WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 29 października 2009 r.*

W sprawie C-536/07

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 226 WE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 30 listopada 2007 r.,

Komisja Wspólnot Europejskich, reprezentowana przez D. Kukovca i R. Sauera, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Federalnej Niemiec, reprezentowanej przez M. Lummę i J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez H.J. Prießa, Rechtsanwalt, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

* Język postępowania: niemiecki.

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes trzeciej izby pełniący obowiązki prezesa czwartej izby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis i J. Malenovský, sędziowie,

rzecznik generalny: V. Trstenjak,
sekretarz: N. Nanchev, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 25 marca 2009 r.,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 4 czerwca 2009 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Komisja Wspólnot Europejskich wnosi w skardze do Trybunału o stwierdzenie, że ze względu na to, że miasto Kolonia zawarło ze spółką Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, która przekształciła się w spółkę Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8–11 GbR (zwaną dalej: „GKM-GbR"), umowę z dnia 6 sierpnia 2004 r. zatytułowaną: „umowa najmu dotycząca gruntu z czterema halami wystawowymi" bez przeprowadzenia przetargu z europejskim ogłoszeniem o zamówieniu, zgodnie z przepisami art. 7 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane

(Dz.U. L 199, p. 54) w związku z art. 11 tej dyrektywy, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy tych przepisów.

Uregulowania wspólnotowe

2 Artykuł 1 dyrektywy 93/37 stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

a) »zamówieniami publicznymi na roboty budowlane« są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między wykonawcą a instytucją zamawiającą, określoną w lit. b), których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno wykonanie, jak i zaprojektowanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II, lub obiektu budowlanego, określonego poniżej w lit. c), albo wykonanie, za pomocą jakichkolwiek środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą;

b) »instytucje zamawiające« oznaczają […] jednostki samorządu terytorialnego […]

[…]

c) »obiekt budowlany« oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną;

[…]”.

3 Artykuł 6 tej dyrektywy stanowi:

„1 Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do:

a) zamówień publicznych na roboty budowlane, których wartość szacunkowa bez podatku VAT wynosi nie mniej niż równowartość w ECU 5 000 000 specjalnych praw ciągnienia (SRD);

[…]”.

4 W art. 7 ust. 2 i 3 tej dyrektywy wymieniono przypadki, w których instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień na roboty budowlane, stosując procedurę negocjacyjną. I tak, zgodnie z art. 7 ust. 3 lit. b), instytucje zamawiające mogą stosować tę procedurę, „jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych lub z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych roboty budowlane mogą być wykonane tylko przez określonego wykonawcę”.

5 Artykuł 7 ust. 4 stanowi:

„We wszystkich innych przypadkach instytucje zamawiające udzielają zamówień na roboty budowlane w procedurze otwartej lub ograniczonej".

6 Artykuł 11 dyrektywy 93/37 określa obowiązki dotyczące ogłaszania, jakim podlegają w szczególności instytucje zamawiające, które mają obowiązek zastosować procedurę otwartą lub ograniczoną w celu udzielenia zamówień na roboty budowlane.

7 Wreszcie art. 1 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

a) »*zamówienia publiczne na usługi*« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą, z wyłączeniem:

[…]

iii) zamówień, których przedmiotem jest, bez względu na sposób finansowania, nabycie, najem lub dzierżawa gruntów, istniejących budynków i innych

nieruchomości lub praw do nich; niniejszej dyrektywie podlegają jednak umowy o świadczenie usług finansowych, zawarte w dowolnej formie, równocześnie, przed lub po zawarciu umowy nabycia, najmu lub dzierżawy;

[…]".

Sporne przedsięwzięcie i postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

8 KölnMesse GmbH (zwana dalej: „KölnMesse") jest spółką prawa prywatnego, w której 79,02% udziałów posiada miasto Kolonia, 20% kraj związkowy Nadrenia Północna-Westfalia, a pozostałe 0,98% udziałów podzielone jest między szereg izb i stowarzyszeń. Jej przedmiot działalności stanowi organizowanie targów i wystaw mających na celu wspieranie rozwoju przemysłu, handlu i rzemiosła.

9 W dniu 18 grudnia 2003 r. KölnMesse sprzedała GKM-GbR, prywatnej spółce inwestycyjnej, grunt pod budowę czterech hal wystawowych, za kwotę 67,4 mln EUR. Integralną część tej umowy sprzedaży gruntu stanowił plan zagospodarowania.

10 W dniu 6 sierpnia 2004 r. miasto Kolonia i GKM-GbR zawarły umowę zatytułowaną „umowa najmu dotycząca gruntu z czterema halami wystawowymi", w której GKM-GbR oddała Kolonii w użytkowanie na okres 30 lat wspomniany grunt wraz z budynkami, które miały na nim zostać wybudowane, w zamian za miesięczny czynsz w kwocie 1725 mln EUR, przy czym pierwsze trzynaście miesięcy było zwolnione z zapłaty czynszu. Strony umówiły się, by określić tę umowę jako „umowa główna". Zgodnie z jej postanowieniami GKM-GbR zobowiązała się do wykonania obiektów budowlanych co najmniej średniej jakości i oddania ich do dyspozycji miasta Kolonii zgodnie z określonymi w tej umowie postanowieniami dotyczącymi ich rozmiarów, rodzaju i wyposażenia. Wyposażenie to było określone w dokumentacji

pozwolenia na budowę miasta Kolonii. Według szacunków KölnMesse, których Komisja nie zakwestionowała, koszt budowy tych obiektów wyniósł około 235 mln EUR.

11 W umowie z dnia 11 sierpnia 2004 r., zatytułowanej „umowa podnajmu dotycząca gruntu z czterema halami wystawowymi", której warunki są w znacznej mierze identyczne jak w umowie głównej, miasto Kolonia oddało KölnMesse w użytkowanie mające zostać wybudowane budynki określone w umowie głównej. W dniach 11 i 16 sierpnia 2004 r. te dwa podmioty zawarły porozumienie, tak zwane wykonawcze do umowy podnajmu, w którym miasto Kolonia upoważniło KölnMesse do realizowania i wykonywania całości jego praw i obowiązków w stosunku do GKM-GbR. Miasto Kolonia miało również zapewnić, żeby GKM-GbR wykonała w całości umowę główną w bezpośredniej współpracy z KölnMesse.

12 Strony umówiły się co do wyceny świadczenia wzajemnego należnego ze strony miasta Kolonii na rzecz GKM-GbR z tytułu umowy głównej, to jest miesięcznego czynszu w okresie 30 lat trwania umowy, na całkowitą kwotę wynoszącą około 600 mln EUR.

13 Według twierdzeń Republiki Federalnej Niemiec, hale wystawowe zostały ukończone i oddane miastu Kolonii, jako głównemu najemcy, w dniu 1 grudnia 2005 r.

14 W dniu 7 września 2005 r. Komisja otrzymała skargę na to, że opisane powyżej przedsięwzięcie stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane, przy którego udzieleniu nie były przestrzegane właściwe przepisy wspólnotowe.

15 Pismem z dnia 19 grudnia 2005 r. Komisja skierowała do Republiki Federalnej Niemiec wezwanie do usunięcia uchybienia, wzywając ją do przedstawienia uwag w tym przedmiocie.

16 Pismem z dnia 15 lutego 2006 r. Republika Federalna Niemiec poinformowała, że KölnMesse nie jest instytucją zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 93/37, a tym samym, że omawiane przedsięwzięcie nie jest objęte zakresem wspólnotowego prawa zamówień publicznych. Do pisma tego załączono kopię statutu KölnMesse.

17 W dniu 4 lipca 2006 r. Komisja skierowała do Republiki Federalnej Niemiec uzupełniające wezwanie do usunięcia uchybienia, w którym poprosiła o przekazanie umów zawartych w ramach spornego przedsięwzięcia oraz wszelkich innych istotnych dokumentów i informacji.

18 W piśmie z dnia 8 września 2006 r. Republika Federalna Niemiec podtrzymała swoje stanowisko, zgodnie z którym sporne przedsięwzięcie nie wchodzi w zakres wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i przekazała Komisji umowy wymienione w pkt 10 i 11 niniejszego wyroku, bez załączników.

19 Pismem z dnia 18 października 2006 r. Komisja skierowała do Republiki Federalnej Niemiec uzasadnioną opinię, w której wzywała to państwo do zastosowania się do jego zobowiązań wynikających ze wspólnotowych reguł dotyczących zamówień publicznych w terminie dwóch miesięcy od dnia doręczenia tej opinii.

20 Pismem z dnia 12 grudnia 2006 r. Republika Federalna Niemiec ponownie zakwestionowała istnienie uchybienia wspólnotowemu prawu zamówień publicznych, utrzymując ponadto, że w każdym razie postępowanie w sprawie stwierdzenia uchybienia jest niedopuszczalne, ponieważ w dniu 1 grudnia 2005 r., czyli nawet jeszcze przed wysłaniem pisma z wezwaniem do usunięcia uchybienia, budowa hal wystawowych została ukończona i zostały one oddane miastu Kolonii.

21 W związku z takim stanowiskiem Republiki Federalnej Niemiec Komisja postanowiła wnieść skargę w niniejszej sprawie.

W przedmiocie skargi

W przedmiocie dopuszczalności

22 Republika Federalna Niemiec podnosi zarzut niedopuszczalności w oparciu o to, że w chwili upłynięcia terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii, to jest w dniu 18 grudnia 2006 r., sporna umowa wywarła już wszystkie swoje skutki, ponieważ budowa obiektów, o których mowa w skardze, była już od dawna ukończona. Republika Federalna Niemiec powołuje się w tym względzie na protokół zdawczo-odbiorczy („Übernahmeprotokoll") sporządzony po trzydniowych negocjacjach, w dniu 30 listopada 2005 r., czyli nawet przed wysłaniem pisma z wezwaniem do usunięcia uchybienia, z jednej strony przez miasto Kolonię, a z drugiej strony przez GKM-GbR, który zdaniem Republiki Federalnej Niemiec dowodzi, że sporne obiekty zostały prawidłowo oddane w tym dniu przez wspomnianą spółkę i zaakceptowane przez miasto. Obiekty te były zresztą użytkowane, zgodnie ze swoim przeznaczeniem, od stycznia 2006 r. W dniu 16 stycznia 2006 r. miało bowiem miejsce w ich pomieszczeniach oficjalne otwarcie międzynarodowych targów mebli.

23 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w dziedzinie zamówień publicznych skarga o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego jest niedopuszczalna, jeżeli w dniu upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii sporna umowa wywołała już wszystkie swoje skutki (zob. m.in. wyroki: z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-4713, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-237/05 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-8203, pkt 29).

24 W niniejszym przypadku należy więc sprawdzić, czy w dniu upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii, czyli w dniu 18 grudnia 2006 r., omawiana

umowa znajdowała się, przynajmniej częściowo, na etapie wykonania, czy też przeciwnie, została ona już całkowicie wykonana, tak że wywarła już wszystkie swoje skutki.

25 Pod pojęciem „sporna umowa" lub używanym również w orzecznictwie innym sformułowaniem „sporne zamówienie" (zob. np. wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-3609, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo) Trybunał rozumie dane przedsięwzięcie rozpatrywane jako całość, na tle ogółu towarzyszących mu okoliczności i pod kątem jego zasadniczych cech.

26 W niniejszym wypadku bezsporny jest fakt, że przedsięwzięcie, które połączyło miasto Kolonię z GKM-GbR i z KölnMesse, miało ostatecznie na celu oddanie do dyspozycji spółki KölnMesse, w której znaczną większość udziałów ma miasto Kolonia, na długi okres hal wystawowych, które miały zostać zbudowane przez GKM-GbR. Jednocześnie miasto Kolonia zobowiązało się wobec GKM-GbR w umowie najmu do miesięcznej zapłaty czynszu w określonej kwocie, przy czym przekazywanie tych środków służyć miało w rzeczywistości sfinansowaniu budowy omawianych obiektów, co zresztą przyznaje Republika Federalna Niemiec.

27 Cel i sposób realizacji tego przedsięwzięcia wynikają w szczególności z umowy najmu określanej jako „główna", zawartej w dniu 6 sierpnia 2004 r., w której GKM-GbR zobowiązała się zbudować obiekty zgodnie ze szczegółowymi specyfikacjami określonymi przez miasto Kolonię w celu ich wynajmowania, a także z umowy podnajmu i z „porozumienia wykonawczego do umowy podnajmu", w których miasto Kolonia oddało KölnMesse w użytkowanie mające zostać wybudowane obiekty.

28 Sporne przedsięwzięcie posiada więc aspekt „budowy" i aspekt „wynajmu" lub „finansowania". W tym względzie, niezależnie od kwestii, który z nich jest przeważającym elementem lub głównym celem tego przedsięwzięcia i czy miasto Kolonia działało jedynie jako gwarant w stosunku do GKM-GbR, których analiza znajduje się w zakresie rozpoznania tej sprawy co do meritum, należy stwierdzić, że poszczególne aspekty tego przedsięwzięcia tworzą nierozerwalną całość. Budowa obiektów budowlanych, która stanowiła przedmiot projektu i wykonania, nie miałaby bowiem racji bytu bez umowy najmu, a ta z kolei nie mogłaby istnieć samodzielnie bez przyszłego wykonania obiektów budowlanych, w postaci określonej w tej umowie. Zatem nie można przychylić się do tezy Republiki Federalnej Niemiec, że umowa

główna zawiera części, które są istotne, oraz części, które są nieistotne lub obojętne z punktu widzenia niniejszego postępowania.

29 W związku z tym, w celu dokonania oceny dopuszczalności skargi, sporne przedsięwzięcie należy rozpatrywać w całości i pod kątem wszystkich jego cech i części składowych.

30 Tak więc sporna umowa, czyli sporne przedsięwzięcie rozpatrywane w całości, nie wywarła wszystkich swoich skutków w dniu upływu terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii przez to, że budowa obiektów została ukończona. Aspekt „wynajmu" tego przedsięwzięcia nadal bowiem wywierał w tym czasie skutki.

31 Wobec powyższych rozważań należy uznać, że skarga Komisji jest dopuszczalna.

Co do istoty

Argumentacja stron

32 Komisja podnosi, że KölnMesse z GKM-GbR nie wiążą wzajemnie jakikolwiek stosunek umowny, prawo ani obowiązek. W opinii Komisji jedynym podmiotem, który w niniejszym przypadku wchodzi w rachubę jako druga strona umowy z GKM-GbR, jest samo miasto Kolonia. Na mocy umowy głównej jedynie ono bowiem przyjęło na

siebie rzeczywiste zobowiązania wobec GKM-GbR. Ponadto KölnMesse nie mogłaby sama przeprowadzić takiego przedsięwzięcia budowlanego bez udziału miasta Kolonii, a GKM-GbR nie zgodziłaby się na realizację tego projektu bez pokrycia finansowego ze strony miasta. Poza tym KölnMesse nie stała się dłużnikiem GKM-GbR.

33 Jeśli chodzi o charakter prawny spornego przedsięwzięcia, Komisja utrzymuje, że stanowi ono zamówienie publiczne na roboty budowlane. Podnosi bowiem po pierwsze, że miasto Kolonia, instytucja zamawiająca jako jednostka samorządu terytorialnego, zawarła na piśmie umowę o charakterze odpłatnym z GKM-GbR jako wykonawcą na wykonanie przez nią obiektów budowlanych o wartości dalece przekraczającej próg określony we wspólnotowych przepisach, które miały zostać oddane do dyspozycji instytucji zamawiającej. Po drugie, jeśli chodzi o przedmiot tego przedsięwzięcia, wykonanie omawianych obiektów budowlanych, których wyłącznym przeznaczeniem było organizowanie w nich targów, nie było inicjatywą własną GKM-GbR. Z umowy głównej wynika również zdaniem Komisji, że te obiekty budowlane zostały wykonane zgodnie ze szczegółowymi specyfikacjami wskazanymi przez miasto Kolonia, które nie stanowiły zwykłego opisu dotyczącego wyposażenia w ramach umowy wynajmu. Zatem w niniejszym przypadku chodzi o wykonanie obiektów budowlanych odpowiadających wymogom określonym przez instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. a) ostatnia cześć zdania dyrektywy 93/37.

34 Komisja podnosi, że wniosku tego nie podważa fakt, iż umowa główna zawiera również elementy właściwe dla umowy najmu, to jest oddanie w użytkowanie obiektów budowlanych w zamian za rozłożoną w czasie zapłatę, stanowiącą wynagrodzenie za budowę tych obiektów. Nie można bowiem rozróżnić części „roboty budowlane" umowy i części „najem" lub „finansowanie", tak aby pierwsza z tych części podlegała zakresowi dyrektywy 93/37, a druga, jako świadczenie usług, dyrektywie 92/50. W każdym razie, jak przypomina Komisja, zgodnie z orzecznictwem Trybunału to główny przedmiot umowy określa jej kwalifikację, a w tym przypadku przedmiotem tym jest wykonanie obiektu budowlanego.

35 Komisja podnosi na koniec, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału to, czy miasto Kolonia zamierzało samo użytkować obiekt, który miał zostać zbudowany, czy też planowało oddać go do dyspozycji osoby trzeciej, jest nieistotne dla celów

zakwalifikowania spornego przedsięwzięcia jako zamówienia publicznego na roboty budowlane, podobnie jak to, czy będzie ono właścicielem gruntu i hal wystawowych z chwilą wygaśnięcia umowy głównej. Komisja wnioskuje, że miasto Kolonia powinno było zatem zorganizować przetarg na sporne zamówienie zgodnie z przepisami art. 7 ust. 4 i art. 11 dyrektywy 93/37.

36 Republika Federalna Niemiec odpiera, że jedynym podmiotem, który w mniejszym przypadku wchodzi w rachubę jako druga strona umowy z GKM-GbR, jest KölnMesse, ponieważ to właśnie te dwie spółki łączy w rzeczywistości główny stosunek umowny. W ramach oceny funkcjonalnej sytuacji jako całości jedynie bowiem KölnMesse jest najemcą, a GKM-GbR wynajmującym, poprzez umowę podnajmu, której zawarcie było przewidziane i która została zawarta w tym samym czasie co umowa główna, jej brzmienie było co do istoty identyczne z umową główną, a za jej pomocą wszystkie prawa i obowiązki wynikające z umowy głównej zostały przekazane KölnMesse.

37 Ponadto to właśnie KölnMesse, w celu wynajęcia hal wystawowych, które miano zbudować na należącym do niej gruncie, zaplanowała i przeprowadziła sporne przedsięwzięcie i to ostatecznie ona użytkuje te obiekty i płaci za to uzgodnione wynagrodzenie. Brak bezpośredniego stosunku umownego między KölnMesse i GKM-GbR wynika z tego, że operacja ta miała strukturę trójkąta, na którą zdecydowano się, kierując się względami funkcjonalnymi, a miasto Kolonia zostało włączone do stosunków umownych między wymienionymi spółkami jako gwarant, a nie jako dłużnik solidarny.

38 Republika Federalna Niemiec uważa więc, że wyłącznie KölnMesse, jako rzeczywista druga strona umowy z GKM-GbR, powinna była być brana pod uwagę pod kątem kryteriów, według których ustala się, czy dany podmiot objęty jest zakresem pojęcia instytucji zamawiającej, w celu ewentualnego zastosowania wspólnotowych regulacji dotyczących zamówień publicznych, nie zaś miasto Kolonia. Ponieważ skarga Komisji odnosi się jedynie do miasta Kolonii, powinna ona zostać odrzucona.

39 Jeśli chodzi o charakter prawny spornego przedsięwzięcia, Republika Federalna Niemiec utrzymuje, że umowa zawarta między miastem Kolonią i GKM-GbR nie jest zamówieniem na roboty budowlane, a jedynie gwarancją finansową, to jest umową akcesoryjną w stosunku do umowy głównej zawartej między GKM-GbR a KölnMesse.

40 Do celów kwalifikacji prawnej zamówienia, w skład którego wchodzi więcej aspektów mogących podlegać różnym uregulowaniom wspólnotowym dotyczącym zamówień publicznych, należałoby, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, mieć na uwadze główny przedmiot spornej umowy, a aby uznać, że chodzi tu o zamówienie publiczne na roboty budowlane, przedmiotem tym powinno być wykonanie obiektu budowlanego. To państwo członkowskie powołuje się w tym względzie na wyrok z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, Zb.Orz. s. I-1329. Tymczasem w niniejszym wypadku, w opinii Republiki Federalnej Niemiec, wykonanie obiektu budowlanego nie stanowiło głównego przedmiotu umów. Zarówno bowiem umowa główna, jak i umowa podnajmu wcale nie były „umowami o budowę", lecz i formalnie i materialnie „umowami najmu", w ramach których druga strona umowy uzyskuje, odpłatnie, wyłącznie prawo użytkowania przedmiotowych budynków. Z funkcjonalnego punktu widzenia omawiana konstrukcja umowna, przy udziale miasta Kolonii, miała na celu sfinansowanie projektu autorstwa KölnMesse.

41 Tego, że główny przedmiot spornej umowy polega na najmie przedmiotowych budynków, dowodzi, po pierwsze, porównanie kosztu najmu w okresie 30 lat, to jest około 600 mln EUR, z kosztem budowy tych budynków, który wynosi jedynie około 235 mln EUR, a po drugie, brak klauzuli umownej dotyczącej opcji zakupu lub obowiązku odkupienia, dotyczącej tych budynków, leżących po stronie miasta Kolonii lub KölnMesse po wygaśnięciu umowy najmu. W tym zakresie GKM-GbR ponosi ostatecznie ryzyko ekonomiczne spornego przedsięwzięcia.

42 W związku z tym, w opinii Republiki Federalnej Niemiec, bez względu na to, czy głównym przedmiotem umowy jest usługa najmu, czy usługa finansowania, chodzi tu o dwie sytuacje objęte zakresem przedmiotowym dyrektywy 92/50, której ewentualne naruszenie nie stanowi przedmiotu niniejszego postępowania.

Ocena Trybunału

43 W celu ustalenia, po pierwsze, który podmiot należy uznać za drugą stronę umowy z GKM-GbR, a więc który należy zbadać pod kątem kryteriów składających się na definicję pojęcia instytucji zamawiającej, należy stwierdzić, że skarga Komisji dotyczy umowy najmu określanej jako „główna", zawartej w dniu 6 sierpnia 2004 r. między miastem Kolonią i GKM-GbR.

44 Pomimo tego Republika Federalna Niemiec utrzymuje, że z punktu widzenia oceny funkcjonalnej przedsięwzięcia jako całości to KölnMesse jest rzeczywistą drugą stroną umowy z GKM-GbR i rzeczywistym najemcą wskutek umowy podnajmu. To bowiem KölnMesse zaplanowała i przeprowadziła sporne przedsięwzięcie, ostatecznie użytkuje omawiane obiekty i płaci za to uzgodnione wynagrodzenie.

45 Jednakże bezsporny jest fakt, że umowa główna z dnia 6 sierpnia 2004 r. zawarta została przez GKM-GbR i miasto Kolonię i nie było przy tym żadnej mowy na temat KölnMesse. Należy zauważyć również, że negocjacje w celu zawarcia tej umowy prowadziło miasto Kolonia w swoim imieniu i na własny rachunek. Ponadto szczegółowe specyfikacje dotyczące wykonania obiektów budowlanych zostały włączone przez miasto Kolonia do umowy i to jedynie wobec niego GKM-GbR podjęła zobowiązania. Podobnie miasto Kolonia prowadziło negocjacje, na skutek których sporządzono protokół zdawczo-odbiorczy spornych obiektów z dnia 30 listopada 2005 r. i został on podpisany przez miasto i GKM-GbR, bez jakiejkolwiek wzmianki na temat KölnMesse.

46 Zatem KölnMesse w ogóle nie pojawia się i nie bierze wcale udziału w stosunkach umownych między GKM-GbR i miastem Kolonia.

47 Stwierdzenia, że KölnMesse i GKM-GbR nie łączy żaden stosunek umowny, nie podważa fakt istnienia umowy sprzedaży na rzecz GKM-GbR przez KölnMesse gruntu, na którym zbudowano sporne obiekty budowlane. Umowa ta nie jest bowiem istotna w ramach spornego przedsięwzięcia, ponieważ polega ono na budowie i najmie tych obiektów.

48 Podobnie umowa podnajmu z dnia 11 sierpnia 2004 r. i porozumienie wykonawcze do tej umowy z tego samego dnia nie mogą zaprzeczyć powyższemu stwierdzeniu, ponieważ dotyczą one jedynie stosunków łączących KölnMesse i miasto Kolonię i w ogóle nie mają wpływu na stosunki umowne między miastem Kolonią i GKM-GbR ani na podjęte przez nie wzajemne zobowiązania.

49 Nie jest też istotny fakt, że autorstwo spornego przedsięwzięcia należałoby być może przypisać KölnMesse, ponieważ nie ma o niej żadnej mowy w umowie głównej zawartej z GKM-GbR.

50 Nieistotny jest również fakt, że przedmiotowe obiekty budowlane przeznaczone są na działalność KölnMesse, która ostatecznie je użytkuje i wnosi miesięczną opłatę tytułem świadczenia wzajemnego (zob. podobnie wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb.Orz. s. I-385, pkt 33, 35, 42). Należy ponadto w tej sytuacji zwrócić uwagę, że z dokumentów zatytułowanych „list intencyjny" z dni 8 grudnia 2003 r. i 14 lipca 2004 r., których Republika Federalna Niemiec nie zakwestionowała, wynika, iż miasto Kolonia zobowiązało się wziąć na siebie ciężar finansowy spornego przedsięwzięcia w razie gdyby, po 2012 r., KölnMesse nie była w stanie ponosić kosztu czynszu.

51 Zatem funkcjonalna interpretacja spornego przedsięwzięcia, lansowana przez Republikę Federalną Niemiec, nie może podważyć stwierdzenia, iż na podstawie umowy głównej miasto Kolonia jest jedynym podmiotem będącym drugą stroną umowy z GKM-GbR, która za taki je uważa i przyjmuje, ani też nie może prowadzić do zastąpienia miasta Kolonii przez KölnMesse w wykonaniu jego zobowiązań umownych.

52 Należy zatem uznać, że w ramach spornego przedsięwzięcia jedynym podmiotem będącym drugą stroną umowy dla GKM-GbR jest miasto Kolonia. Jako jednostka samorządu terytorialnego stanowi ono instytucję zamawiającą w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 93/37.

53 Po drugie, należy zająć się kwestią kwalifikacji prawnej spornego przedsięwzięcia, aby sprawdzić, czy stanowi ono zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu uregulowań wspólnotowych.

54 W tym względzie należy przypomnieć przede wszystkim, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału dokonanie takiej kwalifikacji należy do właściwości prawa wspólnotowego i że kwalifikacja dokonana według prawa krajowego nie jest w tym względzie istotna (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Auroux i in., pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo). Podobnie sposób kwalifikacji umowy przez umawiające się strony też nie jest decydujący.

55 W dalszej kolejności należy podkreślić, że definicja pojęcia „zamówienie publiczne na roboty budowlane", zawarta w art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, obejmuje wszelkie przedsięwzięcia, w których między instytucją zamawiającą a wykonawcą zawarta zostaje umowa o charakterze odpłatnym, bez względu na jej formalne zakwalifikowanie, której przedmiotem jest wykonanie przez tego wykonawcę „obiektu budowlanego" w rozumieniu art. 1 lit. c) tej dyrektywy. W tym względzie zasadniczym kryterium jest to, by obiekt budowlany był wykonany zgodnie z wymogami określonymi przez instytucję zamawiającą, bez względu na środki używane w celu jego wykonania.

56 Jeśli chodzi o przedmiot spornego przedsięwzięcia, należy zauważyć, że umowa główna, zawarta w dniu 6 sierpnia 2004 r. między miastem Kolonią a GKM-GbR, formalnie zakwalifikowana jest jako „umowa najmu" i że faktycznie zawiera ona elementy z zakresu umowy najmu. Jednakże trzeba zauważyć, że w tym czasie budowa omawianych obiektów nawet się nie rozpoczęła. W związku z tym bezpośrednim celem tej umowy nie mógł być najem nieruchomości, których budowa jeszcze się nie rozpoczęła. Tak więc priorytetowym celem tej umowy mogła być jedynie, logicznie

rzecz biorąc, budowa tych obiektów, które następnie miały zostać oddane do dyspozycji miasta Kolonii za pośrednictwem umownego stosunku zakwalifikowanego jako „umowa najmu".

57 Tymczasem, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, w wypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia mających zastosowanie uregulowań wspólnotowych.

58 Należy stwierdzić ponadto, że przedmiotowe obiekty zostały wykonane zgodnie z bardzo szczegółowymi specyfikacjami, określonymi przez miasto Kolonię w umowie głównej. Z umowy tej i z załączników do niej wynika, że specyfikacje te, odnoszące się do szczegółowego opisu budynków, które miano zbudować, ich jakości i ich wyposażenia, wykraczają znacznie poza zwyczajne wymagania najemcy w stosunku do nowej nieruchomości pewnych rozmiarów.

59 Zatem należy uznać, że podstawowym celem umowy głównej było wzniesienie omawianych hal wystawowych zgodnie z wymogami określonymi przez miasto Kolonię. Ponadto hale te stanowią „obiekt budowlany" w rozumieniu art. 1 lit. c) dyrektywy 93/37, ponieważ ich celem jest samoistne spełnianie funkcji gospodarczej, a ich wartość znacznie przekracza próg określony w art. 6 tej dyrektywy. Co więcej, umowa ta została zawarta jako umowa o charakterze odpłatnym, GKM-GbR działała w tym wypadku jako wykonawca, niezależnie od tego, że podzleciła ona wykonanie tego obiektu (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 90), a miasto Kolonia jest instytucją zamawiającą. Umowę tę należy więc zakwalifikować jako zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37.

60 Wniosku tego nie podważa argument, w którym Republika Federalna Niemiec podnosi okoliczność, że ostateczna kwota, która będzie musiała być zapłacona GKM-GbR z racji

czynszu i która wyniesie na koniec około 600 mln EUR, znacznie przewyższa koszt budowy obiektów, który wynosi około 235 mln EUR, co miałoby dowodzić tego, że przeważającym elementem w spornym przedsięwzięciu jest aspekt „usług".

61 W istocie decydującym elementem do celów kwalifikacji takiego zamówienia, jak zamówienie będące przedmiotem sporu, jest główny przedmiot zamówienia, a nie kwota wynagrodzenia wykonawcy czy sposób jej uregulowania. Ponadto niemożliwe jest przeprowadzenie bezpośredniego porównania tych dwóch kwot w liczbach bezwzględnych, ponieważ przybliżona kwota 600 mln EUR zostanie zapłacona w miesięcznych płatnościach rozłożonych w czasie na przestrzeni blisko 30 lat, podczas gdy kwota 235 mln EUR odpowiada wartości kosztu robót na chwilę ich zakończenia pod koniec 2005 r. W rzeczywistości kwota 600 mln EUR, gdyby przeliczyć jej wartość na chwilę zakończenia robót, jest dużo bliższa kwocie 235 mln EUR. W każdym razie nawet jeżeli część kwoty 600 mln EUR stanowi wynagrodzenie za część umowy właściwą dla najmu, część ta z konieczności jest niewielka i nie może mieć wpływu na kwalifikację spornego zamówienia.

62 Podobnie do celów kwalifikacji spornego zamówienia nie jest istotny fakt, że w umowie głównej nie przewidziano ewentualnie, po stronie miasta Kolonii lub KölnMesse, opcji lub obowiązku odkupienia wzniesionych budynków (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Auroux i in., pkt 47).

63 Wobec całości powyższych rozważań należy uznać, że umowa główna z dnia 6 sierpnia 2004 r., rozpatrywana na tle ogółu okoliczności spornego przedsięwzięcia, stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, które powinno było zostać udzielone zgodnie z przepisami art. 7 ust. 4 i art. 11 tej dyrektywy. Skargę Komisji należy zatem uznać za zasadną.

64 W związku z tym należy stwierdzić, że ze względu na to, iż miasto Kolonia zawarło z GKM-GbR umowę z dnia 6 sierpnia 2004 r., nie zastosowawszy procedury

przetargowej, o której mowa w przepisach art. 7 ust. 4 i art. 11 dyrektywy 93/37, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy tych przepisów.

W przedmiocie kosztów

65 Zgodnie z art. 69 § 2 regulaminu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja wniosła o obciążenie Republiki Federalnej Niemiec kosztami postępowania, a Republika Federalna Niemiec przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

1) **Ze względu na to, iż miasto Kolonia zawarło z Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, przekształconą w Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8–11 GbR, umowę z dnia 6 sierpnia 2004 r., nie zastosowawszy procedury przetargowej, o której mowa w przepisach art. 7 ust. 4 i art. 11 dyrektywy 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, Republika Federalna Niemiec uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciążą na mocy tych przepisów.**

2) **Republika Federalna Niemiec zostaje obciążona kosztami postępowania.**

Podpisy