DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

29. oktober 2009*

I sag C-536/07,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 30. november 2007,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved D. Kukovec og R. Sauer, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved M. Lumma og J. Möller, som befuldmægtigede, bistået af Rechtsanwalt H.-J. Prieß, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

har

* Processprog: tysk.

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af formanden for Tredje Afdeling, K. Lenaerts, som fungerende formand for Fjerde Afdeling, og dommerne R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (refererende dommer), G. Arestis og J. Malenovský,

generaladvokat: V. Trstenjak
justitssekretær: fuldmægtig N. Nanchev,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 25. marts 2009,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 4. juni 2009,

afsagt følgende

Dom

1 I stævningen har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland — idet byen Köln den 6. august 2004 har indgået en kontrakt benævnt »lejekontrakt om leje af et område med fire messehaller« med Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, nu Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, (herefter »GKM-GbR«) uden at gennemføre en europæisk udbudsprocedure med indkaldelse af bud i overensstemmelse med artikel 7 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangs-

måderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), sammenholdt med samme direktivs artikel 11 — har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til disse bestemmelser.

Fællesskabsbestemmelser

2 I artikel 1 i direktiv 93/37 er fastsat følgende:

»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« […] lokale myndigheder […]

[…]

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

[…]«

3 I samme direktivs artikel 6 er fastsat følgende:

»1. Dette direktiv finder anvendelse

a) på offentlige bygge- og anlægskontrakter, såfremt den anslåede værdi eksklusive moms andrager mindst modværdien i ecu af 5 000 000 særlige trækningsrettigheder (SDR)

[…]«

4 I samme direktivs artikel 7, stk. 2 og 3, opregnes de tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder kan indgå bygge- og anlægskontrakter ved udbud efter forhandling. Således kan de ordregivende myndigheder i henhold artikel 7, stk. 3, litra b), anvende en sådan fremgangsmåde, »når der tale om arbejder, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt entreprenør«.

5 I nævnte artikel 7, stk. 4, fastslås:

»I alle andre tilfælde skal de ordregivende myndigheder indgå indkøbskontrakter ved offentligt udbud eller ved begrænset udbud.«

6 Artikel 11 i direktiv 93/37 fastsætter forpligtelserne vedrørende offentliggørelse, der påhviler navnlig de ordregivende myndigheder, der anvender offentligt udbud eller begrænset udbud for at indgå bygge- og anlægskontrakter.

7 Endelig fastslår artikel 1 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1):

»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

[…]«

Den omtvistede transaktion og den administrative procedure

8 KölnMesse GmbH (herefter »KölnMesse«) er et privatretligt selskab, hvoraf byen Köln ejer 79,02%, og delstaten Nordrhein-Westfalen ejer 20%, mens de resterende 0,98% er fordelt mellem forskellige brancheorganisationer og foreninger. Selskabets formål er at organisere messer og udstillinger med henblik på at fremme industri, handel og håndværk.

9 Den 18. december 2003 solgte KölnMesse et areal med henblik på opførelse af fire messehaller til GKM-GbR, en privat investeringsvirksomhed, for et beløb på 67,4 mio. EUR. En byplan var indarbejdet i salgskontrakten vedrørende dette areal.

10 Den 6. august 2004 indgik byen Köln og GKM-GbR en kontrakt benævnt »lejekontrakt om leje af et område med fire messehaller«, hvori byen Köln gav GKM-GbR brugsretten dels til området, dels til de bygninger, der måtte blive bygget på området, for en periode på 30 år mod en månedlig leje på 1,725 mio. EUR, idet de første 13 måneder var fritaget for leje. Parterne er enige om at benævne denne kontrakt »hovedkontrakten«. Ifølge kontrakten forpligtede GKM-GbR sig til at udføre bygge- og anlægsarbejder af mindst en gennemsnitlig kvalitet i overensstemmelse med de i kontrakten anførte krav til størrelse, art og indretning og stille dem til rådighed for byen Köln. Disse krav var defineret i byggetilladelsen fra byen Köln. Ifølge KölnMesses skøn, som ikke er blevet

bestridt af Kommissionen, udgjorde omkostningerne ved udførelsen af disse bygge- og anlægsarbejder ca. 235 mio. EUR.

11 Ved en kontrakt af 11. august 2004, der blev betegnet »lejekontrakt om leje af et område med fire messehaller«, og hvis indhold i vidt omfang er identisk med indholdet af hovedkontrakten, overlod byen Köln brugsretten til de bygninger, der skal opføres, som beskrevet i hovedkontrakten, til KölnMesse. Den 11. og 16. august 2004 indgik disse to enheder en kontrakt benævnt »gennemførelseskontrakt til lejekontrakten«, hvorved byen Köln gav KölnMesse GmbH alle beføjelser til at udøve alle rettigheder og opfylde alle forpligtelser i forhold til GKM-GbR. Byen Köln skulle også sikre, at GKM-GbR i direkte samarbejde med KölnMesse fuldt ud opfyldte hovedkontrakten.

12 Parterne var enige om at anslå den modydelse, som udgør byen Kölns forpligtelse over for GKN-GbR i henhold til hovedkontrakten, dvs. de månedlige lejeindtægter for kontraktperioden på 30 år, til et samlet beløb på ca. 600 mio. EUR.

13 Som anført af Forbundsrepublikken Tyskland, var messehallerne færdige og blev overdraget til byen Köln, i dennes egenskab af hovedlejer, den 1. december 2005.

14 Kommissionen modtog den 7. september 2005 en klage om, at den ovenfor beskrevne transaktion udgjorde en offentlig bygge- og anlægskontrakt, der var indgået, uden at de gældende fællesskabsregler var blevet iagttaget.

15 Ved skrivelse af 19. december 2005 har Kommissionen opfordret Forbundsrepublikken Tyskland til at fremsætte sine bemærkninger hertil.

16 Ved skrivelse af 15. februar 2006 har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at KölnMesse ikke er en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37, hvorfor den pågældende transaktion ikke henhørte under fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter. Denne skrivelse var vedlagt et eksemplar af KölnMesses vedtægter.

17 Den 4. juli 2006 fremsendte Kommissionen en supplerende åbningsskrivelse til Forbundsrepublikken Tyskland, hvori den anmodede om at blive meddelt de kontrakter, der var blevet indgået som led i den omtvistede transaktion såvel som alle andre dokumenter og relevante oplysninger.

18 Ved skrivelse af 8. september 2006 fastholdt Forbundsrepublikken Tyskland, at den omtvistede transaktion ikke henhørte under fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter, og tilsendte Kommissionen de i denne doms præmis 10 og 11 nævnte kontrakter uden bilag.

19 Ved skrivelse af 18. oktober 2006 tilsendte Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland en begrundet udtalelse, hvori den anmodede sidstnævnte om at efterkomme sine forpligtelser i henhold til fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter inden to måneder efter modtagelsen af udtalelsen.

20 Ved skrivelse af 12. december 2006 har Forbundsrepublikken Tyskland på ny bestridt, at der forelå en overtrædelse fra dens side af fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter, og den hævdede desuden, at traktatbrudsproceduren under alle omstændigheder ikke kunne fremmes, da opførelsen af messehallerne var fuldendt, og disse var blevet overdraget til byen Köln den 1. december 2005, dvs. inden fremsendelsen af åbningsskrivelsen.

21 Kommissionen besluttede herefter at anlægge denne sag.

Om søgsmålet

Om formaliteten

22 Forbundsrepublikken Tyskland har påstået sagen afvist med den begrundelse, at den pågældende kontrakt har udtømt alle sine virkninger, da disse bygge- og anlægsarbejder, som omhandlet i sagen, allerede for længst var afsluttet ved udløbet af den frist, der er fastsat i den begrundede udtalelse, dvs. den 18. december 2006. Forbundsrepublikken Tyskland henviser i den forbindelse til en afleveringsprotokol (»Übernahmeprotokoll«), der er udfærdiget den 30. november 2005, efter tre dages forhandling, mellem byen Köln og GKM-GbR, som godtgør, at de pågældende bygge- og anlægsarbejder var overdraget af GKM-GbR i god og behørig form og godtaget af byen Köln denne dato og således inden fremsendelsen af åbningsskrivelsen. Disse bygge- og anlægsarbejder er i øvrigt blevet anvendt i overensstemmelse med deres formål fra januar måned 2006. Den 16. januar 2006 fandt den officielle indvielse af den internationale møbelmesse sted i de pågældende lokaler.

23 Det bemærkes, at Domstolen hvad angår indgåelse af offentlige kontrakter har fastslået, at et traktatbrudssøgsmål skal afvises, hvis den pågældende kontrakt allerede havde udtømt alle sine virkninger ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist (jf. bl.a. dom af 2.6.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis, og af 11.10.2007, sag C-237/05, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 8203, præmis 29).

24 Det må derfor i den foreliggende sag undersøges, om den pågældende kontrakt ved udløbet af den frist, der er fastsat i den begrundede udtalelse, dvs. den 18. december

2006, i det mindste delvist ikke var afsluttet, eller om kontrakten derimod allerede var afsluttet i sin helhed, således at den havde udtømt sine virkninger.

25 Med ordene »den pågældende kontrakt« eller en anden formulering, der anvendes i retspraksis, »den omtvistede kontrakt« (jf. f.eks. dom af 10.4.2003, forenede sager C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3609, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis) undersøger Domstolen den transaktion, der er tale om, i sin helhed, henset til dens generelle sammenhæng og grundlæggende kendetegn.

26 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at den transaktion, der binder byen Köln til GKM-GbR og til KölnMesse, havde som endeligt mål at stille messehaller, som var opført af GKM-GbR, til rådighed i en lang periode for KölnMesse, hvoraf byen Köln ejer majoriteten. Sideløbende forpligtede byen Köln sig til ved en lejekontrakt med GKM-GbR månedligt at betale et bestemt beløb i leje til GKM-GbR, idet disse pengeoverførsler i virkeligheden tjente til finansiering af udførelsen af de pågældende bygge- og anlægsarbejder, hvilket Forbundsrepublikken Tyskland i øvrigt også har erkendt.

27 Formålet med transaktionen og den måde, den gennemførtes på, fremgår navnlig af lejekontrakten benævnt »hovedkontrakten«, der er indgået den 6. august 2004, og ved hvilken GKM-GbR forpligtede sig til at udføre bygge- og anlægsarbejder i overensstemmelse med de detaljerede krav, som byen Köln har fastsat med henblik på udlejning, såvel som af lejekontrakten benævnt »gennemførelseskontrakt til lejekontrakten«, hvorved byen Köln overlod brugsretten til de bygge- og anlægsarbejder, der skulle udføres til KölnMesse.

28 Den pågældende transaktion indeholder herefter et led vedrørende »opførelse« og et led vedrørende »leje« eller »finansiering«. I denne forbindelse må det fastslås — uafhængigt af spørgsmålene om, hvad der er transaktionens væsentligste del eller hovedformål, og om byen Köln blot har handlet som garant i forhold til GKM-GbR, hvilket skal undersøges i forbindelse med sagens realitet — at disse forskellige led i den pågældende transaktion udgør en uadskillelig enhed. Udførelsen af bygge- og anlægsarbejderne, som udformet og gennemført, ville ikke have nogen eksistensberettigelse uden lejekontrakten, og sidstnævnte kunne ikke have nogen selvstændig eksistens uden den fremtidige udførelse af bygge- og anlægsarbejderne som fastsat i

denne kontrakt. Forbundsrepublikken Tysklands synspunkt om, at hovedkontrakten består af relevante og ikke relevante led eller neutrale led, kan derfor ikke tiltrædes i den foreliggende sag.

29 Følgelig skal den pågældende transaktion undersøges i sin helhed ud fra alle dens parametre og elementer med henblik på vurderingen af sagens formalitet.

30 Den pågældende kontrakt, dvs. den omtvistede transaktion betragtet i sin helhed, havde således ikke udtømt alle sine virkninger på tidspunktet for udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist som følge af den omstændighed, at den pågældende udførelse af bygge- og anlægsarbejder var afsluttet. Denne transaktions led vedrørende »leje« havde således stadig virkninger på dette tidspunkt.

31 Det følger i det hele af disse betragtninger, at sagen kan antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

Parternes argumenter

32 Kommissionen har gjort gældende, at der hverken foreligger et kontraktforhold eller rettigheder eller forpligtelser mellem KölnMesse og GKM-GbR. Efter Kommissionens opfattelse er byen Köln den eneste enhed, der kan komme på tale som GKM-GbR's medkontrahent. Som følge af hovedkontrakten er det alene byen Köln, som har påtaget

sig egentlige forpligtelser over for GKM-GbR. KölnMesse kunne i øvrigt ikke have iværksat et sådant byggeprojekt uden byen Kölns indgriben, og GKM-GbR kunne ikke have accepteret at gennemføre dette projekt uden finansiel dækning fra byen Köln. Desuden var KölnMesse ikke blevet GKM-GbR's debitor.

33 Kommissionen har med hensyn til den pågældende transaktions retlige karakter gjort gældende, at denne transaktion udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Den bemærker for det første, at byen Köln, der som offentligretlig lokal myndighed er ordregivende myndighed, har indgået en skriftlig gensidigt bebyrdende kontrakt med GKM-GbR, der handlede som erhvervsdrivende, med henblik på udførelsen af sidstnævnte bygge- og anlægsarbejde, hvis værdi er højere end den beløbsgrænse, som er fastsat i fællesskabsreglerne, der burde være til rådighed for den ordregivende myndighed. For det andet — hvad angår transaktionens formål — vil gennemførelsen af de pågældende bygge- og anlægsarbejder, som udelukkende var bestemt til afholdelse af messer, ikke hidrøre fra GKM-GbR's eget initiativ. Det fremgår endvidere af hovedkontrakten, at disse bygge- og anlægsarbejder er udført i overensstemmelse med de detaljerede krav, som byen Köln har fastsat, og disse udgør ikke en simpel beskrivelse af udformningen i henhold til en lejekontrakt. Der er derfor i det foreliggende tilfælde tale om gennemførelsen af bygge- og anlægsarbejder, der opfylder de krav, den ordregivende myndighed har angivet i henhold til artikel 1, litra a), slutningen af første punktum, i direktiv 93/37.

34 Kommissionen gør gældende, at denne konklusion ikke svækkes af den omstændighed, at hovedkontrakten også omfatter karakteristiske forhold for en lejekontrakt, dvs. den tidsbegrænsede tilrådighedsstillelse af bygge- og anlægsarbejder mod rateindbetalinger, der udgør vederlaget for udførelsen af disse bygge- og anlægsarbejder. Man kan derfor ikke sondre mellem et led vedrørende »bygge- og anlægsarbejder« og et led vedrørende »leje« eller om »finansiering« i kontrakten, således at det første led henhører under direktiv 93/37 og det andet led, som tjenesteydelse, under direktiv 92/50. Kommissionen påpeger, i overensstemmelse med Domstolens praksis, at det under alle omstændigheder er kontraktens hovedformål, der afgør dens klassificering, og hovedformålet er i dette tilfælde udførelse af bygge- og anlægsarbejder.

35 Endelig bemærker Kommissionen, at ifølge Domstolens praksis er spørgsmålet om, hvorvidt byen Köln havde til hensigt selv at benytte det arbejde, der skulle udføres, eller

om den ville stille det til rådighed for tredjemand, samt spørgsmålet om, hvorvidt byen Köln ved hovedkontraktens udløb vil blive ejer af området og messehallerne, uden relevans for klassificeringen af den pågældende offentlige bygge- og anlægskontrakt. Kommissionen konkluderer, at byen Köln således burde have gennemført en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt i henhold artikel 7, stk. 4, og artikel 11 i direktiv 93/37.

36 Heroverfor har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at den eneste enhed, der i det foreliggende tilfælde kan komme på tale som GKM-GbR's medkontrahent, er KölnMesse, da det i realiteten er disse to selskaber, der er bundet ved et kontraktforhold. I forbindelse med en samlet funktionel vurdering af situationen vil alene KölnMesse være lejer og alene GKM-GbR udlejer i henhold til lejekontrakten, der er fastlagt og indgået samtidig med hovedkontrakten, og som i det væsentlige er formuleret identisk med hovedkontrakten, og ved hvilken alle rettigheder og forpligtelser i henhold til hovedkontrakten er blevet overført til KölnMesse.

37 Desuden var det KölnMesse, der med det formål at leje messehallerne, der skulle opføres på KölnMesses egen grund, havde fastsat og iværksat den pågældende transaktion, og det var i sidste ende KölnMesse, der havde brugsretten til de pågældende bygge- og anlægsarbejder og betalte det aftalte vederlag herfor. Fraværet af et direkte kontraktforhold mellem KölnMesse og GKM-GbR er opstået som følge af den trepartstransaktion, der er valgt på grund af et funktionelt synspunkt, hvor byen Köln indtrådte som garant i kontraktforholdet mellem de to andre enheder, og ikke som solidarisk skyldner.

38 Forbundsrepublikken Tyskland er derfor af den opfattelse, at alene KölnMesse, som GKM-GbR's reelle medkontrahent, og ikke byen Köln, skulle have været vurderet efter de kriterier, ud fra hvilke det fastslås, om en enhed henhører under begrebet »ordregivende myndighed«, med henblik på en eventuel anvendelse af fællesskabsreglerne om offentlige kontrakter. Kommissionens påstand skal derfor forkastes, eftersom den udelukkende vedrører byen Köln.

39 For så vidt angår den pågældende transaktions retlige karakter har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at kontrakten mellem byen Köln og GKM-GbR ikke er en bygge- og anlægskontrakt, men alene en finansiel sikkerhed, dvs. en accessorisk kontrakt til den hovedkontrakt, der er indgået mellem GKM-GbR og KölnMesse.

40 Med henblik på den retlige kvalifikation af en kontrakt, som består af flere led, der kan henhøre under forskellige fællesskabsregler om offentlige kontrakter, bør man i overensstemmelse med Domstolens praksis tage hensyn til den pågældende kontrakts hovedformål, og det kræves, at kontraktens genstand er udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, for at det kan antages, at der er tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt (denne medlemsstat henviser herved til dom af 19.4.1994, sag C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, Sml. I, s. 1329). Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland var udførelsen af bygge- og anlægsarbejde i det foreliggende tilfælde imidlertid ikke hovedformålet med kontrakterne. Faktisk var hverken hovedkontrakten eller lejekontrakten »bygningskontrakter«, men formelt og materialt »lejekontrakter«, i henhold til hvilke medkontrahenten alene opnår brugsretten til de pågældende bygninger mod vederlag. Ud fra et funktionelt synspunkt tilsigter den pågældende kontrakt, hvori byen Köln indtræder, finansiering af det af KölnMesse udformede projekt.

41 Den omstændighed, at hovedformålet med kontrakten er leje af de pågældende bygninger, understøttes for det første af en sammenligning mellem lejeomkostningen, der for en periode på 30 år udgør 600 mio. EUR, og omkostningen til opførelse af disse bygninger, der beløber sig til ca. 235 mio. EUR, og for det andet af, at der ikke er aftalt en forkøbsret til eller en forpligtelse om tilbagekøb af disse bygninger for byen Köln eller for KölnMesse ved udløbet af lejekontrakten. I dette omfang bærer GKM-GbR den endelige økonomiske risiko ved den pågældende transaktion.

42 Efter Forbundsrepublikken Tysklands opfattelse, hvorefter hovedkontraktens hovedformål er udlejning eller finansiering, drejer det sig følgelig om to situationer, som henhører under anvendelsesområdet for direktiv 92/50, hvis eventuelle tilsidesættelse ikke er genstand for den foreliggende sag.

Domstolens bemærkninger

43 Med henblik på at fastlægge, først og fremmest, hvilken enhed der skal betragtes som GKM-GbR's medkontrahent, og som således skal vurderes i henhold til de kriterier, der fastlægger begrebet »ordregivende myndighed«, må det fastslås, at Kommissionens søgsmål vedrører den lejekontrakt, benævnt »hovedkontrakten«, der blev indgået den 6. august 2004 mellem byen Köln og GKM-GbR.

44 Uanset denne omstændighed hævder Forbundsrepublikken Tyskland, at ud fra synspunktet om en samlet funktionel vurdering af transaktionen er KölnMesse GKM-GbR's reelle medkontrahent og den egentlige lejer i henhold til lejekontrakten. Det var i realiteten KölnMesse, der havde fastsat og iværksat den pågældende transaktion og havde den endelige brugsret til de pågældende bygge- og anlægsarbejder og betalte det aftalte vederlag herfor.

45 Det er imidlertid ubestridt, at hovedkontrakten af 6. august 2004 blev indgået mellem GKM-GbR og byen Köln uden omtale af KölnMesse. Det skal endvidere anføres, at forhandlingerne i forbindelse med denne kontrakts indgåelse blev ledet af byen Köln i eget navn og for egen regning. Desuden blev de detaljerede krav for så vidt angår udførelsen af de pågældende bygge- og anlægsarbejder indsat i kontrakten af byen Köln, og det er udelukkende i henhold til disse, at GKM-GbR har påtaget sig sine forpligtelser. På samme måde blev forhandlingerne, der har ført til udarbejdelsen den 30. november 2005 af en afleveringsprotokol vedrørende de pågældende bygge- og anlægsarbejder, ledet af byen Köln, og dette protokollat blev underskrevet af byen Köln og af GKM-GbR uden omtale af KölnMesse.

46 KölnMesse optræder eller indtræder således på ingen måde i kontraktforholdet mellem GKM-GbR og byen Köln.

47 Konstateringen af, at der ikke foreligger et kontraktforhold mellem KölnMesse og GKM-GbR, berøres ikke af kontrakten vedrørende førstnævntes salg til sidstnævnte af det areal, hvorpå de pågældende bygge- og anlægsarbejder blev udført. Denne kontrakt er irrelevant i forbindelse med den omtvistede transaktion, der består i opførelsen og udlejning af disse bygninger.

48 Lejekontrakten af 11. august 2004 og gennemførelseskontrakten til denne kontrakt af samme dato kan heller ikke ændre den foregående konstatering, i det omfang de kun drejer sig om forholdet mellem KölnMesse og byen Köln og ikke har nogen indflydelse på hverken kontraktforholdet mellem byen Köln og GKM-GbR eller på de gensidige forpligtelser, som sidstnævnte har påtaget sig.

49 Den omstændighed, at udformningen af at den pågældende transaktion oprindeligt hidrører fra KölnMesse, er også irrelevant, i det omfang der ikke henvises til KölnMesse i hovedkontrakten.

50 Argumentet om, at de pågældende bygge- og anlægsarbejder er bestemt til at opfylde aktiviteter for KölnMesse, der havde den endelige brugsret og betalte et månedligt vederlag herfor, er også irrelevant (jf. i denne retning dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 33, 35 og 42). Det bemærkes endvidere i denne sammenhæng, at det fremgår af dokumenterne af 8. december 2003 og 14. juli 2004 benævnt »hensigtserklæringer«, der ikke er blevet bestridt af Forbundsrepublikken Tyskland, at byen Köln har forpligtet sig til betale for den pågældende transaktion i tilfælde af, at KölnMesse ikke kan imødegå lejeudgifterne efter 2012.

51 En funktionel fortolkning af den omtvistede transaktion, som forfægtet af Forbundsrepublikken Tyskland, kan følgelig ikke ændre på den konstatering, hvorefter byen Köln på grundlag af kontrakten er GKM-GbR's eneste medkontrahent, overvejet og godkendt som sådan af GKM-GbR, og kan heller ikke sætte KölnMesse i stedet for byen Köln ved byen Kölns opfyldelse af sine kontraktmæssige forpligtelser.

52 Det må derfor konkluderes, at i forbindelse med den pågældende transaktion er byen Köln GKM-BbR's eneste medkontrahent. Byen Köln udgør, som lokal myndighed, en ordregivende myndighed som omhandlet i artikel 1, litra b), i direktiv 93/37.

53 For det andet må spørgsmålet om den retlige kvalifikation af den pågældende transaktion behandles med henblik på at fastslå, om denne udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til fællesskabsbestemmelserne.

54 I denne forbindelse skal det først bemærkes, at i overensstemmelse med Domstolens praksis er denne retlige kvalifikation omfattet af fællesskabsretten, og at den i national ret foretagne kvalifikation ikke er relevant i denne henseende tilfælde (jf. i denne retning dommen i sagen Auroux m.fl., præmis 40 og den deri nævnte retspraksis). På samme måde er de kontraherende parters kvalifikation af en kontrakt heller ikke afgørende.

55 Endvidere skal det fremhæves, at definitionen af begrebet »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i artikel 1, litra a), i direktiv 93/37 omfatter alle transaktioner, hvor en gensidig bebyrdende kontrakt, uanset hvorledes den formelt kvalificeres, bliver indgået mellem en ordregivende myndighed og en entreprenør, og som har til formål, at entreprenøren udfører et bygge- og anlægsarbejde i henhold til dette direktivs artikel 1, litra c). Det afgørende kriterium er i den forbindelse, at dette bygge- og anlægsarbejde bliver udført i overensstemmelse med de af den ordregivende myndighed fastlagte behov, mens de midler, der anvendes med henblik på udførelsen, er uden betydning.

56 For så vidt angår transaktionens formål skal det bemærkes, at hovedkontrakten, indgået den 6. august 2004 mellem byen Köln og GKM-GbR, formelt er angivet som »lejekontrakt« og reelt indeholder elementer, der er hører til i en lejekontrakt. Ikke desto mindre må det konstateres, at på denne dato var udførelsen af de pågældende bygge- og anlægsarbejder end ikke påbegyndt. Denne kontrakt kunne derfor ikke have udlejning af ejendomme til umiddelbart formål, når opførslen af disse endnu ikke var påbegyndt. Hovedformålet med denne kontrakt kan således kun logisk være udførelse

af disse bygge- og anlægsarbejder, som senere skulle stilles til rådighed for byen Köln ved en kontrakt betegnet »lejekontrakt«.

57 Det fremgår af Domstolens retspraksis, at når en kontrakt både indeholder dele, der angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, og dele, der angår andre offentlige kontrakter, er det kontraktens hovedformål, der afgør, hvilke fællesskabsbestemmelser der finder anvendelse.

58 Det skal desuden fastslås, at de pågældende bygge- og anlægsarbejder blev udført i overensstemmelse med de meget detaljerede krav, som byen Köln har fastsat i hovedkontrakten. Det fremgår af denne kontrakt og bilagene hertil, at disse krav, som vedrører en præcis beskrivelse af de bygninger, der skulle opføres, deres kvalitet og deres udstyr, langt overstiger de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en nybygget ejendom af en vis størrelse.

59 Det må derfor konkluderes, at hovedkontraktens hovedformål var opførelse af de pågældende messehaller udført i overensstemmelse med de af byen Köln fastlagte behov. Desuden udgør disse messehaller et »bygge- og anlægsarbejde« i henhold til artikel 1, litra c), i direktiv 93/37, i det omfang de er bestemt til at udfylde en økonomisk funktion, og deres værdi er højere end den beløbsgrænse, som er fastsat i samme direktivs artikel 6. Endvidere er kontrakten gensidigt bebyrdende, da GKM-GbR i det foreliggende tilfælde har handlet i egenskab af entreprenør, uafhængig af de omstændigheder, under hvilke det har udført dette bygge- og anlægsarbejde som underleverandør (jf. i denne retning dom af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 90), og byen Köln er den ordregivende myndighed. Denne kontrakt skal derfor kvalificeres som en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37.

60 Denne konklusion påvirkes ikke af Forbundsrepublikken Tysklands argument om, at det samlede lejebeløb, der skal betales til GKM-GbR, og som beløber sig til 600 mio.

EUR, er højere end omkostningerne til udførelse af bygge- og anlægsarbejderne, som beløber sig til ca. 235 mio. EUR, hvilket godtgør, at »tjenesteydelses«-delen ved den pågældende transaktion er afgørende.

61 Med henblik på kvalifikationen af en kontrakt som den i sagen omhandlede er det afgørende hovedformålet med kontrakten og ikke entreprenørens vederlag eller bestemmelserne vedrørende dette. Desuden er en direkte sammenligning mellem de to ovennævnte beløb, betragtet som absolutte tal, ikke mulig, i det omfang beløbet på ca. 600 mio. EUR skal betales i månedlige rateindbetalinger i næsten 30 år, mens beløbet på 235 mio. EUR svarer til omkostningerne for bygge- og anlægsarbejderne, når de er afsluttet i slutningen af 2005. Beløbet på 600 mio. EUR, betragtet i nutidsværdi på tidspunktet for bygge- og anlægsarbejdernes afslutning, nærmer sig i virkeligheden i høj grad beløbet på 235 mio. EUR. Selv hvis en del af dette beløb på 600 mio. EUR skulle udgøre vederlaget for en særlig del af lejen, vil denne del uundgåeligt være begrænset og kan ikke indvirke på kvalifikationen af den pågældende kontrakt.

62 På samme måde er den omstændighed, at kontrakten ikke fastsætter en forkøbsret til eller en forpligtelse om tilbagekøb af disse bygninger for byen Köln eller for KölnMesse, heller ikke relevant med henblik på kvalifikationen af den pågældende kontrakt (jf. i denne retning dommen i sagen Auroux m.fl., præmis 47).

63 Henset til samtlige ovenstående betragtninger, må det konkluderes, at hovedkontrakten af 6. august 2004, set i en generel sammenhæng med den pågældende transaktion, udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til artikel 1, litra a), i direktiv 93/37, der skulle have været indgået i overensstemmelse med samme direktivs artikel 7, stk. 4, og artikel 11. Kommissionen skal således gives medhold på dette punkt.

64 Det må derfor konstateres, at Forbundsrepublikken Tyskland — idet byen Köln har indgået kontrakten af 6. august 2004 med GKM-GbR uden at gennemføre en

udbudsprocedure i henhold til artikel 7, stk. 4, og artikel 11 i direktiv 93/37, har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til disse bestemmelser.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Fjerde Afdeling):

1) **Forbundsrepublikken Tyskland har — idet byen Köln den 6. august 2004 har indgået kontrakt med Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, nu Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, uden at gennemføre en udbudsprocedure i henhold til artikel 7, stk. 4, og 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 — tilsidesat sine forpligtelser i henhold til disse bestemmelser.**

2) **Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter