingen af eventuelle højere eller lavere byggerelaterede udgifter, der nødvendiggøres af bygningsmæssige justeringer af godkendelses- og udførelsesplanerne på grundlag af krav

60 — Under retsmødet indrømmede Forbundsrepublikken Tyskland direkte adspurgt, at der ikke kunne gives nogen objektiv forklaring på, hvorfor det påberåbte bortfald af tilbagekøbsoptionen ikke påvirkede kalkulationen af lejen.

fremsat af myndigheder, den tilsynsførende statiker eller forsynings- eller affaldshåndteringsselskaber. I henhold til hovedkontrakten [61] skal byen Köln og GKM-GbR træffe aftale om en udligning af disse højere eller lavere udgifter, hvilket reelt indikerer en fordeling af den økonomiske risiko, der svarer til risikofordelingen mellem ordregiver og ordremodtager inden for rammerne af indgåelsen af en bygge- og anlægskontrakt.

115. Ud fra en objektiv bedømmelse af hele kontraktens genstand og navnlig de aftaleretlige konstruktioner, som blev resultatet af forhandlingerne i det foreliggende tilfælde, er det herefter nærliggende at konkludere, at hovedformålet med den kontrakt, der blev indgået mellem GKM-GbR og byen Köln, ikke primært var den tidsbegrænsede tilrådighedsstillelse af bygge- og anlægsarbejder, der endnu ikke var udført, men snarere udførelsen af disse bygge- og anlægsarbejder. Indgåelsen af hovedkontrakten af 6. august 2004 tog herefter i første række sigte på byen Kölns indkøb af et bygge- og anlægsarbejde, idet tilrådighedsstillelsen af de udførte bygge- og anlægsarbejder over mange år reelt tjente som en hjælpekonstruktion for finansieringen af dette bygge- og anlægsarbejde. I denne sammenhæng må den »leje« på 1,725 mio. EUR, der skal erlægges månedligt, i første række betragtes som modydelse for det bygge- og anlægsarbejde, som GKM-GbR har udført, idet løbetiden for denne betaling på 30 år og den dermed forbundne tilrådighedsstillelse overvejende beror på finanstekniske hensyn.

116. På grundlag af de anførte betragtninger finder jeg herefter, at de dele af hovedkontrakten af 6. august 2004, der vedrører en offentlig bygge- og anlægskontrakt, udgør hovedformålet med denne kontrakt, som derfor er omfattet af direktiv 93/37's materielle anvendelsesområde.

5. Konklusion

117. Henset til ovenstående bemærkninger, må det lægges til grund, at den omtvistede hovedkontrakt af 6. august 2004 må klassificeres som en offentlig bygge- og anlægskontrakt i den forstand, hvori begrebet anvendes i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37, hvorfor byen Köln i sin egenskab af ordregivende myndighed i overensstemmelse med dette direktivs artikel 7, stk. 4, burde have gennemført en offentlig eller begrænset udbudsprocedure under overholdelse af de i artikel 11 fastsatte regler om offentliggørelse.

VIII — Sagens omkostninger

118. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Forbundsrepublikken Tyskland har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

61 — § 2, nr. 3), litra d), i hovedkontrakten af 6.8.2004.

IX — Forslag til afgørelse

119. På grundlag af de anførte bemærkninger skal jeg foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 7, sammenholdt med artikel 11, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, idet byen Köln har indgået kontrakten af 6. august 2004 direkte med ejendomsselskabet Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR uden at gennemføre en udbudsprocedure med indkaldelse af bud på fællesskabsplan i overensstemmelse med de nævnte bestemmelser og under overholdelse af de derfor gældende regler om offentliggørelse.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.«