ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (čtvrtého senátu)

29. října 2009 *

Ve věci C-536/07,

jejímž předmětem je žaloba pro nesplnění povinnosti na základě článku 226 ES, podaná dne 30. listopadu 2007,

Komise Evropských společenství, zastoupená D. Kukovcem a R. Sauerem, jako zmocněnci, s adresou pro účely doručování v Lucemburku,

žalobkyně,

proti

Spolkové republice Německo, zastoupené M. Lummou a J. Möllerem, jako zmocněnci, ve spolupráci s H.-J. Prießem, Rechtsanwalt, s adresou pro účely doručování v Lucemburku,

žalované,

* Jednací jazyk: němčina.

SOUDNÍ DVŮR (čtvrtý senát),

ve složení K. Lenaerts, předseda třetího senátu a zastupující předseda čtvrtého senátu, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (zpravodaj), G. Arestis a J. Malenovský, soudci,

generální advokátka: V. Trstenjak,
vedoucí soudní kanceláře: N. Nančev, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 25. března 2009,

po vyslechnutí stanoviska generální advokátky na jednání konaném dne 4. června 2009,

vydává tento

Rozsudek

1 Svou žalobou se Komise Evropských společenství domáhá, aby Soudní dvůr určil, že Spolková republika Německo tím, že město Kolín nad Rýnem uzavřelo s Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, nyní Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (dále jen „GKM-GbR"), dne 6. srpna 2004 smlouvu nazvanou „smlouva o nájmu pozemku se čtyřmi veletržními halami", aniž by provedlo zadávací řízení s celoevropským vyhlášením podle článku 7 ve spojení s článkem 11 směrnice Rady 93/37/EHS ze

dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163), nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z těchto ustanovení.

Právní úprava Společenství

2 Článek 1 směrnice 93/37 stanoví:

„Pro účely této směrnice:

a) ‚veřejnými zakázkami na stavební práce' se rozumí zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi zhotovitelem a zadavatelem uvedeným v písmeni b), jejichž předmětem je buď provedení, nebo jak provedení, tak návrh stavebních prací, které patří k činnostem uvedeným v příloze II, nebo stavby uvedené níže v písmeni c) nebo provedení stavební práce, která odpovídá požadavkům určeným zadavatelem;

b) ‚zadavateli' jsou […] regionální nebo místní orgány [územně správní celky] […]

[…]

c) ‚stavební prací' se rozumí výsledek stavební nebo konstrukční činnosti jako celku, jenž sám o sobě zaručuje plnění hospodářské a technické funkce;

[…]"

3 Článek 6 téže směrnice stanoví:

„1. Tato směrnice se vztahuje na:

a) zakázky na stavební práce, jejichž odhadovaná hodnota bez daně z přidané hodnoty (DPH) není menší než stejná hodnota vyjádřená v ECU odpovídající 5 000 000 zvláštních práv čerpání (ZPČ);

[…]"

4 Článek 7 odst. 2 a 3 téže směrnice uvádí případy, ve kterých zadavatelé mohou zadat veřejné zakázky na stavební práce ve vyjednávacím řízení. Podle odst. 3 písm. b) tohoto článku se tedy zadavatelé mohou k takovému řízení uchýlit, „pokud z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů souvisejících s ochranou výlučných práv mohou být práce provedeny pouze určitým zhotovitelem".

5 Podle odstavce 4 uvedeného článku 7:

„Ve všech ostatních případech zadávají zadavatelé veřejné zakázky na stavební práce v otevřeném nebo omezeném řízení.“

6 Článek 11 směrnice 93/37 upravuje povinnosti týkající se zveřejnění, kterým podléhají zejména zadavatelé, kteří musejí k zadání své zakázky na stavební práce využít otevřeného nebo omezeného řízení.

7 Konečně článek 1 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322) stanoví:

„Pro účely této směrnice:

a) *‚veřejnými zakázkami na služby‘* se rozumí zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem, s výjimkou:

[…]

iii) smluv za účelem nabytí nebo nájmu pozemků, stávajících budov nebo jiných nemovitých věcí nebo práv s nimi spojených, jakýmikoliv finančními

prostředky; avšak smlouvy o finančních službách uzavřené v jakékoliv formě současně, dříve nebo později, než je uzavřena kupní či nájemní smlouva, se touto směrnicí řídí;

[…]“

Sporná transakce a postup před zahájením soudního řízení

8 KölnMesse GmbH (dále jen „KölnMesse“) je společnost soukromého práva, která je ze 79,02 % v držení města Kolín nad Rýnem a z 20 % v držení spolkové země Severní Porýní-Vestfálsko, přičemž zbývajících 0,98 % je rozděleno mezi různé komory a sdružení. Jejím předmětem podnikání je organizace veletrhů a výstav na podporu průmyslu, obchodu a řemesel.

9 Dne 18. prosince 2003 KölnMesse prodala za 67,4 milionů eur soukromé investiční společnosti GKM-GbR pozemek za účelem výstavby čtyř veletržních hal. Územní plán byl součástí smlouvy o koupi tohoto pozemku.

10 Dne 6. srpna 2004 uzavřely město Kolín nad Rýnem a GKM-GbR smlouvu nazvanou „smlouva o nájmu pozemku se čtyřmi veletržními halami“, na jejímž základě přenechala GKM-GbR městu Kolín nad Rýnem k užívání na dobu 30 let uvedený pozemek, jakož i budovy, které na něm měly být postaveny, za měsíční nájemné ve výši 1,725 milionů eur, přičemž prvních třináct měsíců mělo být od nájemného osvobozeno. Strany se dohodly na označení této smlouvy jako „hlavní smlouva“. Podle této smlouvy se GKM-GbR zavázala zhotovit stavby přinejmenším střední jakosti a dát je městu Kolín nad Rýnem k dispozici v souladu s požadavky na jejich rozměry, druh a vybavení specifikovanými ve smlouvě. Tento posledně uvedený požadavek byl vymezen ve spise

o stavebním povolení města Kolína nad Rýnem. Podle odhadů společnosti KölnMesse, jež nebyly Komisí zpochybněny, dosáhly náklady na zhotovení těchto staveb přibližně 235 milionů eur.

11 Smlouvou ze dne 11. srpna 2004 nazvanou „smlouva o podnájmu pozemku se čtyřmi veletržními halami“, jejíž znění je z velké části totožné se zněním hlavní smlouvy, město Kolín nad Rýnem přenechalo společnosti KölnMesse užívací práva k budovám, které měly být zhotoveny a jež byly popsány v hlavní smlouvě. Dne 11. a 16. srpna 2004 uzavřely oba tyto subjekty dohodu označenou jako „prováděcí dohoda k podnájemní smlouvě“, v níž město Kolín nad Rýnem zmocnilo společnost KölnMesse k provádění a výkonu všech svých práv a povinností ve vztahu ke společnosti GKM-Gbr. Město Kolín nad Rýnem mělo rovněž dbát na to, aby GKM-GbR v přímé spolupráci se společností KölnMesse splnila všechny povinnosti vyplývající z hlavní smlouvy.

12 Strany se shodují, že protiplnění, které má město Kolín nad Rýnem poskytnout společnosti GKM-GbR na základě hlavní smlouvy – tedy měsíční nájemné za dobu 30 let trvání smlouvy – dosáhne celkové výše přibližně 600 milionů eur.

13 Podle tvrzení Spolkové republiky Německo byly veletržní haly dokončeny a předány městu Kolín nad Rýnem jakožto hlavnímu nájemci dne 1. prosince 2005.

14 Dne 7. září 2005 Komise obdržela stížnost, podle které výše popsaná transakce představuje veřejnou zakázku na stavební práce, při jejímž zadání nebyla dodržena použitelná pravidla Společenství.

15 Dopisem ze dne 19. prosince 2005 vyzvala Komise Spolkovou republiku Německo, aby předložila k této věci své vyjádření.

16 V dopise ze dne 15. února 2006 Spolková republika Německo tvrdila, že KölnMesse není zadavatelem ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 93/37, takže dotyčná transakce nespadá pod právo Společenství v oblasti veřejných zakázek. K tomuto dopisu byla připojena kopie stanov společnosti KölnMesse.

17 Dne 4. července 2006 zaslala Komise Spolkové republice Německo doplňující výzvu dopisem, ve které ji žádala, aby ji uvědomila o smlouvách uzavřených v rámci sporné transakce, jakož i o jakýchkoli jiných relevantních dokumentech a informacích.

18 V dopise ze dne 8. září 2006 Spolková republika Německo setrvala na svém postoji, podle kterého sporná transakce nespadá pod právo Společenství v oblasti veřejných zakázek, a předala Komisi smlouvy, bez příloh, uvedené v bodech 10 a 11 tohoto rozsudku.

19 V dopise ze dne 18. října 2006 zaslala Komise Spolkové republice Německo odůvodněné stanovisko, ve kterém ji vyzvala, aby splnila povinnosti, které pro ni vyplývají z práva Společenství v oblasti veřejných zakázek, ve lhůtě dvou měsíců od obdržení tohoto stanoviska.

20 V dopise ze dne 12. prosince 2006 Spolková republika Německo znovu popřela porušení práva Společenství v oblasti veřejných zakázek a krom toho tvrdila, že řízení pro nesplnění povinnosti není v každém případě přípustné, jelikož dne 1. prosince 2005, tedy ještě před zasláním výzvy dopisem, byla výstavba veletržních hal dokončena a haly byly předány městu Kolín nad Rýnem.

21 S ohledem na výše uvedený postoj Spolkové republiky Německo se Komise rozhodla podat tuto žalobu.

K žalobě

K přípustnosti

22 Spolková republika Německo uplatňuje námitku nepřípustnosti vycházející z toho, že ke dni uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku, tedy ke dni 18. prosince 2006, dotčená smlouva vyčerpala všechny své účinky, jelikož stavby uvedené v žalobě byly již delší dobu dokončeny. Spolková republika Německo odkazuje v tomto ohledu na protokol o převzetí („Übernahmeprotokoll“) vypracovaný po třech dnech jednání mezi městem Kolín nad Rýnem a společností GKM-GbR dne 30. listopadu 2005, tedy ještě před odesláním výzvy dopisem, a tento protokol prokazuje, že dotčené stavby byly společností GKM-GbR k tomuto dni řádně předány a městem Kolín nad Rýnem převzaty. Tyto stavby byly ostatně užívány v souladu se svým určením od ledna roku 2006. Dne 16. ledna 2006 se totiž v dotyčných prostorách konalo slavnostní zahájení mezinárodního veletrhu nábytku.

23 V tomto ohledu je třeba připomenout, že v souladu s ustálenou judikaturou Soudního dvora v oblasti zadávání veřejných zakázek je žaloba pro nesplnění povinnosti nepřípustná, pokud ke dni uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku dotčená smlouva již vyčerpala všechny své účinky (viz mimo jiné rozsudky ze dne 2. června 2005, Komise v. Řecko, C-394/02, Sb. rozh. s. I-4713, bod 18 a citovaná judikatura, jakož i ze dne 11. října 2007, Komise v. Řecko, C-237/05, Sb. rozh. s. I-8203, bod 29).

24 V projednávaném případě je tedy třeba ověřit, zda dotčená smlouva byla ke dni uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku, tedy ke dni 18. prosince 2006, alespoň

zčásti prováděna, nebo zda byla tato smlouva naopak již v plném rozsahu ukončena, takže vyčerpala své účinky.

25 Pod pojmem „dotčená smlouva“ nebo v souladu s jinou formulací používanou v judikatuře, „sporná zakázka“ (viz například rozsudek ze dne 10. dubna 2003, Komise v. Německo, C-20/01 a C-28/01, Recueil, s. I-3609, bod 33 a citovaná judikatura) Soudní dvůr rozumí transakci jako celek v obecných souvislostech a základních prvcích.

26 V projednávaném případě je nesporné, že konečným cílem transakce uzavřené mezi městem Kolín nad Rýnem a společností GKM-GbR a společností KölnMesse bylo dát této posledně uvedené společnosti, jež je z velké většiny držena městem Kolín nad Rýnem, dlouhodobě k dispozici veletržní haly, které měly být postaveny společností GKM-GbR. Současně se město Kolín nad Rýnem v nájemní smlouvě zavázalo, že bude společnosti GKM-GbR měsíčně platit určitou peněžitou částku jako nájemné, přičemž tyto převody prostředků měly ve skutečnosti sloužit k financování předmětné výstavby, jak ostatně připouští Spolková republika Německo.

27 Účel a pravidla provádění této transakce vyplývají zejména z nájemní smlouvy označené jako „hlavní“, uzavřené dne 6. srpna 2004, ve které se GKM-GbR zavázala postavit stavby za účelem jejich nájmu v souladu s podrobnými požadavky města Kolín nad Rýnem, jakož i z podnájemní smlouvy a „prováděcí dohody k podnájemní smlouvě“, na jejichž základě město Kolín nad Rýnem přenechalo společnosti KölnMesse užívací práva k stavbám, jež měly být postaveny.

28 Dotčená transakce zahrnuje tedy prvek „výstavby“ a prvek „nájmu“ či „financování“. V tomto ohledu, nezávisle na otázkách, který prvek převažuje, jaký je hlavní cíl této transakce či zda město Kolín nad Rýnem vystupuje ve vztahu k GKM-GbR jako poskytovatel záruky, což bude zkoumáno v rámci meritorního posouzení, je třeba konstatovat, že tyto jednotlivé prvky uvedené transakce tvoří nedílný celek. Zhotovení

staveb, jak bylo navrženo a provedeno, by totiž bylo bezpředmětné, neexistovala-li by nájemní smlouva, a tato smlouva by nemohla autonomně existovat bez budoucího provedení staveb upraveného v uvedené smlouvě. Nelze tedy přijmout tezi Spolkové republiky Německo, podle které hlavní smlouva obsahuje s ohledem na tuto žalobu části relevantní a části nerelevantní či neutrální.

29 Za účelem posouzení přípustnosti žaloby je tedy třeba na dotčenou transakci nazírat jako na celek a zohlednit všechny její parametry a složky.

30 Dotčená smlouva, tedy sporná transakce posuzovaná jako celek, ke dni uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku nevyčerpala všechny své účinky na základě skutečnosti, že zhotovení předmětných staveb bylo dokončeno. Prvek „nájmu“ této transakce totiž i nadále k tomuto dni vyvolával její účinky.

31 S ohledem na předcházející úvahy je třeba dospět k závěru, že žaloba Komise je přípustná.

K věci samé

Argumentace účastníků řízení

32 Komise tvrdí, že mezi společností KölnMesse a společností GKM-GbR neexistuje žádný smluvní vztah, právo či povinnost. Dle názoru Komise může být subjektem, který přichází v úvahu v projednávaném případě jako smluvní partner společnosti GKM-GbR, pouze město Kolín nad Rýnem. Podle hlavní smlouvy totiž pouze to převzalo

skutečné závazky ve vztahu ke společnosti GKM-GbR. Krom toho by společnost KölnMesse nemohla provést takový projekt výstavby bez účasti města Kolín nad Rýnem a GKM-GbR by nepřistoupila na uskutečnění uvedeného projektu bez finančního krytí poskytnutého uvedeným městem. Mimoto se KölnMesse nestala dlužníkem GKM-GbR.

33 Pokud jde o právní povahu dotčené transakce, Komise tvrdí, že jde o veřejnou zakázku na stavební práce. Uvádí totiž zaprvé, že město Kolín nad Rýnem, jakožto zadavatel, který je územním samosprávným celkem, uzavřelo písemně se společností GKM-GbR, jakožto zhotovitelem, úplatnou smlouvu, na jejímž základě měla tato společnost zhotovit stavby v hodnotě, která značně přesahovala prahovou hodnotu stanovenou pravidly Společenství a které měly být poskytnuty k dispozici zadavateli. Zadruhé, pokud jde o předmět transakce, provedení dotčených staveb, které byly určeny výhradně k organizování veletrhů, nepocházelo z vlastní iniciativy společnosti GKM-GbR. Z hlavní smlouvy rovněž vyplývá, že tyto stavby byly provedeny v souladu s podrobnými specifikacemi stanovenými městem Kolín nad Rýnem, které nepředstavovaly prostý popis vybavení v rámci nájemní smlouvy. V důsledku toho se podle Komise v projednávaném případě jedná o provedení staveb odpovídající požadavkům určeným zadavatelem ve smyslu čl. 1 písm. a) poslední části věty směrnice 93/37.

34 Komise tvrdí, že tento závěr nemůže být vyvrácen skutečností, že hlavní smlouva obsahuje rovněž prvky nájemní smlouvy, a to přenechání dočasných užívacích práv ke stavbám prostřednictvím splátek, které představují odměnu za zhotovení těchto staveb. Nelze totiž rozlišit část této smlouvy týkající se „stavební práce“ a část týkající se „nájmu“ nebo „financování“ v tom smyslu, že by se na první část vztahovala směrnice 93/37 a na druhou část, jakožto na poskytování služeb, směrnice 92/50. Komise připomíná, že v souladu s judikaturou Soudního dvora určuje kvalifikaci smlouvy v každém případě její hlavní předmět a tímto hlavním předmětem je v projednávaném případě provedení stavby.

35 Komise nakonec uvádí, že podle judikatury Soudního dvora je pro kvalifikaci dotčené transakce jakožto veřejné zakázky na stavební práce nerelevantní, zda bylo záměrem

města Kolín nad Rýnem používat stavby, které měly být postaveny, či zda zamýšlelo přenechat je k dispozici třetím osobám, stejně jako otázka, zda město Kolín nad Rýnem bude vlastníkem pozemku a veletržních hal po skončení platnosti hlavní smlouvy. Komise dospěla k závěru, že město Kolín nad Rýnem mělo tedy provést řízení o zadání dotčené zakázky v souladu s čl. 7 odst. 4 a článkem 11 směrnice 93/37.

36 Spolková republika Německo odpovídá, že jediný subjekt, který v projednávaném případě přichází v úvahu jakožto smluvní partner společnosti GKM-GbR, je společnost KölnMesse, jelikož ve skutečnosti se v hlavním smluvním vztahu nacházejí tyto dvě společnosti. V rámci funkčního posouzení celkové situace je totiž pouze společnost KölnMesse nájemcem a společnost GKM-GbR pronajímatelem, a to prostřednictvím podnájemní smlouvy, která byla sjednána a uzavřena současně s hlavní smlouvou, měla v zásadě totožné znění jako hlavní smlouva a na jejím základě byly veškerá práva a povinnosti vyplývající z hlavní smlouvy převedeny na společnost KölnMesse.

37 Krom toho to podle ní je právě společnost KölnMesse, která za účelem pronájmu veletržních hal, jež měly být postaveny na pozemku, který jí patří, plánovala a provedla dotčenou transakci, a v konečném důsledku je tato společnost subjektem, který užívá dotčené stavby, a z toho důvodu platí smluvenou odměnu. Neexistence přímých smluvních vztahů mezi společností KölnMesse a společností GKM-GbR pramení z trojstranné transakce, která byla zvolena z funkčních důvodů, přičemž město Kolín nad Rýnem bylo zahrnuto do smluvních vztahů mezi prvními dvěma subjekty jakožto poskytovatel záruky, a nikoli jakožto solidární dlužník.

38 Spolková republika Německo má v důsledku toho za to, že nikoli město Kolín nad Rýnem, nýbrž pouze společnost KölnMesse, jakožto skutečný smluvní partner společnosti GKM-GbR, měla být posuzována z hlediska kritérií, podle kterých se určuje, zda subjekt spadá pod pojem „zadavatel“ pro účely případného uplatnění pravidel Společenství v oblasti veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že žaloba Komise uvádí pouze město Kolín nad Rýnem, měla by být podle ní odmítnuta.

39 Pokud jde o právní povahu dotčené transakce, Spolková republika Německo tvrdí, že smlouva uzavřená mezi městem Kolín nad Rýnem a společností GKM-GbR není zakázkou na stavební práce, nýbrž pouze finanční zárukou, tedy doplňkovou dohodou k hlavní dohodě uzavřené mezi společnostmi GKM-GbR a KölnMesse.

40 Pro účely právní kvalifikace zakázky sestávající z několika prvků, na které se mohou vztahovat různá pravidla Společenství v oblasti veřejných zakázek, je třeba v souladu s judikaturou Soudního dvora zohlednit hlavní předmět dotčené smlouvy a je nezbytné, aby tento předmět spočíval v provedení stavby, aby bylo možné mít za to, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce. Tento členský stát v tomto ohledu odkazuje na rozsudek ze dne 19. dubna 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Recueil, s. I-1329). V projednávaném případě přitom podle názoru Spolkové republiky Německo nebylo provedení stavby hlavním předmětem smluv. Hlavní smlouva, stejně jako podnájemní smlouva, totiž v žádném případě nejsou „smlouvami na stavební práce", nýbrž jak po formální, tak i po materiální stránce „smlouvami o nájmu", v rámci kterých získává smluvní partner za úplatu pouze užívací právo k dotyčným budovám. Z funkčního hlediska je cílem dotčené smluvní konstrukce s účastí města Kolín nad Rýnem financování projektu společnosti KölnMesse.

41 Skutečnost, že hlavním předmětem dotčené smlouvy je nájem dotyčných budov, je podle ní rovněž prokázána jednak porovnáním nákladů na nájem sjednaný na dobu 30 let, tedy přibližně 600 milionů eur, a nákladů na zhotovení těchto budov, které dosahují pouze asi 235 milionů eur, a dále neexistencí smluvního ujednání ohledně možnosti koupě či povinnosti odkoupení uvedených budov městem Kolín nad Rýnem nebo společností KölnMesse po uplynutí doby nájmu. V tomto rozsahu nese společnost GKM-GbR v konečném důsledku hospodářské riziko dotčené transakce.

42 Spolková republika Německo se domnívá, že bez ohledu na to, zda je hlavním předmětem hlavní smlouvy služba pronájmu nebo služba financování, se tedy jedná o dvě situace, které spadají do působnosti směrnice 92/50, jejíž případné porušení není předmětem tohoto řízení.

Závěry Soudního dvora

43 Pro účely určení zaprvé toho, který subjekt lze považovat za smluvního partnera společnosti GKM-GbR, a tedy který subjekt je třeba posuzovat s ohledem na kritéria, která vymezují pojem „zadavatel“, je třeba konstatovat, že žaloba Komise směřuje proti nájemní smlouvě označené jako „hlavní“, jež byla uzavřena dne 6. srpna 2004 mezi městem Kolín nad Rýnem a společností GKM-GbR.

44 Bez ohledu na to Spolková republika Německo tvrdí, že z hlediska funkčního posouzení celé transakce je společnost KölnMesse skutečným smluvním partnerem GKM-GbR a opravdovým nájemcem, a to na základě podnájemní smlouvy. Společnost KölnMesse totiž plánovala a provedla dotčenou transakci, má v konečném důsledku užívací práva k dotčeným stavbám a platí jako protiplnění smluvenou odměnu.

45 Je však nesporné, že hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 byla uzavřena mezi společností GKM-GbR a městem Kolín nad Rýnem, aniž by jakkoli zmiňovala společnost KölnMesse. Je rovněž třeba uvést, že jednání za účelem uzavření uvedené smlouvy byla vedena městem Kolín nad Rýnem jeho jménem a na jeho účet. Krom toho město Kolín nad Rýnem vložilo do této smlouvy podrobné specifikace ohledně provedení dotčených staveb a pouze ve vztahu k němu společnost GKM-GbR převzala své závazky. Stejně tak jednání, na jejichž základě byl dne 30. listopadu 2005 vypracován protokol o převzetí dotčených staveb, byla vedena městem Kolín nad Rýnem a tento protokol byl podepsán jím a společností GKM-GbR, bez jakékoli zmínky o společnosti KölnMesse.

46 Společnost KölnMesse se tedy v žádném případě neobjevuje ani nevystupuje ve smluvních vztazích mezi společností GKM-GbR a městem Kolín nad Rýnem.

47 Závěr, podle kterého neexistuje žádný smluvní vztah mezi společnostmi KölnMesse a GKM-GbR, není zpochybněn kupní smlouvou uzavřenou mezi společností KölnMesse jakožto prodávajícím a společností GKM-GbR jakožto kupujícím, týkající se pozemku, na kterém byly postaveny dotčené stavby. Tato smlouva není totiž relevantní v rámci sporné transakce, jejímž předmětem je výstavba a pronájem těchto staveb.

48 Stejně tak podnájemní smlouva ze dne 11. srpna 2004 ani prováděcí dohoda k uvedené smlouvě z téhož dne nemohou vyvrátit výše uvedený závěr, jelikož se týkají pouze vztahů mezi společností KölnMesse a městem Kolín nad Rýnem a nemají žádný vliv na smluvní vztahy mezi městem Kolín nad Rýnem a společností GKM-GbR ani na vzájemné závazky jimi převzaté.

49 Nerelevantní je rovněž skutečnost, že případně plán dotčené transakce vycházel původně od společnosti KölnMesse, neboť tato společnost není uvedena v hlavní smlouvě uzavřené se společností GKM-GbR.

50 Nerelevantní je rovněž úvaha, že dotčené stavby jsou určeny k tomu, aby sloužily k činnostem společnosti KölnMesse, která k nim má v konečném důsledku užívací práva a platí za ně měsíční protiplnění (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 18. ledna 2007, Auroux a další, C-220/05, Sb. rozh. s. I-385, body 33, 35 a 42). Je ostatně třeba v této souvislosti uvést, že z dokumentů nazvaných „prohlášení o záměru“ ze dne 8. prosince 2003 a 14. července 2004, jež nejsou zpochybňovány Spolkovou republikou Německo, vyplývá, že se město Kolín nad Rýnem zavázalo převzít finanční zátěž dotčené transakce v případě, že společnost KölnMesse nebude po roce 2012 schopna hradit náklady na nájemné.

51 V důsledku toho funkční výklad sporné transakce navrhovaný Spolkovou republikou Německo nemůže zpochybnit závěr, že město Kolín nad Rýnem je na základě hlavní smlouvy jediným smluvním partnerem společnosti GKM-GbR, kterého tato uznala a přijala jakožto smluvního partnera, a zároveň nemůže vést k nahrazení města Kolín nad Rýnem při plnění jeho smluvních závazků společností KölnMesse.

52 Je tedy třeba dospět k závěru, že v rámci dotčené transakce je město Kolín nad Rýnem jediným smluvním partnerem společnosti GKM-GbR. Zároveň je jakožto územní samosprávný celek zadavatelem ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 93/37.

53 Zadruhé je třeba se zabývat otázkou právní kvalifikace dotčené transakce, aby bylo možné přezkoumat, zda tato transakce představuje veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu právní úpravy Společenství.

54 V tomto ohledu je třeba nejprve připomenout, že v souladu s judikaturou Soudního dvora spadá tato právní kvalifikace do oblasti práva Společenství a že kvalifikace podle vnitrostátního práva není pro tyto účely relevantní (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Auroux a další, bod 40 a citovaná judikatura). Stejně tak není směrodatné, jak smlouvu kvalifikují smluvní strany.

55 Je třeba dále zdůraznit, že definice pojmu „veřejná zakázka na stavební práce“ obsažená v čl. 1 písm. a) směrnice 93/37 zahrnuje všechny transakce, ve kterých je bez ohledu na svou právní kvalifikaci uzavřena úplatná smlouva mezi zadavatelem a zhotovitelem, jejímž předmětem je provedení „stavební práce“ zhotovitelem ve smyslu čl. 1 písm. c) téže směrnice. Základním kritériem v tomto ohledu je, aby tato stavební práce byla provedena v souladu s požadavky určenými zadavatelem, přičemž je lhostejné, jaké prostředky budou k tomuto provedení použity.

56 Pokud jde o předmět dotčené transakce, je třeba uvést, že hlavní smlouva, uzavřená dne 6. srpna 2004 mezi městem Kolín nad Rýnem a společností GKM-GbR, je formálně kvalifikována jako „nájemní smlouva“ a že skutečně obsahuje prvky nájemní smlouvy. Nicméně je třeba konstatovat, že k tomuto dni nebyla výstavba dotčených staveb ani zahájena. V důsledku toho nemohl být bezprostředním cílem této smlouvy nájem nemovitostí, s jejichž výstavbou nebylo dosud započato. Prvotním cílem této smlouvy

může být tedy logicky pouze výstavba uvedených staveb, které měly být následně dány k dispozici městu Kolín nad Rýnem na základě smluvního vztahu kvalifikovaného jako „nájemní smlouva“.

57 Z judikatury Soudního dvora přitom vyplývá, že pokud smlouva obsahuje zároveň jak prvky veřejné zakázky na stavební práce, tak prvky jiného druhu zakázky, je při určení, která pravidla Společenství se uplatní, rozhodující hlavní předmět smlouvy.

58 Krom toho je třeba konstatovat, že dotyčné stavby byly provedeny v souladu s velice podrobnými specifikacemi vyjádřenými městem Kolín nad Rýnem v hlavní smlouvě. Z této smlouvy a z jejích příloh vyplývá, že uvedené specifikace, které se týkají přesného popisu budov, jež mají být postaveny, jejich kvality, jakož i jejich vybavení, výrazně přesahují obvyklé požadavky nájemce na novou budovu určité velikosti.

59 Je tedy třeba dospět k závěru, že prvotním cílem hlavní smlouvy byla výstavba dotčených veletržních hal v souladu s požadavky určenými městem Kolín nad Rýnem. Krom toho uvedené haly představují „stavební práce“ ve smyslu čl. 1 písm. c) směrnice 93/37, neboť samy o sobě zaručují plnění hospodářské funkce a jejich hodnota je mnohem vyšší než prahová hodnota stanovená v článku 6 téže směrnice. Navíc byla tato smlouva uzavřena úplatně, přičemž společnost GKM-GbR jednala v projednávaném případě v postavení zhotovitele, nehledě na okolnost, že zadala provedení této stavby třetím osobám (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 12. července 2001, Ordine degli Architetti a další, C-399/98, Recueil, s. I-5409, bod 90), a město Kolín nad Rýnem bylo zadavatelem. Uvedenou smlouvu je tedy třeba kvalifikovat jako veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/37.

60 Tento závěr není zpochybněn argumentem, který Spolková republika Německo vyvozuje ze skutečnosti, že celková částka, která má být placena společnosti GKM-GbR

jakožto nájemné, jež v konečném důsledku dosáhne přibližně 600 milionů eur, je výrazně vyšší než náklady na zhotovení staveb, které dosáhnou zhruba 235 milionů eur, což by dokazovalo, že prvek „služeb“ dotčené transakce převažuje.

61 Rozhodujícím hlediskem pro účely kvalifikace dotčené zakázky je totiž její hlavní předmět, a nikoli výše odměny zhotovitele nebo způsoby jejího placení. Krom toho přímé srovnání mezi těmito dvěma výše uvedenými částkami, považovanými za absolutně vyjádřené, není možné, jelikož přibližná částka 600 milionů eur bude hrazena měsíčními splátkami po dobu téměř 30 let, zatímco částka 235 milionů eur odpovídá hodnotě nákladů na stavební práce při jejich dokončení na konci roku 2005. Ve skutečnosti se částka 600 milionů eur v hodnotě odpovídající době dokončení stavebních prací značně blíží částce 235 milionů eur. V každém případě, i kdyby část uvedené částky 600 milionů eur měla představovat odměnu za plnění související s nájmem, tato část by byla nezbytně málo významná a nemohla by ovlivnit kvalifikaci dotčené zakázky.

62 Stejně tak není pro účely kvalifikace dotčené zakázky rozhodné, že hlavní smlouva nestanoví případnou možnost nebo povinnost města Kolína nad Rýnem či společnosti KölnMesse odkoupit postavené budovy (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Auroux, bod 47).

63 Vzhledem ke všem výše uvedeným úvahám je třeba dospět k závěru, že hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004, posuzovaná v obecných souvislostech dotčené transakce, představuje veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/37, která měla být zadána podle pravidel čl. 7 odst. 4 a článku 11 téže směrnice. Žalobě Komise musí být tudíž vyhověno.

64 V důsledku toho je třeba určit, že Spolková republika Německo tím, že město Kolín nad Rýnem uzavřelo se společností GKM-GbR smlouvu ze dne 6. srpna 2004, aniž by provedlo zadávací řízení podle čl. 7 odst. 4 a článku 11 směrnice 93/37, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z těchto ustanovení.

K nákladům řízení

65 Podle čl. 69 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise požadovala náhradu nákladů řízení a Spolková republika Německo neměla ve věci úspěch, je důvodné uložit posledně uvedené náhradu nákladů řízení.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (čtvrtý senát) rozhodl takto:

1) **Spolková republika Německo tím, že město Kolín nad Rýnem uzavřelo se společností Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, nyní Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, smlouvu ze dne 6. srpna 2004, aniž by provedlo zadávací řízení podle čl. 7 odst. 4 a článku 11 směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z těchto ustanovení.**

2) **Spolkové republice Německo se ukládá náhrada nákladů řízení.**

Podpisy.