ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

29 oktober 2009 *

In zaak C-536/07,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 30 november 2007,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door D. Kukovec en R. Sauer als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Möller als gemachtigden, bijgestaan door H.-J. Prieß, Rechtsanwalt, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

wijst

* Procestaal: Duits.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president van de Derde kamer, waarnemend voor de president van de Vierde kamer, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (rapporteur), G. Arestis en J. Malenovský, rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,
griffier: N. Nanchev, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 25 maart 2009,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 4 juni 2009,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 7 juncto artikel 11 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), doordat de stad Keulen met Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, thans Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (hierna: „GKM-GbR"), op 6 augustus 2004 een

overeenkomst „betreffende de huur van een stuk grond met vier expositiehallen" heeft gesloten zonder een Europese aanbesteding conform de genoemde bepalingen uit te schrijven.

Gemeenschapsregeling

2 Artikel 1 van richtlijn 93/37 bepaalt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een sub b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of sub c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet;

b) ‚aanbestedende diensten': […] [de] territoriale lichamen […]

[…]

c) ‚werk': het product van bouw- dan wel wegenbouwkundige werken in hun geheel dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen;

[…]"

3 Artikel 6 van deze richtlijn luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing:

a) op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waarvan de geraamde waarde exclusief btw ten minste gelijk is aan de tegenwaarde in ecu van 5 000 000 SDR;

[…]"

4 Artikel 7, leden 2 en 3, van deze richtlijn noemt de gevallen waarin de aanbestedende diensten hun opdrachten voor de uitvoering van werken kunnen plaatsen volgens de procedure van gunning via onderhandelingen. Zo kunnen de aanbestedende diensten ingevolge lid 3, sub b, van dat artikel van die procedure gebruikmaken „voor werken waarvan de uitvoering om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan een bepaalde aannemer kan worden toevertrouwd".

5 Artikel 7, lid 4, van deze richtlijn luidt:

„In alle andere gevallen maken de aanbestedende diensten voor het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken gebruik van de openbare of van de niet-openbare procedure."

6 Artikel 11 van richtlijn 93/37 bevat de bekendmakingsverplichtingen voor onder meer de aanbestedende diensten die hun opdrachten voor de uitvoering van werken via een openbare of een niet-openbare procedure moeten plaatsen.

7 Ten slotte bepaalt artikel 1 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1):

„In de zin van deze richtlijn:

a) wordt onder *‚overheidsopdrachten voor dienstverlening'* verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds, met uitsluiting van:

[…]

iii) opdrachten betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop; de overeenkomsten betreffende

financiële diensten die voorafgaand aan, gelijktijdig met of als vervolg op het koop- of huurcontract worden afgesloten, zijn echter, ongeacht hun vorm, onderworpen aan deze richtlijn;

[…]”

Betrokken project en precontentieuze procedure

8 KölnMesse GmbH (hierna: „KölnMesse”) is een privaatrechtelijke vennootschap waarvan het kapitaal voor 79,02 % door de stad Keulen en voor 20 % door de deelstaat Noordrijn-Westfalen wordt gehouden; de overige 0,98 % is in handen van verschillende kamers en verenigingen. Zij heeft de organisatie van beurzen en exposities ter bevordering van industrie, handel en ambacht tot doel.

9 Op 18 december 2003 verkocht KölnMesse een stuk grond voor de bouw van vier expositiehallen voor een bedrag van 67,4 miljoen EUR aan GKM-GbR, een particuliere investeringsmaatschappij. In de verkoopovereenkomst voor dit stuk grond werd een stedenbouwkundig plan opgenomen.

10 Op 6 augustus 2004 sloten de stad Keulen en GKM-GbR een overeenkomst „betreffende de huur van een stuk grond met vier expositiehallen”, waarbij GKM-GbR de stad Keulen gedurende 30 jaar het gebruiksrecht op dat stuk grond en de daarop op te trekken gebouwen verleende tegen een maandelijkse huur van 1,725 miljoen EUR, met dien verstande dat de eerste dertien maanden geen huur verschuldigd was. Partijen zijn het erover eens dat deze overeenkomst als de „hoofdovereenkomst” moet worden aangeduid. Volgens deze overeenkomst moest GKM-GbR werken van ten minste gemiddelde kwaliteit uitvoeren en die conform de daarin vervatte specificaties inzake grootte, aard en inrichting ter beschikking stellen van de stad Keulen. Laatstgenoemd aspect was beschreven in het bouwvergunningsdossier van de stad Keulen. Volgens

ramingen van KölnMesse, die door de Commissie niet zijn weersproken, bedroegen de kosten voor deze bouwwerken ongeveer 235 miljoen EUR.

11 Bij een overeenkomst van 11 augustus 2004 „betreffende de onderverhuur van een stuk grond met vier expositiehallen", die in vrijwel identieke bewoordingen als de hoofdovereenkomst was opgesteld, verleende de stad Keulen KölnMesse het gebruiksrecht op de op te trekken gebouwen die in de hoofdovereenkomst waren beschreven. Op 11 en 16 augustus 2004 sloten deze twee partijen een overeenkomst „ter uitvoering van de onderverhuurovereenkomst", waarbij de stad Keulen KölnMesse machtigde, ten aanzien van GKM-GbR alle rechten van de stad Keulen uit te oefenen en al haar verplichtingen na te komen. De stad Keulen moest tevens erop toezien dat GKM-GbR de hoofdovereenkomst volledig en in rechtstreekse samenwerking met KölnMesse uitvoerde.

12 Partijen zijn het erover eens dat de vergoeding die de stad Keulen GKM-GbR volgens de hoofdovereenkomst was verschuldigd, te weten de maandelijkse huur gedurende de 30-jarige looptijd van de overeenkomst, in totaal op ongeveer 600 miljoen EUR moest worden geraamd.

13 Volgens de verklaringen van de Bondsrepubliek Duitsland werden de expositiehallen op 1 december 2005 voltooid en aan de stad Keulen als hoofdhuurster opgeleverd.

14 Op 7 september 2005 ontving de Commissie een klacht volgens welke het bij het hiervóór beschreven project ging om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken die zonder inachtneming van de toepasselijke gemeenschapsregeling was geplaatst.

15 Bij brief van 19 december 2005 maande de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland aan, haar opmerkingen daarover in te dienen.

16 Bij brief van 15 februari 2006 betoogde de Bondsrepubliek Duitsland dat KölnMesse geen aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37 is, zodat het betrokken project niet onder het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten viel. Bij deze brief was een afschrift van de statuten van KölnMesse gevoegd.

17 Op 4 juli 2006 stuurde de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland een aanvullende aanmaningsbrief, waarbij zij om verstrekking van de in het kader van het betrokken project gesloten overeenkomsten en van alle andere relevante documenten en inlichtingen verzocht.

18 Bij brief van 8 september 2006 bevestigde de Bondsrepubliek Duitsland haar standpunt dat het betrokken project niet onder het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten viel en stuurde zij de Commissie de in de punten 10 en 11 van onderhavig arrest genoemde overeenkomsten zonder bijlagen.

19 Bij brief van 18 oktober 2006 deed de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland een met redenen omkleed advies toekomen waarbij zij haar verzocht, binnen de twee maanden na ontvangst daarvan haar uit de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten voortvloeiende verplichtingen na te komen.

20 Bij brief van 12 december 2006 betwistte de Bondsrepubliek Duitsland opnieuw dat er sprake was van een inbreuk op het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en voerde zij voorts aan dat de niet-nakomingsprocedure hoe dan ook niet-ontvankelijk was omdat de expositiehallen op 1 december 2005, dat wil zeggen nog voordat de aanmaningsbrief werd verzonden, waren voltooid en aan de stad Keulen opgeleverd.

21 Na deze stellingname heeft de Commissie besloten het onderhavige beroep in te stellen.

Beroep

Ontvankelijkheid

22 De Bondsrepubliek Duitsland werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid op, die is gebaseerd op het feit dat de betrokken overeenkomst bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, te weten op 18 december 2006, geen effect meer sorteerde, aangezien de bouwwerken waarop het beroep betrekking heeft, sinds lang waren voltooid. De Bondsrepubliek Duitsland verwijst in dit verband naar een proces-verbaal van oplevering („Übernahmeprotokoll") dat na drie dagen onderhandelen op 30 november 2005 — dat wil zeggen nog voordat de aanmaningsbrief werd verstuurd — tussen de stad Keulen en GKM-GbR is opgesteld, en aantoont dat de betrokken bouwwerken op deze datum door GKM-GbR naar behoren zijn opgeleverd en door de stad Keulen zijn aanvaard. Die bouwwerken zijn vanaf januari 2006 overigens conform hun bestemming gebruikt. Op 16 januari 2006 heeft in de betrokken ruimten namelijk de officiële opening van de internationale meubelbeurs plaatsgevonden.

23 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens de vaste rechtspraak van het Hof ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten een beroep wegens niet-nakoming niet-ontvankelijk is, indien op de datum waarop de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn verstrijkt, de betrokken overeenkomst geen effect meer sorteerde (zie onder meer arresten van 2 juni 2005, Commissie/Griekenland, C-394/02, Jurispr. blz. I-4713, punt 18, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 11 oktober 2007, Commissie/Griekenland, C-237/05, Jurispr. blz. I-8203, punt 29).

24 In casu moet dus worden nagegaan of de betrokken overeenkomst bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, te weten op 18 december

2006, althans gedeeltelijk, nog in uitvoering was dan wel integendeel al volledig was uitgevoerd, zodat zij geen effect meer sorteerde.

25 Met de woorden „betrokken overeenkomst" of — volgens een andere in de rechtspraak gebezigde uitdrukking — „litigieuze opdracht" (zie bijvoorbeeld arrest van 10 april 2003, Commissie/Duitsland, C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609, punt 33, en aldaar aangehaalde rechtspraak) doelt het Hof op het betreffende project in zijn geheel, bezien in zijn algemene context en op basis van zijn wezenlijke kenmerken.

26 In casu staat vast dat het project dat de stad Keulen aan GKM-GbR en aan KölnMesse bond, uiteindelijk tot doel had om door GKM-GbR op te trekken expositiehallen voor lange tijd ter beschikking te stellen van KölnMesse, waarvan het kapitaal overwegend in handen van de stad Keulen is. Parallel hieraan verbond de stad Keulen zich bij huurovereenkomst ten aanzien van GKM-GbR ertoe, haar maandelijks een bepaald bedrag aan huur te betalen, welke overgemaakte gelden in werkelijkheid dienden om de betrokken bouwwerken te financieren, zoals de Bondsrepubliek Duitsland overigens erkent.

27 Het doel van dat project en de wijze waarop het moest worden uitgevoerd blijken met name uit de op 6 augustus 2004 gesloten „hoofd"verhuurovereenkomst, waarbij GKM-GbR zich ertoe heeft verbonden volgens de gedetailleerde specificaties van de stad Keulen voor verhuur bestemde gebouwen op te trekken, alsmede uit de onderverhuurovereenkomst en de „overeenkomst ter uitvoering van de onderverhuurovereenkomst", waarbij de stad Keulen KölnMesse het gebruiksrecht op de op te trekken gebouwen heeft verleend.

28 Het betrokken project omvat dus een onderdeel „bouw" en een onderdeel „verhuur" of „financiering". Los van de vragen wat het belangrijkste aspect of het hoofddoel van dit project is en of de stad Keulen enkel als borg voor GKM-GbR is opgetreden, waarvan het onderzoek tot de grond van de zaak behoort, zij vastgesteld dat deze verschillende onderdelen van het project een onlosmakelijk geheel vormen. Voor de bouwwerken, zoals ontworpen en uitgevoerd, was er zonder de verhuurovereenkomst immers geen bestaansrecht geweest, en omgekeerd had de verhuurovereenkomst zonder de latere oprichting van de gebouwen, zoals in deze overeenkomst voorzien, niet autonoom kunnen bestaan. Bijgevolg kan de stelling van de Bondsrepubliek Duitsland niet worden

gevolgd, dat de hoofdovereenkomst zowel onderdelen omvat die voor het onderhavige beroep relevant zijn als onderdelen die daarvoor irrelevant of neutraal zijn.

29 Ter beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep moet het betrokken project derhalve in zijn geheel en in het licht van al zijn kenmerken en bestanddelen worden beschouwd.

30 Bijgevolg had de overeenkomst in kwestie, te weten het betrokken project in zijn geheel beschouwd, bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn niet al haar effect reeds gesorteerd louter omdat de bouwwerken waren voltooid; het onderdeel „verhuur" van dat project bleef op die datum immers verder gevolgen sorteren.

31 Uit al het voorgaande volgt dat het beroep van de Commissie ontvankelijk is.

Ten gronde

Argumenten van partijen

32 De Commissie betoogt dat tussen KölnMesse en GKM-GbR noch van een contractuele verhouding noch van rechten en verplichtingen sprake is. In casu komt als contractpartner van GKM-GbR enkel de stad Keulen in aanmerking. Volgens de hoofdovereenkomst is namelijk alleen de stad Keulen concrete verbintenissen ten aanzien van GKM-GbR aangegaan. Voorts had KölnMesse een dergelijk bouwproject

niet zonder de medewerking van de stad Keulen kunnen uitvoeren en had GKM-GbR de uitvoering van dat project niet zonder de financiële dekking van de stad Keulen op zich willen nemen. Bovendien is KölnMesse niet de schuldenares van GKM-GbR geworden.

33 Wat het juridische karakter van het betrokken project betreft, stelt de Commissie dat het om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken gaat. Ten eerste heeft namelijk de stad Keulen, die als territoriaal lichaam aanbestedende dienst is, een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel gesloten met GKM-GbR, als aanneemster, waarbij GKM-GbR heeft toegezegd werken te zullen uitvoeren waarvan de waarde de in de gemeenschapsregeling voorziene drempel ruimschoots overschrijdt, en die ter beschikking van de aanbestedende dienst te zullen stellen. Wat ten tweede het voorwerp van het project betreft, zijn de betrokken werken, die uitsluitend voor de organisatie van beurzen waren bestemd, niet op eigen initiatief van GKM-GbR uitgevoerd. Uit de hoofdovereenkomst blijkt voorts dat die werken zijn uitgevoerd volgens de gedetailleerde, door de stad Keulen opgelegde specificaties, die geen loutere beschrijving van de inrichting in het kader van een verhuurovereenkomst vormden. Bijgevolg gaat het in casu om de uitvoering van werken die aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoen in de zin van artikel 1, sub a, laatste zinsnede, van richtlijn 93/37.

34 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat de hoofdovereenkomst tevens bestanddelen bevat die kenmerkend zijn voor een verhuurovereenkomst, namelijk de overdracht van het gebruiksrecht op de bouwwerken tegen gespreide betalingen die de vergoeding voor de bouwkosten vormen. In casu kan binnen de overeenkomst immers geen onderscheid worden gemaakt tussen een onderdeel „werken" en een onderdeel „verhuur" of „financiering" in die zin dat het eerste onderdeel onder richtlijn 93/37 en het tweede, als dienstverlening, onder richtlijn 92/50 zou vallen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het hoe dan ook het hoofdvoorwerp van de overeenkomst dat bepaalt hoe deze moet worden gekwalificeerd, en dat hoofdvoorwerp is in casu de uitvoering van een werk.

35 De Commissie wijst in de laatste plaats erop dat het volgens de rechtspraak van het Hof voor de kwalificatie van het betrokken project als overheidsopdracht voor de uitvoering

van werken irrelevant is of de stad Keulen voornemens was de op te trekken gebouwen zelf te gebruiken dan wel ter beschikking van een derde te stellen, en of zij bij het aflopen van de hoofdovereenkomst eigenares van het stuk grond en de expositiehallen wordt. Bijgevolg had de stad Keulen een procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht conform artikel 7, lid 4, en artikel 11 van richtlijn 93/37 moeten inleiden.

36 De Bondsrepubliek Duitsland brengt daartegen in dat in casu als contractpartner van GKM-GbR alleen Kölnmesse in aanmerking komt, aangezien in werkelijkheid enkel deze twee vennootschappen door de hoofdovereenkomst zijn gebonden. Bij een functionele beoordeling van de situatie in haar geheel is namelijk alleen KölnMesse huurster en GKM-GbR verhuurster, en dit op basis van de onderverhuurovereenkomst die tegelijk met de hoofdovereenkomst is gepland en gesloten, die in wezen in dezelfde bewoordingen is geformuleerd, en waarbij alle uit de hoofdovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen aan KölnMesse zijn overgedragen.

37 Voorts is het KölnMesse die, met het oog op de huur van de op een haar toebehorend stuk grond op te trekken expositiehallen, het betrokken project heeft gepland en uitgevoerd, en uiteindelijk is zij het die de betrokken gebouwen gebruikt en daarvoor de overeengekomen vergoeding betaalt. Dat er tussen KölnMesse en GKM-GbR geen rechtstreekse contractuele verhouding bestaat, is het gevolg van de driehoekstransactie waarvoor uit functioneel oogpunt is gekozen, in het kader waarvan de stad Keulen bij de contractuele verhoudingen tussen deze twee vennootschappen als borg en niet als hoofdelijke schuldenares is betrokken.

38 Bijgevolg had alleen KölnMesse — als eigenlijke contractpartner van GKM-GbR — en niet de stad Keulen moeten worden beoordeeld in het licht van de criteria op basis waarvan wordt bepaald of een instantie, met het oog op de eventuele toepassing van de gemeenschapsregeling inzake overheidsopdrachten, onder het begrip „aanbestedende dienst" valt. Nu het beroep van de Commissie uitsluitend op de stad Keulen betrekking heeft, moet het dus worden verworpen.

39 Wat het juridische karakter van het betrokken project betreft, stelt de Bondsrepubliek Duitsland dat de overeenkomst tussen de stad Keulen en GKM-GbR geen opdracht voor de uitvoering van werken is maar enkel een financiële zekerheid, te weten een overeenkomst die accessoir is aan de tussen GKM-GbR en KölnMesse gesloten hoofdovereenkomst.

40 Bij de juridische kwalificatie van een opdracht bestaande uit meerdere onderdelen die onder verschillende gemeenschapsregelingen inzake overheidsopdrachten kunnen vallen, moet overeenkomstig de rechtspraak van het Hof rekening worden gehouden met het hoofdvoorwerp van de betrokken overeenkomst, en dient dit voorwerp te bestaan in de uitvoering van een werk om te kunnen concluderen dat het om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken gaat. De Bondsrepubliek Duitsland verwijst in dit verband naar het arrest van 19 april 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Jurispr. blz. I-1329). In het onderhavige geval was de uitvoering van een werk evenwel niet het hoofdvoorwerp van de overeenkomsten. Noch de hoofdovereenkomst noch de onderverhuurovereenkomst is immers een „bouwovereenkomst"; formeel en materieel gesproken gaat het in beide gevallen om „verhuurovereenkomsten", in het kader waarvan de andere contractpartij onder bezwarende titel enkel het gebruiksrecht op de betrokken gebouwen krijgt. Uit functioneel oogpunt had de betrokken contractuele regeling, met de inschakeling van de stad Keulen, de financiering van het door KölnMesse ontworpen project tot doel.

41 Dat het hoofdvoorwerp van de betrokken overeenkomst in de verhuur van de betrokken gebouwen bestaat, blijkt verder enerzijds uit de vergelijking tussen de huurkosten over een periode van 30 jaar, namelijk ongeveer 600 miljoen EUR, en de kosten voor de oprichting van die gebouwen, die slechts ongeveer 235 miljoen EUR bedragen, en anderzijds uit het ontbreken in de overeenkomst van een koopoptie of een terugkoopverplichting in verband met die gebouwen voor de stad Keulen of voor KölnMesse bij de afloop van de verhuurovereenkomst. In zoverre draagt GKM-GbR uiteindelijk het economische risico van het betrokken project.

42 Bijgevolg gaat het volgens de Duitse Bondsrepubliek, ongeacht of het hoofdvoorwerp van de hoofdovereenkomst een verhuurdienst dan wel een financieringsdienst betreft, om twee situaties die binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen, waarvan in de onderhavige procedure geen schending is gesteld.

Beoordeling door het Hof

43 Om in de eerste plaats uit te maken wie als contractpartner van GKM-GbR moet worden beschouwd en dus in het licht van de criteria ter definitie van het begrip aanbestedende dienst moet worden beoordeeld, zij vastgesteld dat het beroep van de Commissie betrekking heeft op de „hoofd"verhuurovereenkomst die op 6 augustus 2004 tussen de stad Keulen en GKM-GbR is gesloten.

44 Desondanks betoogt de Bondsrepubliek Duitsland dat bij een functionele beoordeling van het project in zijn geheel KölnMesse de eigenlijke contractpartner van GKM-GbR en op grond van de onderverhuurovereenkomst de werkelijke huurster is. Het zou namelijk KölnMesse zijn die het betrokken project heeft gepland en uitgevoerd, de betrokken gebouwen uiteindelijk gebruikt en als tegenprestatie de overeengekomen vergoeding betaalt.

45 Vaststaat evenwel dat de hoofdovereenkomst van 6 augustus 2004 tussen GKM-GbR en de stad Keulen is gesloten zonder dat KölnMesse wordt vermeld. Er zij ook op gewezen dat de aan de sluiting van die overeenkomst voorafgaande onderhandelingen door de stad Keulen in eigen naam en voor eigen rekening zijn gevoerd. Voorts zijn de gedetailleerde specificaties inzake de uitvoering van de betrokken werken door de stad Keulen in die overeenkomst opgenomen, en is GKM-GbR haar verbintenissen enkel ten aanzien van deze aangegaan. Evenzo zijn de onderhandelingen in het kader van de opstelling van het proces-verbaal van oplevering van de betrokken werken van 30 november 2005 door de stad Keulen gevoerd en is dat proces-verbaal door deze en GKM-GbR ondertekend, zonder enige vermelding van KölnMesse.

46 KölnMesse komt in de contractuele verhouding tussen GKM-GbR en de stad Keulen dus niet voor en mengt zich daar niet in.

47 Aan de vaststelling dat er geen sprake is van een contractuele verhouding tussen KölnMesse en GKM-GbR wordt geen afbreuk gedaan door de overeenkomst inzake de verkoop door Kölnmesse aan GKM-GbR van het stuk grond waarop de betrokken gebouwen zijn opgetrokken. Die overeenkomst is namelijk niet relevant in het kader van het litigieuze project, dat in de bouw en de verhuur van die gebouwen bestaat.

48 Ook de onderverhuurovereenkomst van 11 augustus 2004 en de overeenkomst tot uitvoering daarvan van dezelfde datum kunnen aan die vaststelling niet afdoen, omdat zij enkel de betrekkingen tussen KölnMesse en de stad Keulen regelen en noch op de contractuele verhouding tussen de stad Keulen en GKM-GbR noch op de door hen aangegane wederzijdse verbintenissen van invloed zijn.

49 Relevant is evenmin het feit dat het betrokken project mogelijkerwijs aanvankelijk door KölnMesse is ontworpen, aangezien de met GKM-GbR gesloten hoofdovereenkomst niet op haar betrekking heeft.

50 Irrelevant is evenzeer de overweging dat de betrokken bouwwerken bestemd zijn voor de activiteiten van KölnMesse, die uiteindelijk het gebruiksrecht ervan heeft en daarvoor een maandelijkse vergoeding betaalt (zie in die zin arrest van 18 januari 2007, Auroux e.a., C-220/05, Jurispr. blz. I-385, punten 33, 35 en 42). In deze samenhang zij verder opgemerkt dat blijkens de „letters of intent" van 8 december 2003 en 14 juli 2004, die door de Bondsrepubliek Duitsland niet worden betwist, de stad Keulen zich ertoe heeft verbonden de financiële verantwoordelijkheid voor het betrokken project op zich te nemen voor het geval dat KölnMesse na 2012 niet in staat zou zijn om de huur te betalen.

51 Derhalve verandert een functionele uitlegging van het betrokken project, zoals voorgestaan door de Bondsrepubliek Duitsland, niets aan de vaststelling dat op basis van de hoofdovereenkomst de stad Keulen de enige contractpartner van GKM-GbR is en door GKM-GbR als zodanig wordt beschouwd en aanvaard, en kan deze evenmin ertoe leiden dat KölnMesse in de plaats van de stad Keulen komt bij de nakoming van de contractuele verbintenissen van deze laatste.

52 Bijgevolg moet de conclusie luiden dat in het kader van het betrokken project de enige contractpartner van GKM-GbR de stad Keulen is. Als territoriaal lichaam is de stad Keulen een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37.

53 In de tweede plaats moet worden ingegaan op de vraag van de juridische kwalificatie van het betrokken project teneinde na te gaan of het daarbij om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de gemeenschapsregeling gaat.

54 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat deze juridische kwalificatie volgens de rechtspraak van het Hof onder het gemeenschapsrecht valt en dat de kwalificatie naar nationaal recht in dit verband irrelevant is (zie in die zin arrest Auroux e.a., reeds aangehaald, punt 40, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Ook de kwalificatie van een bepaalde overeenkomst door de contractpartijen is niet doorslaggevend.

55 Voorts zij erop gewezen dat de definitie van het begrip „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 alle verrichtingen omvat waarbij een overeenkomst onder bezwarende titel — ongeacht de formele kwalificatie daarvan — wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een aannemer, die betrekking heeft op de uitvoering door deze aannemer van een „werk" in de zin van artikel 1, sub c, van deze richtlijn. Fundamenteel in dit verband is dat het werk conform de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen wordt uitgevoerd, terwijl niet van belang is welke middelen daarvoor worden gebruikt.

56 Wat het voorwerp van het betrokken project betreft, zij erop gewezen dat de op 6 augustus 2004 tussen de stad Keulen en GKM-GbR gesloten hoofdovereenkomst formeel als een „verhuurovereenkomst" wordt gekwalificeerd en inderdaad bestanddelen van een verhuurovereenkomst bevat. Vastgesteld zij evenwel dat op die datum met de uitvoering van de betrokken bouwwerken nog niet eens was begonnen. Bijgevolg kon het onmiddellijke doel van die overeenkomst niet de verhuur van gebouwen zijn met de oprichting waarvan nog niet was begonnen. Het voornaamste doel van die overeenkomst kon logischerwijs dus enkel de oprichting van die gebouwen

zijn, die later op grond van een als „verhuurovereenkomst" gekwalificeerde contractuele verhouding ter beschikking van de stad Keulen moesten worden gesteld.

57 Conform de rechtspraak van het Hof moet, wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en sommige andere op een ander soort overheidsopdracht, op grond van het hoofdvoorwerp van de overeenkomst worden bepaald welke gemeenschapsregels van toepassing zijn.

58 Vastgesteld zij voorts dat de betrokken werken zijn uitgevoerd overeenkomstig de zeer gedetailleerde specificaties die door de stad Keulen in de hoofdovereenkomst zijn opgegeven. Uit deze overeenkomst en de bijlagen daarbij blijkt dat die specificaties, waarbij een nauwkeurige beschrijving van de op te trekken gebouwen, de kwaliteit en de inrichting daarvan wordt gegeven, veel verder gaan dan de eisen die een huurder gewoonlijk aan een nieuw gebouw van een zekere grootte stelt.

59 Bijgevolg zij geconcludeerd dat het voornaamste doel van de hoofdovereenkomst de bouw van de betrokken expositiehallen conform de door de stad Keulen vastgestelde eisen was. Verder zijn die hallen een „werk" in de zin van artikel 1, sub c, van richtlijn 93/37, aangezien zij bestemd zijn om als zodanig een economische functie te vervullen, en overschrijdt de waarde ervan ruimschoots de in artikel 6 van deze richtlijn voorziene drempel. Voorts is deze overeenkomst onder bezwarende titel gesloten, waarbij GKM-GbR als aanneemster is opgetreden, los van de omstandigheid dat zij het werk door derden heeft laten uitvoeren (zie in die zin arrest van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 90), en is de stad Keulen een aanbestedende dienst. De betrokken overeenkomst moet dus als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 worden gekwalificeerd.

60 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het argument van de Bondsrepubliek Duitsland dat het totale aan GKM-GbR te betalen huurbedrag, dat uiteindelijk

ongeveer 600 miljoen EUR zal belopen, veel hoger is dan de bouwkosten, die circa 235 miljoen EUR bedroegen, wat zou aantonen dat het bestanddeel „dienstverlening" van het betrokken project domineert.

61 Doorslaggevend voor de kwalificatie van een opdracht als de aan de orde zijnde is namelijk het hoofdvoorwerp daarvan, en niet het bedrag van de aan de aannemer te betalen vergoeding of de in dat kader overeengekomen betaalregeling. Voorts kunnen de twee genoemde bedragen in absolute cijfers niet rechtstreeks worden vergeleken, aangezien het bedrag van circa 600 miljoen EUR in maandelijkse, over bijna 30 jaar gespreide betalingen zal worden voldaan, terwijl het bedrag van 235 miljoen EUR overeenkomt met de kosten bij voltooiing van de bouwwerken eind 2005. In werkelijkheid benadert het bedrag van 600 miljoen EUR, omgerekend naar de waarde ten tijde van de voltooiing van de werken, sterk het bedrag van 235 miljoen EUR. Ook al vormde een deel van het genoemde bedrag van 600 miljoen EUR de vergoeding voor het onderdeel „verhuur", dan nog zou dat deel hoe dan ook noodzakelijkerwijs van geringe betekenis zijn en geen invloed kunnen hebben op de kwalificatie van de betrokken opdracht.

62 Voor de kwalificatie van de betrokken opdracht is evenmin relevant dat de hoofdovereenkomst mogelijkerwijs niet voorziet in een optie of verplichting voor de stad Keulen of voor KölnMesse om de opgerichte gebouwen terug te kopen (zie in die zin arrest Auroux, reeds aangehaald, punt 47).

63 Gelet op het voorgaande, moet de conclusie luiden dat de hoofdovereenkomst van 6 augustus 2004, beschouwd in de algemene context van het betrokken project, een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 93/37 is, die conform artikel 7, lid 4, en artikel 11 van die richtlijn had moeten worden aanbesteed. Het beroep van de Commissie moet dus worden toegewezen.

64 Bijgevolg zij vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens artikel 7, lid 4, en artikel 11 van richtlijn 93/37 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen,

doordat de stad Keulen de overeenkomst van 6 augustus 2004 met GKM-GbR heeft gesloten zonder een aanbesteding conform de genoemde bepalingen uit te schrijven.

Kosten

65 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Bondsrepubliek Duitsland in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Vierde kamer) verklaart:

1) **De Bondsrepubliek Duitsland is de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 7, lid 4, en artikel 11 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, doordat de stad Keulen de overeenkomst van 6 augustus 2004 met Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, thans Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, heeft gesloten zonder een aanbesteding conform de genoemde bepalingen uit te schrijven.**

2) **De Bondsrepubliek Duitsland wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen