DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 29 oktober 2009 *

I mål C-536/07,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 30 november 2007,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av D. Kukovec och R. Sauer, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av M. Lumma och J. Möller, båda i egenskap av ombud, biträdda av H.-J. Prieß, Rechtsanwalt, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden på tredje avdelningen K. Lenaerts, tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen, samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent), G. Arestis och J. Malenovský,

generaladvokat: V. Trstenjak,
justitiesekreterare: handläggaren N. Nanchev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 25 mars 2009,

och efter att den 4 juni 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 7 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54), jämförd med artikel 11 i samma direktiv, genom att staden Köln den 6 augusti 2004 ingick ett avtal med Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, nu Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (nedan kallat GKM-GbR), med

rubriken ”Hyresavtal för en fastighet med fyra mässhallar” utan att tillämpa ett offentligt upphandlingsförfarande på europeisk nivå enligt nämnda gemenskapsbestämmelser.

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

2 I artikel 1 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) ’Offentliga byggentreprenadkontrakt’: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor vilka ingås mellan en leverantör och en nedan under b angiven upphandlande myndighet som avser utförande eller både utförande och projektering av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 2 eller av ett sådant byggnadsverk som anges nedan under c, eller uppförande, oavsett på vilket sätt, av ett byggnadsverk enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

b) ’Upphandlande myndigheter’: … regionala eller lokala myndigheter …

…

c) ’Byggnadsverk’: det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en ekonomisk eller teknisk funktion.

…”

3 I artikel 6 i samma direktiv stadgas följande:

”1. Det här direktivet gäller för

a) offentliga byggentreprenadskontrakt med ett uppskattat värde, exklusive mervärdesskatt, som uppgår till minst 5 000 000 särskilda dragningsrätter (SDR) i ecu.

…”

4 I artikel 7.2 och 7.3 i direktivet räknas de fall upp då de upphandlande myndigheterna får upphandla byggentreprenader genom förhandlat förfarande. Enligt artikel 7.3 b får de upphandlande myndigheterna tillämpa ett sådant förfarande om ”det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör”.

5 Enligt artikel 7.4 i direktivet gäller följande:

”I alla andra fall ska de upphandlande myndigheterna tilldela byggentreprenadkontrakt genom öppet förfarande eller selektivt förfarande.”

6 I artikel 11 i direktiv 93/37 anges de regler för publicering som de upphandlande myndigheterna måste följa om de tilldelar byggentreprenadkontrakt genom det öppna eller det selektiva förfarandet.

7 Slutligen stadgas följande i artikel 1 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139):

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) offentliga tjänsteavtal: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet, med undantag av

…

iii) kontrakt avseende förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan (dock

skall varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter förvärvs- eller hyreskontraktet omfattas av detta direktiv),

…”

Den omtvistade transaktionen och det administrativa förfarandet

8 KölnMesse GmbH (nedan kallat KölnMesse) är ett privaträttsligt bolag som till 79,02 procent ägs av staden Köln och till 20 procent av delstaten Nordrhein-Westfalen. Resterande 0,98 procent är fördelade mellan olika handelskammare och sammanslutningar. Bolagets syfte är att organisera mässor och utställningar för att främja industri, handel och hantverk.

9 Den 18 december 2003 sålde KölnMesse, för ett belopp på 67,4 miljoner euro, en fastighet till det privata investmentbolaget GKM-GbR för uppförande av fyra mässhallar. En stadsplan infogades i köpekontraktet för fastigheten.

10 Den 6 augusti 2004 ingick staden Köln och GKM-GbR ett avtal med rubriken ”Hyresavtal avseende en fastighet med fyra mässhallar”. Genom detta avtal upplät GKM-GbR nyttjanderätten till marken och till de byggnader som skulle uppföras där till staden Köln för en period på 30 år mot en hyra på 1,725 miljoner euro per månad, med undantag för 13 hyresfria månader inledningsvis. Parterna är ense om att beteckna detta avtal som ”huvudkontraktet”. Enligt detta åtog sig GKM-GbR att uppföra byggnadsverk av åtminstone normalstandard och ställa dessa till staden Kölns förfogande enligt givna anvisningar beträffande storlek, typ och egenskaper. Egen-

skaperna specificerades i staden Kölns bygglovshandlingar. Enligt KölnMesses bedömning, som kommissionen inte bestritt, uppgick byggkostnaderna till ungefär 235 miljoner euro.

11 Genom avtal av den 11 augusti 2004 med rubriken ”Avtal om sublokation av mark med fyra mässhallar” och i stort sett samma villkor som huvudkontraktet, upplät staden Köln nyttjanderätten till de byggnader som skulle uppföras enligt huvudkontraktet till KölnMesse. Den 11 och den 16 augusti 2004 ingick dessa båda parter en överenskommelse kallad ”Överenskommelse om fullgörande av sublokationsavtalet”, där staden Köln gav KölnMesse fulla befogenheter att utöva samtliga dess rättigheter och uppfylla samtliga dess skyldigheter i förhållande till GKM-GbR. Staden Köln skulle även se till att GKM-GbR fullgjorde huvudkontraktet fullt ut, i direkt samarbete med KölnMesse.

12 Parterna är överens om att den motprestation som staden Köln är skyldig GKM-GbR enligt huvudkontraktet, det vill säga månadshyrorna under de 30 år som kontraktet löper, kan uppskattas till ungefär 600 miljoner euro.

13 Enligt Förbundsrepubliken Tyskland hade mässhallarna den 1 december 2005 uppförts och ställts till förstahandshyresgästen staden Kölns förfogande.

14 Den 7 september 2005 mottog kommissionen ett klagomål om att den ovan beskrivna transaktionen utgjorde ett offentligt byggentreprenadkontrakt och att detta hade tilldelats på ett sätt som stred mot tillämpliga gemenskapsbestämmelser.

15 Genom en formell underrättelse av den 19 december 2005 förelade kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland att yttra sig i frågan.

16 I skrivelse av den 15 februari 2006 gjorde Förbundsrepubliken Tyskland gällande att KölnMesse inte är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37 och att den aktuella transaktionen därför inte omfattas av gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling. Till denna skrivelse bifogades en kopia av KölnMesses bolagsordning.

17 Den 4 juli 2006 tillställde kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland en kompletterande formell underrättelse, där den begärde att få in de avtal som hade ingåtts inom ramen för den omtvistade transaktionen jämte alla andra relevanta handlingar och upplysningar.

18 I skrivelse av den 8 september 2006 vidhöll Förbundsrepubliken Tyskland sin inställning att den omtvistade transaktionen inte omfattades av gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling och översände de kontrakt som nämns ovan i punkterna 10 och 11 i förevarande dom till kommissionen, utan bilagor, liksom ”överenskommelsen om fullgörande av sublokationsavtalet” mellan staden Köln och KölnMesse.

19 Den 18 oktober 2006 tillställde kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland ett motiverat yttrande, där den uppmanade medlemsstaten att uppfylla sina skyldigheter enligt gemenskapens bestämmelser om offentlig upphandling inom två månader från det att denna mottagit yttrandet.

20 Genom skrivelse av den 12 december 2006 bestred Förbundsrepubliken Tyskland på nytt att gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling hade åsidosatts och tillade att fördragsbrottsförfarandet i alla händelser inte kunde tas upp till sakprövning i domstol, eftersom mässhallarna hade uppförts och ställts till staden Kölns förfogande den 1 december 2005, det vill säga redan innan den formella underrättelsen sändes ut.

21 Kommissionen beslutade mot bakgrund av medlemsstatens inställning i frågan att väcka förevarande talan.

Talan

Upptagande till sakprövning

22 Förbundsrepubliken Tyskland har framställt en invändning om rättegångshinder och har till stöd för denna anfört att verkan av kontraktet redan hade upphört när fristen i det motiverade yttrandet löpte ut, den 18 december 2006. Vid den tidpunkten var nämligen de berörda byggnadsverken uppförda sedan länge. Förbundsrepubliken Tyskland har därvid hänvisat till ett protokoll om övertagande (Übernahmeprotokoll), som upprättades den 30 november 2005, alltså till och med innan den formella underrättelsen sändes ut, efter tre dagars förhandlingar mellan staden Köln och GKM-GbR. Detta protokoll sägs visa att bolaget i tillbörlig ordning hade tillhandahållit de aktuella byggnadsverken den dagen och att staden Köln hade godtagit dessa. Byggnadsverken påstås för övrigt ha använts för sitt avsedda ändamål sedan januari 2006. Den 16 januari 2006 ska den officiella invigningen av den internationella möbelmässan ha ägt rum i de berörda lokalerna.

23 Domstolen erinrar om att enligt fast rättspraxis på området för offentlig upphandling kan en fördragsbrottstalan inte tas upp till sakprövning om verkan av det aktuella avtalet redan har upphört vid utgången av den frist som angetts i det motiverade yttrandet (se dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland, REG 2005, s. I-4713, punkt 18 och där angiven rättspraxis, och av den 11 oktober 2007 i mål C-237/05, kommissionen mot Grekland, REG 2007, s. I-8203, punkt 29).

24 I detta fall ska det således prövas om det aktuella avtalet åtminstone delvis fortfarande gällde när fristen i det motiverade yttrande löpte ut, det vill säga den 18 december 2006,

eller om det tvärtom redan hade utförts helt och verkan av kontraktet därmed hade upphört.

25 Med ”det aktuella avtalet” eller, med en annan formulering som använts i rättspraxis, ”den omtvistade upphandlingen”[*] (se exempelvis dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003, s. I-3609, punkt 33 och där angiven rättspraxis) avser domstolen den berörda transaktionen i sin helhet, sedd i sitt allmänna sammanhang och utifrån dess faktiska egenskaper. [* Denna specifika formulering används dock inte i den svenska versionen av den dom som domstolen hänvisar till här, eftersom satsen där utformats på ett annorlunda sätt. Övers. anm.]

26 I förevarande fall är det ostridigt att den transaktion som förband staden Köln med GKM-GbR och med KölnMesse hade som slutmål att åt sistnämnda bolag, som med bred majoritet ägs av staden Köln, under en längre tidsperiod tillhandahålla mässhallar som skulle uppföras av GKM-GbR. Samtidigt åtog sig staden Köln genom ett hyresavtal att månatligen betala ett visst belopp i hyra till GKM-GbR. Dessa överföringar av medel utgjorde i realiteten finansieringen av uppförandet av de aktuella byggnadsverken, vilket Förbundsrepubliken Tyskland också har medgett.

27 Syftet med och tillvägagångssättet för att genomföra denna transaktion framgår bland annat av det så kallade huvudkontraktet, som ingicks den 6 augusti 2004, där GKM-GbR åtog sig att uppföra byggnadsverk enligt staden Kölns detaljerade anvisningar i avsikt att hyra ut dessa byggnader, och av sublokationsavtalet och ”överenskommelsen om utförande av sublokationsavtalet”, där staden Köln upplät nyttjanderätten till de byggnader som skulle uppföras till KölnMesse.

28 Den aktuella transaktionen innefattar alltså en del som rör ”byggnation” och en del som rör ”uthyrning” eller ”finansiering”. Oberoende av vilken del som väger tyngst eller vad huvudsyftet med transaktionen är och huruvida staden Köln endast handlat i egenskap av garant i förhållande till GKM-GbR, vilket är frågor som ingår i sakprövningen, kan det konstateras att dessa olika delar av transaktionen utgör en odelbar helhet. Uppförandet av byggnaderna, såsom planerat och genomfört, skulle inte ha något syfte om det inte var för hyresavtalet, och hyresavtalet hade inte kunnat existera fristående utan att byggnaderna faktiskt kom att uppföras i enlighet med det avtalet. Förbunds-

republiken Tysklands ståndpunkt att huvudkontraktet innehåller vissa delar som är relevanta och vissa som inte är relevanta för förevarande talan kan således inte godtas.

29 Den aktuella transaktionen ska följaktligen betraktas som en helhet och utifrån samtliga dess parametrar och beståndsdelar när frågan om upptagande till sakprövning bedöms.

30 Verkan av det aktuella avtalet, det vill säga den omtvistade transaktionen i sin helhet, hade således inte upphört vid utgången av den frist som angetts i det motiverade yttrandet, enbart av den anledningen att byggnaderna i fråga hade uppförts. ”Hyresdelen” av transaktionen hade nämligen fortfarande verkan vid den tidpunkten.

31 Av ovan anförda överväganden följer att kommissionens talan kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

Parternas argument

32 Kommissionen har gjort gällande att det inte föreligger något avtalsförhållande mellan KölnMesse och GKM-GbR och att dessa varken har några rättigheter eller skyldigheter gentemot varandra. Enligt kommissionen är GKM-GbR:s enda avtalspart staden Köln. Enligt huvudkontraktet är det endast staden Köln som har åtagit sig några faktiska

förpliktelser gentemot GKM-GbR. Vidare hade KölnMesse inte kunnat sätta ett sådant byggprojekt i verket utan staden Kölns medverkan, och GKM-GbR hade inte gått med på att genomföra projektet utan stadens finansiella garantier. KölnMesse blev inte heller gäldenär till GKM-GbR.

33 Vad gäller transaktionens rättsliga karaktär, har kommissionen hävdat att den utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Den har för det första anfört att staden Köln, som i egenskap av lokal myndighet är en upphandlande myndighet, skriftligen ingått ett avtal med ekonomiska villkor med GKM-GbR, som uppträdde som uppdragstagare, om att detta bolag skulle uppföra byggnadsverk till ett värde som klart översteg det tröskelvärde som föreskrivs i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, som skulle ställas till den upphandlande myndighetens förfogande. För det andra, vad gäller föremålet för transaktionen, skedde uppförandet av de aktuella byggnadsverken, som enbart var avsedda för att anordna mässor i, inte på GKM-GbR:s eget initiativ. Det framgår av huvudkontraktet att dessa byggnader uppfördes enligt stadens Kölns detaljerade anvisningar, vilka var mer än bara en angivelse av byggnadernas egenskaper i hyreskontraktet. Det var således i detta fall fråga om att uppföra byggnadsverk enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten i den mening som avses i artikel 1 a sista satsledet i direktiv 93/37.

34 Kommissionen har gjort gällande att den slutsatsen inte kan vederläggas av att huvudkontraktet även innehåller delar som är typiska för ett hyreskontrakt, nämligen upplåtelse av nyttjanderätt till byggnaderna mot en serie delbetalningar, som utgör ersättning för uppförande av dessa byggnader. Man kan nämligen i detta fall inte skilja mellan å ena sidan en ”arbetsdel” och å andra sidan en ”hyresdel” eller ”finansieringsdel” av kontraktet, på så sätt att den ena delen omfattas av direktiv 93/37 och den andra av direktiv 92/50, som tillhandahållande av tjänst. Kommissionen har erinrat om att det enligt domstolens rättspraxis i alla händelser är kontraktets huvudsyfte som avgör hur detta ska kvalificeras, och det huvudsyftet är i det här fallet att uppföra ett byggnadsverk.

35 Kommissionen har slutligen framhållit att det följer av domstolens rättspraxis att frågan huruvida staden Köln avsåg att själv använda det byggnadsverk som skulle uppföras eller om den planerade att ställa den till en tredje mans förfogande saknar betydelse när

det gäller att kvalificera den aktuella transaktionen som ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Detsamma gäller frågan huruvida staden kommer att äga marken och mässhallarna när huvudkontraktet löper ut. Kommissionens slutsats är att staden Köln därför borde ha inlett ett upphandlingsförfarande för tilldelning av detta kontrakt i enlighet med artiklarna 7.4 och 11 i direktiv 93/37.

36 Förbundsrepubliken Tyskland har svarat att det endast är GKM-GbR som kan komma i fråga som medkontrahent till KölnMesse, då det i realiteten endast är dessa två bolag som är bundna av huvudkontraktet. Vid en funktionell bedömning av situationen som helhet är KölnMesse enda hyresgäst och GKM-GbR hyresvärd, detta till följd av sublokationsavtalet, som formulerades och ingicks samtidigt med huvudkontraktet och i sak är identiskt med detta, och genom vilket samtliga rättigheter och skyldigheter som följer av huvudkontraktet överfördes till KölnMesse.

37 Det var dessutom KölnMesse som, i syfte att hyra de mässhallar som skulle uppföras på mark som tillhörde bolaget, planerade och genomförde den aktuella transaktionen och som i slutändan skulle ha nyttjanderätten till byggnaderna och betala överenskommen ersättning för detta. Att det inte föreligger något direkt avtalsförhållande mellan KölnMesse och GKM-GbR beror på den trepartstransaktion som valts av praktiska skäl. Staden Köln inträdde således i avtalsförhållandena mellan de två bolagen i egenskap av garant och inte i egenskap av solidariskt ansvarig gäldenär.

38 Förbundsrepubliken Tyskland anser följaktligen att vad gäller en eventuell tillämpning av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling borde enbart KölnMesse, som faktisk medkontrahent till GKM-GbR, ha bedömts utifrån kriterierna för att fastställa huruvida en enhet omfattas av begreppet upphandlande myndighet och inte staden Köln. Kommissionens talan bör därför ogillas, då den endast avser staden Köln.

39 Vad gäller transaktionens rättsliga karaktär har Förbundsrepubliken Tyskland anfört att avtalet mellan staden Köln och GKM-GbR inte är ett byggentreprenadkontrakt, utan bara en finansiell garanti, det vill säga en sidoöverenskommelse till huvudöverenskommelsen mellan GKM-GbR och KölnMesse.

40 För att rättsligt kvalificera ett kontrakt bestående av flera olika delar som skulle kunna aktualisera olika gemenskapsbestämmelser om offentlig upphandling, måste enligt domstolens rättspraxis hänsyn tas till kontraktets huvudsyfte. För att det ska anses vara fråga om ett offentligt byggentreprenadkontrakt ska detta syfte vara att uppföra ett byggnadsverk. Medlemsstaten har därvid åberopat dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92, Gestión Hotelera Internacional (REG 1994, s. I-1329). I det nu aktuella fallet anser dock Förbundsrepubliken Tyskland att huvudsyftet med avtalen inte var att uppföra ett byggnadsverk. Varken huvudkontraktet eller sublokationsavtalet är på något sätt ”byggkontrakt”, utan såväl formellt som materiellt sett ”hyresavtal”, varigenom medkontrahenten enbart erhåller nyttjanderätten till de berörda byggnaderna, mot ersättning. Ur ett praktiskt perspektiv syftade den aktuella avtalskonstruktionen, med deltagande av staden Köln, till att finansiera projektet, vilket KölnMesse låg bakom.

41 Att avtalets huvudsyfte var att hyra ut de aktuella byggnaderna framgår också av en jämförelse mellan hyreskostnaderna under 30 år, det vill säga ungefär 600 miljoner euro, och kostnaderna för att uppföra byggnaderna, som bara uppgår till omkring 235 miljoner euro, samt av att det inte avtalats om någon möjlighet till köp eller någon återköpsskyldighet avseende dessa byggnader för staden Köln eller KölnMesse efter det att hyresavtalet har löpt ut. Därmed står GKM-GbR i slutändan den ekonomiska risken för transaktionen.

42 Förbundsrepubliken Tyskland anser därför att oavsett om huvudsyftet med huvudkontraktet är uthyrning eller finansiering, är det fråga om två typer av tjänster som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 92/50. Frågan huruvida bestämmelserna i det direktivet har åsidosatts är inte föremål för prövning i detta förfarande.

Domstolens bedömning

43 För att avgöra för det första vem som ska betraktas som GKM-GbR:s medkontrahent och som således ska utvärderas utifrån de kriterier som definierar begreppet upphandlande myndighet, konstaterar domstolen att kommissionens talan avser det hyresavtal som kallas ”huvudkontraktet”, vilket ingicks den 6 augusti 2004 mellan staden Köln och GKM-GbR.

44 Trots detta har Förbundsrepubliken Tyskland hävdat att KölnMesse utifrån en funktionell bedömning av situationen som helhet är GKM-GbR:s faktiska medkontrahent och den egentliga hyresgästen, genom sublokationsavtalet. Det var i själva verket KölnMesse som planerade och genomförde transaktionen, som i slutändan har nyttjanderätten till de aktuella byggnaderna och som betalar överenskommen ersättning för detta.

45 Det är dock ostridigt att huvudkontraktet av den 6 augusti 2004 ingicks mellan GKM-GbR och staden Köln utan att KölnMesse nämndes. Det ska även påpekas att det var staden Köln som skötte avtalsförhandlingarna, i eget namn och för egen räkning. De detaljerade specifikationerna för uppförandet av byggnadsverken fördes dessutom in i kontraktet av staden Köln, och GKM-GbR åtog sig förpliktelser enbart i förhållande till staden. De förhandlingar som ledde till protokollet av den 30 november 2005 om övertagande av de aktuella byggnaderna sköttes likaså av staden Köln, och detta protokoll undertecknades av staden och av GKM-GbR, utan att KölnMesse nämndes.

46 KölnMesse inträder inte och ingriper på intet sätt i avtalsförhållandena mellan GKM-GbR och staden Köln.

47 Slutsatsen att det inte föreligger något avtalsförhållande mellan KölnMesse och GKM-GbR påverkas inte av att KölnMesse överlät den mark där de aktuella byggnadsverken uppförts till GKM-GbR genom köpekontrakt. Det kontraktet är inte relevant vad gäller den omtvistade transaktionen, som rör uppförande och uthyrning av nämnda byggnader.

48 Inte heller sublokationsavtalet av den 11 augusti 2004 och överenskommelsen samma dag om fullgörande av nämnda avtal kan vederlägga ovannämnda slutsats, då dessa enbart rör förhållandena mellan KölnMesse och staden Köln och inte alls påverkar avtalsförhållandena mellan staden och GKM-GbR eller deras ömsesidiga åtaganden.

49 Det är inte heller relevant att det eventuellt ursprungligen var KölnMesse som utformade transaktionen, då det företaget inte alls nämns i det med GKM-GbR ingångna huvudkontraktet.

50 Det saknar också betydelse att de aktuella byggnaderna var avsedda att användas i KölnMesses verksamhet och att det var detta företag som i slutändan hade nyttjanderätten till byggnaderna och månatligen betalade ersättning för dessa (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl., REG 2007, s. I-385, punkterna 33, 35 och 42). Det ska i detta sammanhang påpekas att det framgår av handlingarna av den 8 december 2003 och den 14 juli 2004, vilka har rubriken ”avsiktsförklaring” och vars innehåll Förbundsrepubliken Tyskland inte har bestritt, att staden Köln åtagit sig det ekonomiska ansvaret för transaktionen för det fall KölnMesse inte skulle kunna betala hyreskostnaderna efter år 2012.

51 En funktionell bedömning av den omtvistade transaktionen, såsom Förbundsrepubliken Tyskland förordar, kan således inte rubba slutsatsen att staden Köln, på grundval av huvudkontraktet, är GKM-GbR:s enda medkontrahent och att företaget betraktade och godtog staden som enda medkontrahent. En sådan bedömning kan inte heller leda till att KölnMesse inträder i staden Kölns ställe vid fullgörandet av stadens avtalsenliga åtaganden.

52 Domstolen konstaterar därför att GKM-GbR:s enda medkontrahent inom ramen för transaktionen är staden Köln, vilken i egenskap av lokal myndighet utgör en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 93/37.

53 För det andra ska domstolen pröva frågan om transaktionens rättsliga kvalificering, för att avgöra huruvida transaktionen utgör ett byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i gemenskapslagstiftningen.

54 Enligt domstolens rättspraxis omfattas denna rättsliga kvalificering av gemenskapsrätten. Den kvalificering som gjorts i nationell rätt är därvid inte relevant (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Auroux m.fl., punkt 40 och där angiven rättspraxis). Parternas kvalificering av ett visst avtal är inte heller avgörande.

55 Det ska vidare betonas att definitionen av begreppet byggentreprenadkontrakt i artikel 1 a i direktiv 93/37 innefattar alla transaktioner där ett avtal med ekonomiska villkor, oavsett dess formella kvalificering, ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och syftar till att leverantören ska uppföra ett byggnadsverk i den mening som avses i artikel 1 c i detta direktiv. Det centrala kriteriet är därvid att byggnadsverket uppförs enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten, oavsett på vilket sätt som uppförandet sker.

56 Vad gäller syftet med den aktuella transaktionen, kvalificeras huvudkontraktet, som ingicks den 6 augusti 2004 mellan staden Köln och GKM-GbR, formellt som ett ”hyresavtal” och det innehåller mycket riktigt inslag som rör uthyrning. Det kan dock konstateras att vid den tidpunkten hade uppförandet av de aktuella byggnadsverken inte ens påbörjats. Det omedelbara syftet med det kontraktet kunde alltså inte vara uthyrning av byggnader som ännu inte hade börjat uppföras. Det främsta syftet med

kontraktet kunde således logiskt sett bara vara uppförandet av nämnda byggnader, som sedan skulle ställas till staden Kölns förfogande genom ett avtalsförhållande som betecknades som ett ”hyresavtal”.

57 Enligt domstolens rättspraxis är det det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka gemenskapsbestämmelser som är tillämpliga, när ett kontrakt innehåller både inslag av offentlig byggentreprenad och av en annan typ av kontrakt.

58 Det ska dessutom konstateras att de berörda byggnadsverken uppfördes enligt mycket detaljerade specifikationer som staden Köln lämnat i huvudkontraktet. Det framgår av det kontraktet med bilagor att dessa specifikationer, som ger en detaljerad beskrivning av de byggnader som skulle uppföras, deras egenskaper och utrustning, går mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en nybyggd byggnad av viss storlek.

59 Domstolen konstaterar följaktligen att huvudkontraktets huvudsakliga syfte var uppförandet av de aktuella mässhallarna, enligt de krav som ställts upp av staden Köln. Dessa mässhallar utgör dessutom byggnadsverk i den mening som avses i artikel 1 c i direktiv 93/37, eftersom de i sig själva kan fullgöra en ekonomisk funktion och deras värde klart översteg det tröskelvärde som föreskrivs i artikel 6 i nämnda direktiv. Vidare innehöll kontraktet ekonomiska villkor. GKM-GbR uppträdde därmed i detta fall som entreprenör, oberoende av att bolaget lade ut uppförandet av byggnadsverket på underentreprenad (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., REG 2001, s. I-5409, punkt 90), och staden Köln är en upphandlande myndighet. Det aktuella avtalet ska således kvalificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 93/37.

60 Den slutsatsen påverkas inte av Förbundsrepubliken Tysklands argument om att det sammanlagda belopp som ska betalas till GKM-GbR i hyra, som i slutändan kommer att

uppgå till ungefär 600 miljoner euro, klart överstiger kostnaden för att uppföra byggnadsverken, det vill säga omkring 235 miljoner euro, vilket visar att den aktuella transaktionen huvudsakligen avser ”tjänster”.

61 Den avgörande faktorn vid kvalificeringen av ett kontrakt såsom det förevarande är dess huvudsakliga syfte, inte hur stor ersättning leverantören får eller hur denna betalning sker. Det är dessutom omöjligt att göra en direkt jämförelse mellan de två ovannämnda beloppen i absoluta tal, eftersom beloppet på cirka 600 miljoner euro ska betalas genom månatliga delbetalningar under nära 30 år, medan beloppet på 235 miljoner euro motsvarar kostnaderna för byggentreprenaden vid tiden för dess färdigställande, vid slutet av år 2005. I själva verket närmar sig nuvärdet av beloppet på 600 miljoner euro vid tidpunkten för byggentreprenadens färdigställande beloppet 235 miljoner euro. Även om en del av beloppet 600 miljoner euro skulle utgöra ersättning för själva uthyrningen, är den delen i alla händelser ofrånkomligen av begränsad betydelse och kan inte påverka kvalificeringen av det aktuella kontraktet.

62 Det är inte heller relevant för kvalificeringen av kontraktet huruvida staden Köln eller KölnMesse, enligt huvudkontraktet, har någon möjlighet eller skyldighet att återköpa de uppförda byggnaderna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Auroux, punkt 47).

63 Av vad som har anförts ovan följer att huvudkontraktet av den 6 augusti 2004, sett i det allmänna sammanhanget av den aktuella transaktionen, utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i artikel 1 a i direktiv 93/37, vilket borde ha tilldelats i enlighet med artiklarna 7.4 och 11 i detta direktiv. Kommissionens talan ska därför bifallas.

64 Det ska därför konstateras att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 7.4 och 11 i direktiv 93/37 genom att staden Köln den

6 augusti 2004 ingick ett avtal med GKM-GbR utan att tillämpa ett offentligt upphandlingsförfarande enligt nämnda bestämmelser.

Rättegångskostnader

65 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att svaranden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 7.4 och 11 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader genom att staden Köln den 6 augusti 2004 ingick ett avtal med Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, nu Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, utan att tillämpa ett offentligt upphandlingsförfarande på europeisk nivå enligt nämnda bestämmelser.

2) Förbundsrepubliken Tyskland ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter