ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

29 de Outubro de 2009 *

No processo C-536/07,

que tem por objecto uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, entrada em 30 de Novembro de 2007,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por D. Kukovec e R. Sauer, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República Federal da Alemanha, representada por M. Lumma e J. Möller, na qualidade de agentes, assistidos por H.-J. Prieß, Rechtsanwalt, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandada,

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: K. Lenaerts, presidente da Terceira Secção, exercendo funções de presidente da Quarta Secção, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (relator), G. Arestis e J. Malenovský, juízes,

advogada-geral: V. Trstenjak,
secretário: N. Nanchev, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 25 de Março de 2009,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 4 de Junho de 2009,

profere o presente

Acórdão

1 Na petição, a Comissão das Comunidades Europeias pede que o Tribunal de Justiça declare que, tendo a cidade de Colónia celebrado com a Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, actualmente Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (a seguir «GKM-GbR»), em 6 de Agosto de 2004, um contrato intitulado «contrato de locação de um terreno com quatro pavilhões de exposição», sem realizar um concurso à escala europeia, exigido pelas disposições conjugadas do artigo 7.º e do artigo 11.º da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos

processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO L 199, p. 54), a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas disposições.

Regulamentação comunitária

2 O artigo 1.º da Directiva 93/37 dispõe:

«Para efeitos da presente directiva:

a) Os *contratos de empreitada de obras públicas* são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante;

b) São consideradas *entidades adjudicantes* […] as autarquias locais e regionais […];

[…]

c) Entende-se por *obra* o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a preencher, por si mesmo, uma função económica ou técnica;

[…]»

3 O artigo 6.º da mesma directiva prevê:

«1. O disposto na presente directiva é aplicável:

a) Aos contratos de empreitada de obras públicas cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior ao equivalente em ecus a 5 000 000 expresso em direitos de saque especiais (DSE);

[…]»

4 O artigo 7.º, n.os 2 e 3, desta mesma directiva enumera os casos em que as entidades adjudicantes podem adjudicar contratos de empreitada de obras públicas por meio do processo por negociação. Assim, nos termos do n.º 3, alínea b), deste artigo, as entidades adjudicantes podem recorrer a esse processo «em obras cuja execução, por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a protecção de direitos exclusivos, só possa ser confiada a um empreiteiro determinado».

5 Nos termos do n.º 4 do referido artigo 7.º:

«Nos restantes casos, as entidades adjudicantes adjudicarão as suas empreitadas recorrendo a um concurso público ou a um concurso limitado.»

6 O artigo 11.º da Directiva 93/37 enuncia as obrigações de publicidade às quais se encontram sujeitas, nomeadamente, as entidades adjudicantes que devem recorrer ao concurso público ou ao concurso limitado para adjudicar os seus contratos de empreitada de obras públicas.

7 Por último, o artigo 1.º da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO L 209, p. 1), dispõe:

«Para efeitos do disposto na presente directiva:

a) Os *contratos públicos de serviços* são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um prestador de serviços e uma entidade adjudicante, com excepção de:

[…]

iii) contratos de aquisição ou locação, com recurso a quaisquer modalidades financeiras, de terrenos, edifícios existentes ou outros bens imóveis, ou relativos a direitos sobre esses bens; no entanto, serão abrangidos pela presente

directiva os contratos relativos a serviços financeiros celebrados concomitantemente, antes ou depois do contrato de aquisição ou locação, sob qualquer forma,

[…]»

A operação em causa e o procedimento pré-contencioso

8 A KölnMesse GmbH (a seguir «KölnMesse») é uma sociedade de direito privado de que a cidade de Colónia detém 79,02% e o *Land* da Renânia do Norte-Vestfália, 20%, estando os restantes 0,98% repartidos por diversas câmaras e associações. O seu objecto consiste em organizar feiras e exposições para a promoção da indústria, do comércio e do artesanato.

9 Em 18 de Dezembro de 2003, a KölnMesse vendeu à GKM-GbR, sociedade de investimento privada, um terreno para a construção de quatro pavilhões de exposição, pelo montante de 67,4 milhões de euros. No contrato de compra e venda desse terreno, foi integrado um plano de urbanização.

10 Em 6 de Agosto de 2004, a cidade de Colónia e a GKM-GbR celebraram um contrato intitulado «contrato de locação de um terreno com quatro pavilhões de exposição», através do qual a segunda deu de usufruto à primeira, pelo prazo de 30 anos, o referido terreno, bem como os edifícios que deviam ser construídos nesse terreno, mediante o pagamento da renda mensal de 1,725 milhões de euros, estando os treze primeiros meses isentos do pagamento de renda. As partes acordaram designar este contrato como «contrato principal». Nos termos deste mesmo contrato, a GKM-GbR obrigou-se a executar obras de qualidade média, no mínimo, e a pôr essas obras à disposição da cidade de Colónia, em conformidade com as prescrições aí especificadas, relativas às suas dimensões, à sua natureza e ao seu equipamento. Este último estava definido no

processo da licença de construção da cidade de Colónia. Segundo as estimativas da KölnMesse, não contestadas pela Comissão, o custo da execução dessas obras elevou-se a cerca de 235 milhões de euros.

11 Através de um contrato de 11 de Agosto de 2004, intitulado «contrato de sublocação de um terreno com quatro pavilhões de exposição», cujos termos são, em grande medida, idênticos aos do contrato principal, a cidade de Colónia deu de usufruto à KölnMesse os edifícios a construir, descritos no contrato principal. Em 11 e 16 de Agosto de 2004, estas duas entidades celebraram uma convenção, dita «de execução do contrato de sublocação», através da qual a cidade de Colónia deu todos os poderes à KölnMesse para exercer todos os seus direitos e cumprir todas as suas obrigações em relação à GKM-GbR. A cidade de Colónia devia igualmente providenciar no sentido de que a GKM-GbR procedesse à execução completa do contrato principal em colaboração directa com a KölnMesse.

12 As partes acordaram em avaliar a contrapartida devida pela cidade de Colónia à GKM-GbR nos termos do contrato principal, ou seja, as rendas mensais pelo prazo de duração do contrato de 30 anos, no montante total de cerca de 600 milhões de euros.

13 De acordo com as afirmações da República Federal da Alemanha, os pavilhões de exposição foram acabados e entregues à cidade de Colónia, na qualidade de locatária principal, em 1 de Dezembro de 2005.

14 Em 7 de Setembro de 2005, foi apresentada uma denúncia à Comissão, segundo a qual a operação acima descrita constituía um contrato de empreitada de obras públicas adjudicado sem observância das regras comunitárias aplicáveis.

15 Por ofício de 19 de Dezembro de 2005, a Comissão interpelou a República Federal da Alemanha para que apresentasse as suas observações sobre a matéria.

16 Por ofício de 15 de Fevereiro de 2006, a República Federal da Alemanha alegou que a KölnMesse não era uma entidade adjudicante na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37, de modo que a operação em causa não estava abrangida pelo âmbito de aplicação do direito comunitário dos contratos de direito público. A este ofício foi junta uma cópia dos estatutos da KölnMesse.

17 Em 4 de Julho de 2006, a Comissão enviou à República Federal da Alemanha uma notificação para cumprir complementar, na qual pediu que lhe fossem transmitidos os contratos celebrados no âmbito da operação em causa, bem como quaisquer outros documentos e informações pertinentes.

18 Por ofício de 8 de Setembro de 2006, a República Federal da Alemanha manteve a sua posição segundo a qual a operação em causa não estava abrangida pelo âmbito de aplicação do direito comunitário dos contratos de direito público e transmitiu à Comissão, sem os respectivos anexos, os contratos mencionados nos n.os 10 e 11 do presente acórdão.

19 Por ofício de 18 de Outubro de 2006, a Comissão enviou à República Federal da Alemanha um parecer fundamentado em que a convidava a dar cumprimento às suas obrigações decorrentes das regras comunitárias em matéria de contratos de direito público, no prazo de dois meses a contar da recepção do referido parecer.

20 Por ofício de 12 de Dezembro de 2006, a República Federal da Alemanha contestou novamente a existência de uma infracção ao direito comunitário dos contratos de direito público, sustentando, além disso, que, de qualquer forma, o processo por incumprimento não era admissível pelo facto de, em 1 de Dezembro de 2005, ou seja, ainda antes do envio da notificação para cumprir, a construção dos pavilhões de exposição estar concluída e estes terem sido entregues à cidade de Colónia.

21 Na sequência desta tomada de posição, a Comissão decidiu intentar a presente acção.

Quanto à acção

Quanto à admissibilidade

22 A República Federal da Alemanha arguiu uma excepção de inadmissibilidade baseada no facto de o contrato em causa, quando expirou o prazo fixado no parecer fundamentado, em 18 de Dezembro de 2006, ter já esgotado todos os seus efeitos, na medida em que a execução das obras objecto da acção estava já concluída há muito. A República Federal da Alemanha remete, a este respeito, para um protocolo de entrega («Übernahmeprotokoll») redigido depois de três dias de negociações, em 30 de Novembro de 2005, ou seja, ainda antes da notificação para cumprir, entre a cidade de Colónia e a GKM-GbR, que demonstra que as obras em causa foram devidamente entregues, nessa data, pela segunda e aceites pela primeira. Essas obras foram utilizadas, além disso, em conformidade com o respectivo destino, desde Janeiro de 2006. Com efeito, em 16 de Janeiro de 2006, teve lugar, nos locais em causa, a inauguração oficial da feira internacional do móvel.

23 A este respeito, recorde-se que, de acordo com a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça em matéria de contratos de direito público, uma acção por incumprimento é inadmissível se, à data do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, tiverem já cessado todos os efeitos do contrato em questão (v., entre outros, acórdãos de 2 de Junho de 2005, Comissão/Grécia, C-394/02, Colect., p. I-4713, n.º 18 e jurisprudência aí referida, e de 11 de Outubro de 2007, Comissão/Grécia, C-237/05, Colect., p. I-8203, n.º 29).

24 No caso em apreço, há que verificar, portanto, se, à data do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, em 18 de Dezembro de 2006, o contrato em questão estava,

pelo menos parcialmente, a ser executado, ou se, pelo contrário, esse contrato já estava totalmente cumprido, de modo que tinha esgotado todos os seus efeitos.

25 Pelos termos «contrato em questão» ou, de acordo com outra formulação usada pela jurisprudência, «concurso em causa» (v., por exemplo, acórdão de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha, C-20/01 e C-28/01, Colect., p. I-3609, n.º 33 e jurisprudência aí referida), o Tribunal de Justiça refere-se à operação no seu todo, inserida no seu contexto geral e em função das suas características de fundo.

26 No caso vertente, é ponto assente que a operação que liga a cidade de Colónia à GKM-GbR e à KölnMesse tinha por objectivo final pôr à disposição desta última sociedade, de que a cidade de Colónia detém a grande maioria das participações, por um longo período, pavilhões de exposição que seriam construídos pela GKM-GbR. Paralelamente, a cidade de Colónia obrigou-se, por contrato de locação, a pagar mensalmente à GKM-GbR uma determinada quantia em dinheiro a título de renda, servindo estas transferências de fundos, na realidade, para o financiamento da execução das obras em questão, como, aliás, admitiu a República Federal da Alemanha.

27 A finalidade e as modalidades de execução desta operação resultam, nomeadamente, do contrato de locação, dito «principal», celebrado em 6 de Agosto de 2004, através do qual a GKM-GbR se obrigou a construir edifícios em conformidade com as prescrições detalhadas da cidade de Colónia, com vista à respectiva locação, bem como do contrato de sublocação e da «convenção de execução do contrato de sublocação», através dos quais a cidade de Colónia deu de usufruto à KölnMesse os edifícios que deviam ser construídos.

28 A operação em causa compreende, assim, uma vertente correspondente à «construção» e uma vertente correspondente à «locação» ou ao «financiamento». A este respeito, independentemente das questões de saber qual é o elemento preponderante ou o objectivo principal dessa operação e se a cidade de Colónia agiu simplesmente enquanto garante em relação à GKM-GbR, cuja apreciação é uma questão de fundo, há que referir que essas diferentes vertentes da referida operação formam um todo indissociável. Com efeito, a construção das obras, tal como foi concebida e executada, não teria tido razão de ser se não fosse o contrato de locação, e este último não podia ter tido uma existência autónoma se não fosse a futura realização das obras, tal como foi prevista no referido contrato. Assim, não pode ser acolhido o entendimento da

República Federal da Alemanha, segundo o qual o contrato principal compreende partes pertinentes e partes não pertinentes ou neutras em relação à presente acção.

29 Por conseguinte, a operação em causa deve ser considerada no seu todo e em função de todos os seus parâmetros e componentes, para efeitos da apreciação da admissibilidade da acção.

30 Assim, o contrato em causa, ou seja, a operação em causa considerada no seu todo, não tinha esgotado todos os seus efeitos à data do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, pelo facto de a construção dos edifícios em questão já estar concluída. Com efeito, a vertente dessa operação correspondente à «locação» continuava a produzir os respectivos efeitos nessa data.

31 Resulta das considerações que precedem que a acção da Comissão é admissível.

Quanto ao mérito

Argumentos das partes

32 A Comissão alega que, entre a KölnMesse e a GKM-GbR, não há nenhuma relação contratual, nenhum direito nem nenhuma obrigação. Na opinião da Comissão, a entidade que entra em linha de conta no caso concreto, enquanto co-contratante da GKM-GbR, é unicamente a cidade de Colónia. Com efeito, nos termos do contrato principal, só esta última assumiu as verdadeiras obrigações em relação à GKM-

GbR. Por outro lado, a KölnMesse não podia ter executado o projecto de construção em causa sem a intervenção da cidade de Colónia, e a GKM-GbR não teria aceitado realizar o referido projecto sem a cobertura financeira desta última. Além disso, a KölnMesse não se constituiu devedora da GKM-GbR.

33 No que diz respeito à natureza jurídica da operação em causa, a Comissão sustenta que se trata de um contrato de empreitada de obras públicas. Com efeito, salienta, em primeiro lugar, que a cidade de Colónia, entidade adjudicante enquanto autarquia local, celebrou um contrato escrito, a título oneroso, com a GKM-GbR, agindo na qualidade de empreiteiro, para a realização, por esta última, de obras de um valor muito superior ao limite previsto nas regras comunitárias, que deviam ser postas à disposição da entidade adjudicante. Em segundo lugar, no que diz respeito ao objecto da operação, a realização das obras em questão, que se destinavam exclusivamente à organização de feiras, não resultou da iniciativa própria da GKM-GbR. Decorre igualmente do contrato principal que essas obras foram executadas em conformidade com as especificações detalhadas impostas pela cidade de Colónia, não constituindo estas uma simples descrição do equipamento no âmbito de um contrato de locação. Por conseguinte, está em causa, no caso concreto, a realização de obras que satisfaçam as necessidades indicadas pela entidade adjudicante, na acepção do artigo 1.º, alínea a), parte final da frase, da Directiva 93/37.

34 A Comissão alega que esta conclusão não é infirmada pelo facto de o contrato principal conter igualmente elementos próprios de um contrato de locação, como a concessão do usufruto das obras mediante o pagamento de prestações que constituem a remuneração da construção dessas obras. Com efeito, não se pode fazer a distinção entre a vertente do contrato correspondente às «obras» e a vertente do mesmo contrato correspondente à «locação» ou ao «financiamento», no sentido de que a primeira vertente seria abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 93/37 e a segunda, enquanto prestação de serviços, da Directiva 92/50. De qualquer forma, a Comissão recorda que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, é o objecto principal do contrato que determina a sua qualificação, e este objecto principal é, no caso, a realização de uma obra.

35 A Comissão salienta, por último, que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a questão de saber se a própria cidade de Colónia tinha a intenção de utilizar a obra a construir ou se tencionava pô-la à disposição de um terceiro não é pertinente

para a qualificação da operação em causa como empreitada de obras públicas, e também não é pertinente a questão de saber se será proprietária do terreno e dos pavilhões de exposição quando expirar o contrato principal. A Comissão conclui que a cidade de Colónia devia, portanto, ter organizado um concurso para a adjudicação do contrato em causa, nos termos do disposto nos artigos 7.º, n.º 4, e 11.º da Directiva 93/37.

36 A República Federal da Alemanha responde que a única entidade que entra em linha de conta, no caso vertente, enquanto co-contratante da GKM-GbR, é a KölnMesse, na medida em que, na realidade, são estas duas sociedades que estão vinculadas pela relação contratual principal. Com efeito, no âmbito de uma apreciação funcional de toda a situação, só a KölnMesse é locatária e a GKM-GbR locadora, nos termos do contrato de sublocação, o qual foi previsto e celebrado ao mesmo tempo que o contrato principal e tem uma redacção que, no essencial, é idêntica à do contrato principal, e através do qual todos os direitos e obrigações decorrentes do contrato principal foram transferidos para a KölnMesse.

37 Além disso, foi a KölnMesse que, com o objectivo de tomar de locação os pavilhões de exposição que deviam ser erigidos num terreno que lhe pertencia, planeou e executou a operação em causa, e é ela que, em última análise, pode usufruir das obras em questão e que, para o efeito, paga a remuneração acordada. A falta de vínculos contratuais directos entre a KölnMesse e a GKM-GbR resulta da operação triangular pela qual se optou do ponto de vista funcional, tendo a cidade de Colónia sido integrada nas relações contratuais entre as duas primeiras entidades, enquanto garante e não enquanto devedora solidária.

38 A República Federal da Alemanha considera, por conseguinte, que só a KölnMesse, enquanto verdadeira co-contratante da GKM-GbR, devia ter sido analisada na perspectiva dos critérios em função dos quais se determina se uma entidade é abrangida pelo conceito de entidade adjudicante, para efeitos da eventual aplicação das regras comunitárias em matéria de contratos de direito público, e não a cidade de Colónia. A acção da Comissão, uma vez que apenas visa esta última, deve, consequentemente, ser julgada improcedente.

39 No que diz respeito à natureza jurídica da operação em causa, a República Federal da Alemanha sustenta que o contrato celebrado entre a cidade de Colónia e a GKM-GbR não é um contrato de empreitada de obras públicas, mas apenas uma garantia financeira, que consiste numa convenção acessória da convenção principal celebrada entre a GKM-GbR e a KölnMesse.

40 Para a qualificação jurídica de um contrato composto de várias vertentes que podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação de diferentes regras comunitárias em matéria de contratos de direito público, há que levar em conta, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o objecto principal do contrato em causa, e este objecto deve consistir na execução de uma obra, para que se possa considerar que se trata de um contrato de empreitada de obras públicas. Esse Estado-Membro baseia-se, a este respeito, no acórdão de 19 de Abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Colect., p. I-1329). Ora, no caso em apreço, na opinião da República Federal da Alemanha, a execução de uma obra não era o objecto principal dos contratos. Com efeito, nem o contrato principal nem o contrato de sublocação são «contratos de construção», mas sim, formal e materialmente, «contratos de locação», no âmbito dos quais o co-contratante obtém unicamente, a título oneroso, o direito de usufruir dos edifícios em causa. De um ponto de vista funcional, a construção contratual em causa, com a intervenção da cidade de Colónia, destina-se a financiar o projecto concebido pela KölnMesse.

41 O facto de o objecto principal do contrato em causa consistir na locação dos edifícios em questão é igualmente demonstrado, por um lado, pela comparação entre o custo da locação pelo prazo de 30 anos, ou seja, cerca de 600 milhões de euros, e o custo da construção desses edifícios, que apenas se eleva a cerca de 235 milhões de euros, e, por outro, pela inexistência de uma cláusula contratual relativa a uma opção de compra ou a uma obrigação de reaquisição dos referidos edifícios pela cidade de Colónia ou pela KölnMesse, no termo da locação. Nesta medida, a GKM-GbR suporta, em última análise, o risco económico da operação em causa.

42 Por conseguinte, na opinião da República Federal da Alemanha, independentemente de o objecto principal do contrato principal ser um serviço de locação ou um serviço de financiamento, ambas as situações são abrangidas pelo âmbito de aplicação da Directiva 92/50, cuja violação eventual não é objecto do presente processo.

Apreciação do Tribunal de Justiça

43 Para determinar, em primeiro lugar, que entidade deve ser considerada co-contratante da GKM-GbR e, assim, ser analisada à luz dos critérios que definem o conceito de entidade adjudicante, há que referir que a acção da Comissão tem por objecto o contrato de locação, dito «principal», celebrado em 6 de Agosto de 2004 entre a cidade de Colónia e a GKM-GbR.

44 Não obstante, a República Federal da Alemanha alega que, na perspectiva de uma apreciação funcional da operação no seu todo, a KölnMesse é a verdadeira co-contratante da GKM-GbR e a verdadeira locatária, por efeito do contrato de sublocação. Com efeito, foi a KölnMesse que planeou e executou a operação em causa, usufrui, em última análise, das obras em questão e paga, em contrapartida, a remuneração acordada.

45 No entanto, é facto assente que o contrato principal de 6 de Agosto de 2004 foi celebrado entre a GKM-GbR e a cidade de Colónia, sem nenhuma menção da KölnMesse. Importa salientar igualmente que as negociações para a conclusão do referido contrato foram conduzidas pela cidade de Colónia, em seu nome e por sua própria conta. Além disso, as especificações detalhadas relativas à realização das obras em questão foram incorporadas nesse contrato pela cidade de Colónia e foi unicamente em relação a esta cidade que a GKM-GbR assumiu as suas obrigações. De igual modo, as negociações que levaram à redacção do protocolo de entrega das obras em causa, de 30 de Novembro de 2005, foram conduzidas pela cidade de Colónia e esse protocolo foi assinado por esta e pela GKM-GbR, sem que a KölnMesse fosse mencionada.

46 Assim, a KölnMesse não aparece nem intervém de maneira nenhuma nas relações contratuais entre a GKM-GbR e a cidade de Colónia.

47 A constatação de que não há nenhuma relação contratual entre a KölnMesse e a GKM-GbR não é posta em causa pelo contrato de venda, pela primeira à segunda, do terreno em que foram construídos os edifícios em questão. Esse contrato, com efeito, não é pertinente no âmbito da operação em causa, que consiste na construção e na locação desses edifícios.

48 De igual modo, o contrato de sublocação de 11 de Agosto de 2004 e a convenção de execução do referido contrato, da mesma data, não infirmam a conclusão precedente, na medida em que dizem unicamente respeito às relações entre a KölnMesse e a cidade de Colónia, e em nada influem nas relações contratuais entre esta última e a GKM-GbR, nem nas obrigações recíprocas por elas assumidas.

49 Também não é pertinente o facto de, eventualmente, a concepção da operação em causa ser inicialmente da KölnMesse, na medida em que esta não é visada em nenhum aspecto pelo contrato principal celebrado com a GKM-GbR.

50 Também não tem pertinência o facto de as obras em questão se destinarem a servir as actividades da KölnMesse, que, em última análise, usufrui delas e paga, por isso, uma contrapartida mensal (v., neste sentido, acórdão de 18 de Janeiro de 2007, Auroux e o., C-220/05, Colect., p. I-385, n.os 33, 35 e 42). Aliás, há que salientar, neste contexto, que resulta dos documentos intitulados «declaração de intenção» de 8 de Dezembro de 2003 e de 14 de Julho de 2004, não impugnados pela República Federal da Alemanha, que a cidade de Colónia se obrigou a assumir o encargo financeiro da operação em causa, no caso de, depois de 2012, a KölnMesse não poder suportar o custo das rendas.

51 Por conseguinte, uma interpretação funcional da operação em causa, como a que é preconizada pela República Federal da Alemanha, não põe em causa a constatação de que, com base no contrato principal, a cidade de Colónia é o único co-contratante da GKM-GbR, considerada e aceite enquanto tal por esta última, nem pode levar a substituir a cidade de Colónia pela KölnMesse na execução das respectivas obrigações contratuais.

52 Assim, há que concluir que, no âmbito da operação em causa, o único co-contratante da GKM-GbR é a cidade de Colónia. Enquanto autarquia local, esta é uma entidade adjudicante, na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37.

53 Em segundo lugar, há que abordar a questão da qualificação jurídica da operação em causa, para verificar se constitui um contrato de empreitada de obras públicas, na acepção da regulamentação comunitária.

54 A este respeito, importa começar por recordar que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, essa qualificação jurídica é uma questão do domínio do direito comunitário e que a qualificação dada pelo direito nacional não é pertinente para este efeito (v., neste sentido, acórdão Auroux e o., já referido, n.º 40 e jurisprudência aí referida). De igual modo, a qualificação de um dado contrato pelos respectivos contraentes também não é determinante.

55 Há que salientar, em seguida, que a definição do conceito de «contrato de empreitada de obras públicas», contida no artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37, contempla todas as operações em que um contrato oneroso, independentemente da sua qualificação formal, é celebrado entre uma entidade adjudicante e um empreiteiro, e tem por objecto a execução, por este último, de uma «obra», na acepção do artigo 1.º, alínea c), da mesma directiva. O critério essencial, a este respeito, é o que consiste no facto de essa obra ser executada de acordo com as necessidades indicadas pela entidade adjudicante, sendo indiferentes os meios utilizados para essa execução.

56 No que diz respeito ao objecto da operação em causa, há que salientar que o contrato principal, celebrado em 6 de Agosto de 2004 entre a cidade de Colónia e a GKM-GbR, foi formalmente qualificado como «contrato de locação» e contém efectivamente elementos típicos dos contratos de locação. Todavia, não se pode deixar de referir que, nessa data, a construção dos edifícios em questão não tinha sequer começado. Por conseguinte, esse contrato não podia ter por objecto imediato a locação de imóveis cuja construção ainda não tinha começado. Assim, o objectivo prioritário desse contrato só podia ser, logicamente, a construção dos referidos edifícios, que deviam, em seguida,

ser postos à disposição da cidade de Colónia por meio de uma relação contratual qualificada como «contrato de locação».

57 Ora, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, quando um contrato contém simultaneamente elementos de um contrato de empreitada de obras públicas e elementos de outro tipo de contrato público, é o objecto principal do contrato que determina as regras comunitárias aplicáveis.

58 Há também que referir que as obras em causa foram executadas em conformidade com as especificações muito detalhadas explicitadas pela cidade de Colónia no contrato principal. Decorre deste contrato e dos respectivos anexos que as referidas especificações, que consistem numa descrição precisa dos edifícios a construir, da sua qualidade e dos seus equipamentos, vão muito além das exigências habituais de um locatário em relação a um imóvel novo de uma certa envergadura.

59 Consequentemente, não se pode deixar de concluir que o contrato principal tinha por objectivo primeiro a edificação dos pavilhões de exposição em questão, em conformidade com as necessidades especificadas pela cidade de Colónia. Além disso, os referidos pavilhões são uma «obra», na acepção do artigo 1.º, alínea c), da Directiva 93/37, na medida em que se destinam a desempenhar, em si mesmos, uma função económica, e o seu valor é muito superior ao limite previsto no artigo 6.º da mesma directiva. Acresce que este contrato foi celebrado a título oneroso, tendo a GKM-GbR agido na qualidade de empreiteiro, independentemente da circunstância de ter recorrido a uma subempreitada para a execução dessa obra (v., neste sentido, acórdão de 12 de Julho de 2001, Ordine degli Architetti e o., C-399/98, Colect., p. I-5409, n.º 90), e a cidade de Colónia é uma entidade adjudicante. O referido contrato deve ser qualificado, por conseguinte, como contrato de empreitada de obras públicas, na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37.

60 Esta conclusão não é posta em causa pelo argumento da República Federal da Alemanha relativo ao facto de o montante total que deve ser pago à GKM-GbR pelas rendas, que ascende a cerca de 600 milhões de euros, ser muito superior ao custo da

construção dos edifícios, que ascende a cerca de 235 milhões de euros, o que prova, segundo esse Estado-Membro, que o elemento «serviços» da operação em causa é preponderante.

61 Com efeito, o elemento determinante para a qualificação de um contrato de direito público como o que está em causa é o seu objecto principal, e não o montante da remuneração do empreiteiro ou as modalidades de pagamento da mesma. Além disso, não é possível uma comparação directa entre os dois referidos montantes, considerados em termos absolutos, na medida em que o montante aproximativo de 600 milhões de euros será pago em prestações mensais, por um período de cerca de 30 anos, ao passo que o montante de 235 milhões de euros corresponde ao valor do custo das obras quando ficaram concluídas no fim do ano de 2005. Na realidade, o montante de 600 milhões de euros, enquanto valor actualizado no momento em que as obras ficaram concluídas, aproxima-se consideravelmente do montante de 235 milhões de euros. De qualquer forma, mesmo que uma parcela do referido montante de 600 milhões de euros representasse a remuneração de um elemento próprio da locação, esta parcela seria necessariamente pouco significativa e não poderia influir na qualificação do contrato público em causa.

62 De igual modo, não é pertinente, para efeitos da qualificação do contrato em causa, o facto de o contrato principal não prever, eventualmente, uma opção ou uma obrigação de reaquisição, pela cidade de Colónia ou pela KölnMesse, dos edifícios construídos (v., neste sentido, acórdão Auroux, já referido, n.º 47).

63 Face ao exposto, há que concluir que o contrato principal de 6 de Agosto de 2004, considerado no contexto geral da operação em causa, é uma empreitada de obras públicas, na acepção do artigo 1.º, alínea a), da Directiva 93/37, que devia ter sido adjudicada em conformidade com o disposto nos artigos 7.º, n.º 4, e 11.º da mesma directiva. Por conseguinte, a acção da Comissão deve ser julgada procedente.

64 Consequentemente, há que declarar que, tendo a cidade de Colónia celebrado com a GKM-GbR o contrato de 6 de Agosto de 2004, sem realizar um concurso para a

respectiva adjudicação, exigido pelas disposições dos artigos 7.º, n.º 4, e 11.º da Directiva 93/37, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas disposições.

Quanto às despesas

65 Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Federal da Alemanha e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) decide:

1) **Tendo a cidade de Colónia celebrado com a Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, actualmente Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, o contrato de 6 de Agosto de 2004, sem realizar um concurso para a respectiva adjudicação, exigido pelas disposições dos artigos 7.º, n.º 4, e 11.º da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força das referidas disposições.**

2) **A República Federal da Alemanha é condenada nas despesas.**

Assinaturas