ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (štvrtá komora)

z 29. októbra 2009 *

Vo veci C-536/07,

ktorej predmetom je žaloba o nesplnenie povinnosti podľa článku 226 ES, podaná 30. novembra 2007,

Komisia Európskych spoločenstiev, v zastúpení: D. Kukovec a R. Sauer, splnomocnení zástupcovia, s adresou na doručovanie v Luxemburgu,

žalobkyňa,

proti

Spolkovej republike Nemecko, v zastúpení: M. Lumma a J. Möller, splnomocnení zástupcovia, za právnej pomoci H.-J. Prieß, Rechtsanwalt, s adresou na doručovanie v Luxemburgu,

žalovanej,

* Jazyk konania: nemčina.

SÚDNY DVOR (štvrtá komora),

v zložení: predseda tretej komory K. Lenaerts, vykonávajúci funkciu predsedu štvrtej komory, sudcovia R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (spravodajca), G. Arestis a J. Malenovský,

generálna advokátka: V. Trstenjak,
tajomník: N. Nančev, referent,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 25. marca 2009,

po vypočutí návrhov generálnej advokátky na pojednávaní 4. júna 2009,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Komisia Európskych spoločenstiev sa svojou žalobou domáha, aby Súdny dvor určil, že Spolková republika Nemecko si tým, že mesto Kolín nad Rýnom uzavrelo 6. augusta 2004 s Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, teraz Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8 — 11 GbR (ďalej len „GKM-GbR"), „zmluvu o prenájme pozemku so štyrmi veľtržnými halami" bez toho, aby vykonalo verejné obstarávanie s celoeurópskym vyhlásením podľa článku 7 v spojení s článkom 11 smernice Rady

93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 199, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163), nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z týchto ustanovení.

Právna úprava Spoločenstva

2 Článok 1 smernice 93/37 stanovuje:

„Na účely tejto smernice:

a) ‚verejné zmluvy na zhotovenie prác' sú odplatné zmluvy, uzavreté písomne medzi zhotoviteľom a obstarávateľom definovaným v písmene b), ktorých predmetom je buď zhotovenie práce, alebo zhotovenie práce a vypracovanie projektovej dokumentácie uvedených v prílohe II, alebo zhotovenie práce týkajúcej sa jednej z činností uvedených v prílohe II, alebo práce definovanej v písmene c), alebo zhotovenie práce, zodpovedajúcich požiadavkám, ktoré určil obstarávateľ [‚verejné zmluvy na zhotovenie prác' sú odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi zhotoviteľom a verejným obstarávateľom definovaným v písmene b), ktorých predmetom je buď vykonanie práce, alebo súčasne vykonanie práce a vypracovanie projektovej dokumentácie, ktoré sa týkajú jednej z činností uvedených v prílohe II alebo diela definovaného v písmene c), alebo zhotovenie — akýmkoľvek spôsobom — diela zodpovedajúceho požiadavkám, ktoré určil verejný obstarávateľ — *neoficiálny preklad*];

b) ‚obstarávatelia' [‚verejní obstarávatelia' — *neoficiálny preklad*]… regionálne alebo miestne orgány [územné samosprávne celky — *neoficiálny preklad*]…

…

c) ‚práca' [‚dielo' — *neoficiálny preklad*] znamená výsledok stavebných alebo inžinierskych prác chápaných ako celok, ktoré samy osebe spĺňajú ekonomickú a technickú funkciu [ktorý sám osebe spĺňa ekonomickú alebo technickú funkciu — *neoficiálny preklad*];

…"

3 Článok 6 tejto smernice stanovuje:

„1. Táto smernica sa uplatní na:

a) verejné zmluvy na zhotovenie prác, ktorých predpokladaná čistá hodnota bez DPH nie je nižšia ako hodnota vyjadrená v [ECU] zodpovedajúca sume 5 000 000 SDR (zvláštne práva čerpania);

…"

4 Článok 7 ods. 2 a 3 tejto smernice uvádzajú prípady, kedy verejní obstarávatelia môžu uzavrieť verejné zmluvy na zhotovenie prác prostredníctvom rokovacieho konania. Podľa odseku 3 písm. b) tohto článku môžu verejní obstarávatelia použiť toto konanie, „keď z technických alebo umeleckých dôvodov, alebo z dôvodov spojených s ochranou výhradných práv môžu práce vykonávať len niektorí zhotovitelia".

5 Článok 7 ods. 4 stanovuje:

„Vo všetkých ostatných prípadoch budú obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*] uzatvárať verejné zmluvy na zhotovenie práce prostredníctvom otvorenej alebo užšej súťaže.“

6 Článok 11 smernice 93/37 uvádza povinnosti týkajúce sa zverejnenia, ktoré musia verejní obstarávatelia dodržiavať, keď používajú otvorenú alebo užšiu súťaž na účely uzavretia verejných zmlúv na zhotovenie prác.

7 V článku 1 smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322) sa uvádza:

„Na účely tejto smernice:

a) *‚verejné zmluvy na poskytnutie služieb‘* sú odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi poskytovateľom služieb a obstarávateľom [verejným obstarávateľom — *neoficiálny preklad*], s výnimkou:

…

iii) zmlúv na kúpu alebo prenájom pozemkov, existujúcich budov alebo iného nehnuteľného majetku akýmikoľvek finančnými prostriedkami, avšak objed-

návky na finančné služby, uzavreté v tom istom čase, pred uzavretím alebo po uzavretí zmluvy o kúpe alebo prenájme, v akejkoľvek forme, sa spravujú touto smernicou;

…“

Sporná transakcia a konanie pred podaním žaloby

8 KölnMesse GmbH (ďalej len „KölnMesse“) je spoločnosťou založenou podľa súkromného práva, v ktorej podiel vo výške 79,02 % má mesto Kolín nad Rýnom a podiel vo výške 20 % má spolková krajina Severné Porýnsko-Vestfálsko, pričom zvyšných 0,98 % je rozdelených medzi rôzne komory a združenia. Predmetom jej podnikania je organizovanie a realizácia veľtrhov a výstav na účely podpory priemyslu, obchodu a remesiel.

9 Dňa 18. decembra 2003 KölnMesse predala súkromnej investičnej spoločnosti GKM--GbR za 67,4 milióna eur pozemok na účely výstavby štyroch veľtržných hál. Územný plán bol začlenený do kúpnej zmluvy tohto pozemku.

10 Dňa 6. augusta 2004 mesto Kolín nad Rýnom a spoločnosť GKM-GbR uzavreli zmluvu označenú ako „zmluva o nájme pozemku so štyrmi veľtržnými halami“, na základe ktorej spoločnosť GKM-GbR dala mestu Kolín nad Rýnom do užívania na dobu 30 rokov predmetný pozemok a budovy, ktoré mali byť na ňom postavené, za mesačné nájomné vo výške 1,725 milióna eur, pričom prvých trinásť mesiacov bolo od nájomného oslobodených. Zmluvné strany sa dohodli na označení tejto zmluvy ako „hlavnej zmluvy“. Podľa tejto zmluvy sa GKM-GbR zaviazala zhotoviť stavby prinajmenšom strednej kvality a dať ich mestu Kolín nad Rýnom k dispozícii v súlade s požiadavkami na ich rozmery, povahu a vybavenie, ktoré boli špecifikované v predmetnej zmluve. Táto požiadavka bola stanovená v spise týkajúcom sa stavebného

povolenia mesta Kolín nad Rýnom. Podľa odhadov spoločnosti KölnMesse, ktoré Komisia nenapadla, náklady na zhotovenie uvedených stavieb dosahujú približne 235 miliónov eur.

11 Zmluvou z 11. augusta 2004 nazvanou „zmluva o podnájme pozemku so štyrmi veľtržnými halami“, ktorej znenie sa vo veľkej časti zhoduje so znením hlavnej zmluvy, mesto Kolín nad Rýnom prenechalo spoločnosti KölnMesse užívanie budov, ktoré mali byť postavené a ktoré sú opísané v hlavnej zmluve. V dňoch 11. a 16. augusta 2004 oba tieto subjekty uzavreli dohodu označenú ako „vykonávacia dohoda týkajúca sa zmluvy o podnájme“, v ktorej mesto Kolín nad Rýnom splnomocnilo spoločnosť KölnMesse na vykonávanie všetkých svojich práv a povinností voči spoločnosti GKM-GbR. Mesto Kolín nad Rýnom malo taktiež dbať na to, aby spoločnosť GKM-GbR v priamej spolupráci so spoločnosťou KölnMesse splnila všetky povinnosti vyplývajúce z hlavnej zmluvy.

12 Zmluvné strany sa zhodujú, že protiplnenie, ktoré má mesto Kolín nad Rýnom poskytnúť spoločnosti GKM-GbR na základe hlavnej zmluvy, t. j. mesačné nájomné za dobu 30 rokov trvania zmluvy, dosiahne celkovú výšku okolo 600 miliónov eur.

13 Podľa tvrdenia Spolkovej republiky Nemecko boli veľtržné haly dokončené a odovzdané mestu Kolín nad Rýnom ako hlavnému nájomcovi 1. decembra 2005.

14 Dňa 7. septembra 2005 bola Komisii doručená sťažnosť, že uvedená transakcia bola verejnou zmluvou na zhotovenie prác a že pri jej uzatvorení došlo k porušeniu predpisov Spoločenstva.

15 Komisia v liste z 19. decembra 2005 vyzvala Spolkovú republiku Nemecko, aby v tejto veci predložila svoje pripomienky.

16 V liste z 15. februára 2006 Spolková republika Nemecko oznámila, že v prípade spoločnosti Kölnmesse nejde o verejného obstarávateľa v zmysle článku 1 písm. b) smernice 93/37, a preto sa na predmetnú transakciu nevzťahuje právo Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania. K tomuto listu bola pripojená kópia stanov spoločnosti KölnMesse.

17 Dňa 4. júla 2006 zaslala Komisia Spolkovej republike Nemecko doplňujúcu výzvu, v ktorej ju žiada, aby jej zaslala zmluvy uzavreté v rámci spornej transakcie, ako aj ďalšie relevantné dokumenty a informácie.

18 V liste z 8. septembra 2006 Spolková republika Nemecko trvala na svojom postoji, podľa ktorého sa na spornú transakciu nevzťahuje právo Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, a zaslala Komisii zmluvy (bez príloh) uvedené v bodoch 10 a 11 tohto rozsudku.

19 V liste z 18. októbra 2006 Komisia zaslala Spolkovej republike Nemecko odôvodnené stanovisko, v ktorom ju vyzvala, aby splnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, v lehote dvoch mesiacov od doručenia tohto stanoviska.

20 V liste z 12. decembra 2006 Spolková republika Nemecko opätovne poprela porušenie práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, pričom tvrdila, že konanie o nesplnení povinnosti nie je v žiadnom prípade prípustné, pretože 1. decembra 2005, t. j. pred samotným zaslaním výzvy, bola dokončená stavba veľtržných hál a tieto haly boli odovzdané mestu Kolín nad Rýnom.

21 Vzhľadom na zaujaté stanovisko sa Komisia rozhodla podať predmetnú žalobu.

O žalobe

O prípustnosti

22 Spolková republika Nemecko uplatňuje námietku neprípustnosti, ktorá je založená na týchto skutočnostiach: uplynutie lehoty stanovenej v odôvodnenom stanovisku, t. j. k 18. decembru 2006, všetky účinky spornej zmluvy zanikli, lebo stavby, na ktoré sa žaloba vzťahuje, už boli dávno dokončené. Spolková republika Nemecko sa v tejto súvislosti odvoláva na protokol o prevzatí („Übernahmeprotokoll"), ktorý bol vydaný po troch dňoch rokovaní medzi mestom Kolín nad Rýnom a spoločnosťou GKM-GbR 30. novembra 2005, teda ešte pred samotným vydaním výzvy, a ktorý preukazuje, že predmetné stavby boli k tomuto dňu spoločnosťou GKM-GbR riadne odovzdané a prevzaté mestom Kolín nad Rýnom. Tieto stavby boli od januára 2006 používané v súlade s ich účelom. Dňa 16. januára 2006 sa v predmetných priestoroch uskutočnilo oficiálne otvorenie medzinárodnej výstavy nábytku.

23 V tomto ohľade je potrebné pripomenúť, že v súlade s ustálenou judikatúrou Súdneho dvora v oblasti verejného obstarávania, žaloba o nesplnenie povinnosti je neprípustná, ak k dátumu uplynutia lehoty stanovenej v odôvodnenom stanovisku už účinky predmetnej zmluvy zanikli (pozri medzi inými rozsudky z 2. júna 2005, Komisia/Grécko, C-394/02, Zb. s. I-4713, bod 18 a citovanú judikatúru, ako aj z 11. októbra 2007, Komisia/Grécko, C-237/05, Zb. s. I-8203, bod 29).

24 V prejednávanej veci je vhodné preskúmať, či ku dňu uplynutia lehoty stanovenej v odôvodnenom stanovisku, t. j. k 18. decembru 2006, bola sporná zmluva, alebo aspoň

jej časť, ešte v štádiu vykonávania, alebo naopak boli všetky plnenia vyplývajúce z tejto zmluvy ukončené, a teda účinky zmluvy zanikli.

25 Pod pojmom „predmetná zmluva“ alebo v súlade s inou formuláciou používanou v judikatúre, „sporná verejná zmluva“ (pozri napríklad rozsudok z 10. apríla 2003, Komisia/Nemecko, C-20/01 a C-28/01, Zb. s. I-3609, bod 33 a citovanú judikatúru) Súdny dvor predmetnú transakciu posudzuje ako celok s ohľadom na jej všeobecný kontext a v závislosti od jej vecných prvkov.

26 V prejednávanom prípade je nesporné, že konečným cieľom transakcie uzavretej medzi mestom Kolín nad Rýnom, spoločnosťou GKM-GbR a spoločnosťou KölnMesse bolo dať spoločnosti KölnMesse, ktorá je z veľkej časti vo vlastníctve mesta Kolín nad Rýnom, dlhodobo k dispozícii veľtržné haly, ktoré mali byť postavené spoločnosťou GKM-GbR. Zároveň sa mesto Kolín nad Rýnom v zmluve o nájme zaviazalo, že bude spoločnosti GKM-GbR mesačne platiť určitú peňažnú čiastku ako nájomné, pričom tieto prevody prostriedkov mali v skutočnosti slúžiť na financovanie predmetných stavebných prác, ako to okrem toho pripúšťa Spolková republika Nemecko.

27 Účel a konkrétne vykonanie tejto transakcie vyplývajú najmä zo zmluvy o nájme označenej ako „hlavnej“ uzavretej 6. augusta 2004, v ktorej sa spoločnosť GKM-GbR zaviazala realizovať stavby podľa detailných požiadaviek mesta Kolín nad Rýnom na účely ich prenajatia, ako aj zo zmluvy o podnájme a z „vykonávacej dohody týkajúcej sa zmluvy o podnájme“, v ktorých dalo mesto Kolín nad Rýnom spoločnosti KölnMesse do užívania predmetné stavby, ktoré mali byť postavené.

28 Predmetná transakcia teda obsahuje časť „stavebné práce“ a časť „prenájom“ alebo „financovanie“. V tejto súvislosti nezávisle od otázok, ktorý prvok prevažuje alebo aký je hlavný cieľ tejto transakcie a či mesto Kolín nad Rýnom konalo vo vzťahu k spoločnosti GKM-GbR iba ako ručiteľ, ktoré budú preskúmané v rámci hmotnoprávneho

posúdenia veci, je vhodné konštatovať, že tieto dva rôzne prvky uvedenej transakcie tvoria neoddeliteľný celok. Zhotovenie stavieb tak, ako boli navrhnuté a realizované, by totiž bolo bezpredmetné, ak by neexistovala zmluva o nájme, pričom táto zmluva by nemohla samostatne existovať bez budúcej realizácie stavieb, ako to bolo stanovené v predmetnej zmluve. Téza Spolkovej republiky Nemecko, podľa ktorej hlavná zmluva obsahuje na účely tejto žaloby relevantné, nerelevantné alebo neutrálne časti, teda nemôže byť prijatá.

29 Z uvedeného vyplýva, že na účely posúdenia prípustnosti predmetnej žaloby musí byť táto transakcia posúdená ako celok a s ohľadom na všetky jej parametre a prvky.

30 Všetky účinky predmetnej zmluvy, t. j. spornej transakcie posudzovanej ako celok, neboli ukončené ku dňu uplynutia lehoty stanovenej v odôvodnenom stanovisku na základe toho, že predmetné stavby boli dokončené. V skutočnosti z časti „prenájom“ tejto transakcie k tomuto dátumu aj naďalej plynuli právne účinky.

31 Z vyššie uvedených úvah vyplýva, že žaloba, ktorú podala Komisia, je prípustná.

O veci samej

Argumentácia účastníkov konania

32 Komisia uvádza, že medzi spoločnosťou KölnMesse a spočnosťou GKM-GbR neexistuje žiadny zmluvný vzťah, právo alebo povinnosť. Podľa názoru Komisie môže byť subjektom, ktorý v prejednávanom prípade prichádza do úvahy ako zmluvný partner spoločnosti GKM-GbR, iba mesto Kolín nad Rýnom. V súlade s hlavnou

zmluvou totiž iba toto mesto prevzalo skutočné záväzky vo vzťahu k spoločnosti GKM-GbR. Okrem toho by spoločnosť KölnMesse nemohla takýto projekt výstavby uskutočniť bez účasti mesta Kolín nad Rýnom a bez finančného pokrytia, ktoré toto mesto poskytlo. Okrem toho KölnMesse sa nestala dlžníkom spoločnosti GKM-GbR.

33 Pokiaľ ide o právnu povahu predmetnej transakcie, Komisia tvrdí, že ide o verejnú zmluvu na zhotovenie prác. Po prvé uvádza, že mesto Kolín nad Rýnom ako verejný obstarávateľ, ktorý je územným samosprávnym celkom, písomne uzavrelo so spoločnosťou GKM-GbR ako so zhotoviteľom odplatnú zmluvu, na ktorej základe mala táto spoločnosť realizovať stavby v hodnote, ktorá značne presahovala prahové hodnoty stanovené v predpisoch Spoločenstva, pričom tieto stavby mali byť dané k dispozícii verejnému obstarávateľovi. Po druhé, pokiaľ ide o predmet transakcie, vykonanie dotknutých stavieb, ktoré boli určené výhradne na organizovanie veľtrhov, nevychádzalo z vlastnej iniciatívy spoločnosti GKM-GbR. Z hlavnej zmluvy taktiež vyplýva, že tieto stavby boli zhotovené v súlade s podrobnými špecifikáciami stanovenými mestom Kolín nad Rýnom, ktoré nepredstavovali iba jednoduchý opis vybavenia v rámci zmluvy o nájme. V dôsledku uvedeného ide podľa Komisie v prejednávanom prípade o zhotovenie diela zodpovedajúce požiadavkám stanoveným verejným obstarávateľom v zmysle článku 1 písm. a) poslednej časti vety smernice 93/37.

34 Komisia tvrdí, že tento záver nemôže byť vyvrátený skutočnosťou, že hlavná zmluva obsahuje taktiež prvky zmluvy o nájme, t. j. poskytnutie užívania stavieb prostredníctvom splátok, ktoré predstavujú odmenu za zhotovenie týchto stavieb. Nie je totiž možné rozlíšiť časť tejto zmluvy týkajúcu sa „stavebných prác“ a časť týkajúcu sa „prenájmu“ alebo „financovania“ v tom zmysle, že by sa na prvú časť vzťahovala smernica 93/37 a na druhú časť ako na poskytovanie služieb smernica 92/50. Komisia pripomína, že v súlade s judikatúrou Súdneho dvora je kvalifikácia zmluvy určená jej hlavným predmetom, pričom v prejednávanej veci je týmto hlavným predmetom zhotovenie diela.

35 Komisia nakoniec uviedla, že podľa judikatúry Súdneho dvora nie je pre kvalifikáciu transakcie ako verejnej zákazky na zhotovenie prác relevantná otázka, či samotné mesto

Kolín nad Rýnom malo zámer používať stavby, alebo či toto mesto malo zámer dať ich k dispozícii tretej osobe, ako ani otázka, či mesto Kolín nad Rýnom bude po skončení platnosti hlavnej zmluvy vlastníkom pozemkov a veľtržných hál. Komisia teda dospela k záveru, že mesto Kolín nad Rýnom malo začať postup verejného obstarávania v súlade s ustanoveniami článku 7 ods. 4 a článku 11 smernice 93/37.

36 Spolková republika Nemecko odpovedala, že jediným subjektom, ktorý v prejednávanom prípade prichádza do úvahy ako zmluvný partner spoločnosti GKM-GbR, je spoločnosť KölnMesse, pretože v skutočnosti sa v hlavnom zmluvnom vzťahu nachádzajú tieto dve spoločnosti. V rámci funkčného posúdenia celkovej situácie je totiž iba spoločnosť KölnMesse nájomcom a spoločnosť GKM-GbR prenajímateľom, a to prostredníctvom zmluvy o podnájme, ktorá bola stanovená a uzavretá zároveň s hlavnou zmluvou, pričom jej znenie je v podstate rovnaké s hlavnou zmluvou a na jej základe boli všetky práva a povinnosti vyplývajúce z hlavnej zmluvy prevedené na spoločnosť KölnMesse.

37 Okrem toho práve spoločnosť KölnMesse, ktorá na účely prenájmu veľtržných hál, ktoré mali byť postavené na jej pozemku, plánovala a uskutočnila predmetnú transakciu, pričom v konečnom dôsledku táto spoločnosť je subjektom, ktorý predmetné stavby užíva, a z tohto dôvodu platí dohodnutú peňažnú protihodnotu. Neexistencia priamych zmluvných vzťahov medzi spoločnosťou KölnMesse a spoločnosťou GKM-GbR vyplýva z trojstrannej transakcie, ktorá bola zvolená z funkčných dôvodov, pričom mesto Kolín nad Rýnom bolo do zmluvných vzťahov medzi oboma spoločnosťami zapojené ako ručiteľ, a nie ako solidárny dlžník.

38 Spolková republika Nemecko sa v dôsledku uvedeného nazdáva, že nie mesto Kolín nad Rýnom, ale iba spoločnosť KölnMesse ako skutočný zmluvný partner spoločnosti GKM-GbR mala byť posudzovaná z hľadiska kritérií, na základe ktorých je možné stanoviť, či sa na tento subjekt vzťahuje pojem „verejný obstarávateľ“ na účely prípadného uplatnenia predpisov Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania. Žaloba Komisie teda musí byť v rozsahu, v akom sa týka iba mesta Kolín nad Rýnom, zamietnutá.

39 Pokiaľ ide o právnu povahu predmetnej transakcie, Spolková republika Nemecko tvrdí, že zmluva uzavretá medzi mestom Kolín nad Rýnom a spoločnosťou GKM-GbR nie je verejnou zmluvou na zhotovenie prác, ale iba finančnou zárukou, t. j. dodatočnou dohodou k hlavnej zmluve uzavretej medzi spoločnosťami GKM-GbR a KölnMesse.

40 Na účely právnej kvalifikácie verejnej zmluvy zloženej z viacerých prvkov, na ktoré sa môžu vzťahovať rôzne predpisy Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, je v súlade s judikatúrou Súdneho dvora potrebné zohľadniť hlavný predmet spornej zmluvy, pričom na to, aby bolo možné považovať ju za verejnú zmluvu na práce, je potrebné, aby tento predmet spočíval v zhotovení diela. Spolková republika Nemecko sa v tejto súvislosti odvoláva na rozsudok z 19. apríla 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Zb. s. I-1329). V prejednávanom prípade nebolo nej predmetom týchto zmlúv zhotovenie diela. V skutočnosti tak hlavná zmluva, ako aj zmluva o podnájme nie sú v žiadnom prípade „zmluvy o zhotovení stavby“, ale z formálneho a vecného hľadiska ide o „zmluvy o nájme“, v rámci ktorých zmluvný partner získa za odplatu iba právo na užívanie predmetných stavieb. Z funkčného hľadiska je cieľom predmetnej zmluvnej konštrukcie s účasťou mesta Kolín nad Rýnom financovanie projektu vypracovaného spoločnosťou KölnMesse.

41 Skutočnosť, že hlavný predmet spornej zmluvy spočíva v nájme dotknutých budov, je taktiež preukázaná jednak porovnaním medzi nákladmi na prenájom na dobu 30 rokov, t. j. približne 600 miliónov eur, a nákladmi na výstavbu týchto budov, ktoré dosahujú iba 235 miliónov eur, a jednak neexistenciou zmluvného ustanovenia o možnosti odkúpenia alebo povinnosti odkúpenia uvedených budov mestom Kolín nad Rýnom alebo spoločnosťou KölnMesse po uplynutí doby prenájmu. V tomto zmysle spoločnosť GKM-GbR v konečnom dôsledku znáša hospodárske riziko vyplývajúce zo spornej transakcie.

42 Spolková republika Nemecko sa teda domnieva, že bez ohľadu na to, či je hlavným predmetom zmluvy služba spočívajúca v prenájme alebo služba spočívajúca vo financovaní, ide o dve situácie, na ktoré sa vzťahuje smernica 92/50, ktorej prípadné porušenie nie je predmetom tohto konania.

Posúdenie Súdnym dvorom

43 S cieľom v prvom rade určiť, ktorý subjekt má byť považovaný za zmluvného partnera spoločnosti GKM-GbR a teda ktorý subjekt má byť posudzovaný podľa kritérií, ktoré definujú pojem „verejný obstarávateľ“, treba konštatovať, že žaloba Komisie sa týka zmluvy o nájme označenej ako „hlavnej“, ktorá bola uzavretá 6. augusta 2004 medzi mestami Kolín nad Rýnom a GKM-GbR.

44 Bez ohľadu na uvedenú skutočnosť Spolková republika Nemecko uvádza, že z uhla pohľadu funkčného posúdenia transakcie ako celku je spoločnosť KölnMesse skutočným zmluvným partnerom spoločnosti GKM-GbR a je skutočným nájomcom, čo vyplýva zo zmluvy o podnájme. Spoločnosť KölnMesse vypracovala a uskutočnila spornú transakciu, pričom práve táto spoločnosť mala v konečnom dôsledku predmetné stavby využívať a ako protiplnenie platiť dohodnutú odmenu.

45 Je však nesporné, že hlavná zmluva zo 6. augusta 2004 bola medzi spoločnosťou GKM-GbR a mestom Kolín nad Rýnom uzavretá bez toho, aby v nej bola zmienená spoločnosť KölnMesse. Je dôležité taktiež zdôrazniť, že rokovania, ktoré skončili uzavretím predmetnej zmluvy, boli vedené mestom Kolín nad Rýnom vo svojom mene a na svoj účet. Okrem toho mesto Kolín nad Rýnom vložilo do tejto zmluvy podrobné špecifikácie zhotovenia predmetných stavieb, pričom spoločnosť GKM-GbR prijala záväzky iba voči tomuto mestu. Rokovania, ktoré viedli k vypracovaniu protokolu o prevzatí predmetných stavieb z 30. novembra 2005, boli vedené mestom Kolín nad Rýnom, pričom táto zápisnica bola podpísaná uvedeným mestom a spoločnosťou GKM-GbR bez odkazu na spoločnosť KölnMesse.

46 Spoločnosť KölnMesse sa v žiadnom prípade neobjavuje a ani nevystupuje v zmluvných vzťahoch medzi spoločnosťou GKM-GbR a mestom Kolín nad Rýnom.

47 Záver, podľa ktorého neexistuje nijaký zmluvný vzťah medzi spoločnosťami GKM-GbR a KölnMesse, nespochybňuje kúpna zmluva uzavretá medzi spoločnosťou GKM-GbR ako predávajúcim a spoločnosťou KölnMesse ako kupujúcim, ktorá sa týka pozemku, na ktorom boli predmetné stavby postavené. Táto zmluva nie je relevantná v rámci spornej transakcie, ktorá spočíva vo výstavbe a prenájme týchto stavieb.

48 Rovnako tak zmluva o podnájme z 11. augusta 2004, ako aj vykonávacia dohoda týkajúca sa tejto zmluvy z toho istého dňa nemôžu vyvrátiť predchádzajúci záver, lebo sa týkajú iba vzťahov medzi spoločnosťou KölnMesse a mestom Kolín nad Rýnom, pričom nijakým spôsobom neovplyvňujú zmluvné vzťahy medzi mestom Kolín nad Rýnom a spoločnosťou GKM-GbR ani vzájomné záväzky, ktoré oba subjekty prijali.

49 Taktiež nie je relevantná skutočnosť, že prípadne koncepcia spornej transakcie bola pôvodne vytvorená spoločnosťou KölnMesse, pretože na túto spoločnosť sa hlavná zmluva uzavretá so spoločnosťou GKM-GbR žiadnym spôsobom nevzťahuje.

50 Taktiež nie je relevantná úvaha, podľa ktorej boli predmetné stavby určené pre aktivity spoločnosti KölnMesse, ktorá ich má v konečnom dôsledku v užívaní, za čo odvádza mesačné protiplnenie (pozri v tomto zmysle rozsudok z 18. januára 2007, Auroux a i., C-220/05, Zb. s. I-385, body 33, 35 a 42). V tomto kontexte je ďalej potrebné uviesť, že z dokumentov označených ako „vyhlásenie o zámere“ z 8. decembra 2003 a zo 14. júla 2004, ktoré neboli spochybnené Spolkovou republikou Nemecko, vyplýva, že mesto Kolín nad Rýnom prijalo finančné záväzky predmetnej transakcie v prípade, keď spoločnosť KölnMesse nebude po roku 2012 schopná čeliť nákladom na nájomné.

51 V dôsledku toho funkčný výklad spornej transakcie, ako to navrhuje Spolková republika Nemecko, nemôže spochybniť záver, že mesto Kolín nad Rýnom je na základe hlavnej zmluvy jediným zmluvným partnerom spoločnosti GKM-GbR, ktorého táto spoločnosť uznala a prijala ako zmluvného partnera, a taktiež nemôže viesť k nahradeniu mesta Kolín nad Rýnom pri plnení jeho zmluvných záväzkov spoločnosťou KölnMesse.

52 Treba teda konštatovať, že v rámci predmetnej transakcie je jediným zmluvným partnerom spoločnosti GKM-GbR mesto Kolín nad Rýnom. Ako územný samosprávny celok predstavuje uvedené mesto verejného obstarávateľa v zmysle článku 1 písm. b) smernice 93/37.

53 Po druhé sa treba zaoberať otázkou právnej kvalifikácie predmetnej transakcie s cieľom preskúmať, či táto transakcia predstavuje verejnú zmluvu na práce v zmysle právnej úpravy Spoločenstva.

54 V tejto súvislosti je potrebné najprv pripomenúť, že v súlade s judikatúrou Súdneho dvora táto kvalifikácia vyplýva z práva Spoločenstva a že kvalifikácia podľa vnútroštátneho práva nie je na tieto účely relevantná (pozri v tomto zmysle rozsudok Auroux a i., už citovaný, bod 40 a citovanú judikatúru). Taktiež nie je určujúca kvalifikácia zmluvy vykonaná zmluvnými stranami.

55 Ďalej je potrebné zdôrazniť, že definícia pojmu „verejná zmluva na zhotovenie prác“ uvedená v článku 1 písm. a) smernice 93/37 zahŕňa všetky transakcie, v ktorých je odplatná zmluva nezávisle do jej formálnej kvalifikácie uzavretá medzi verejným obstarávateľom a zhotoviteľom, ktorej predmetom je zhotovenie „diela“ v zmysle článku 1 písm. c) tejto smernice. V tejto súvislosti je základným kritériom to, že predmetné dielo musí byť zhotovené podľa požiadaviek spresnených verejným obstarávateľom, pričom prostriedky použité na jeho zhotovenie nie sú relevantné.

56 Pokiaľ ide o predmet spornej transakcie, je vhodné zdôrazniť, že hlavná zmluva uzavretá 6. augusta 2004 medzi mestom Kolín nad Rýnom a spoločnosťou GKM-GbR je formálne kvalifikovaná ako „zmluva o nájme“ a že skutočne obsahuje prvky nájomnej zmluvy. Treba však konštatovať, že k tomuto dátumu výstavba predmetných budov ani nezačala. Z uvedeného vyplýva, že predmetom tejto zmluvy nemôže byť prenájom budov, ktorých výstavba ešte ani nezačala. Hlavným predmetom tejto zmluvy teda

mohla byť iba výstavba uvedených budov, ktoré mali byť následne dané k dispozícii mestu Kolín nad Rýnom prostredníctvom zmluvného vzťahu kvalifikovaného ako „zmluva o nájme“.

57 V súlade s judikatúrou Súdneho dvora, ak určitá zmluva obsahuje súčasne prvky verejnej zmluvy na zhotovenie prác a prvky iného druhu verejnej zmluvy, o tom, ktoré predpisy Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania sa majú v zásade uplatniť, rozhoduje hlavný predmet zmluvy.

58 Ďalej je vhodné konštatovať, že predmetné stavby boli zhotovené v súlade s veľmi podrobnými špecifikáciami stanovenými mestom Kolín nad Rýnom v hlavnej zmluve. Z uvedenej zmluvy a z jej príloh vyplýva, že uvedené špecifikácie, ktoré sa týkajú presného opisu budov, ktoré majú byť postavené, ich kvality a vybavenia, presahujú obvyklé požiadavky nájomcu voči novej budove určitých rozmerov.

59 Treba teda dospieť k záveru, že primárnym predmetom hlavnej zmluvy bola výstavba predmetných veľtržných hál v súlade s požiadavkami stanovenými mestom Kolín nad Rýnom. Okrem toho uvedené haly predstavujú „dielo“ v zmysle článku 1 písm. c) smernice 93/37, lebo ich samotným účelom je splniť hospodársku funkciu a ich hodnota je omnoho vyššia ako prahové hodnoty stanovené v článku 6 tejto smernice. Okrem toho táto zmluva bola uzavretá ako odplatná zmluva, kde spoločnosť GKM-GbR konala ako zhotoviteľ, a to nezávisle od skutočnosti, že realizáciu týchto stavieb zadala tretím subjektom (pozri v tomto zmysle rozsudok z 12. júla 2001, Ordine degli Architetti a i., C-399/98, Zb. s. I-5409, bod 90), a mesto Kolín ako verejný obstarávateľ. Uvedená zmluva musí byť teda kvalifikovaná ako verejná zmluva na zhotovenie prác v zmysle článku 1 písm. a) smernice 93/37.

60 Tento záver nie je spochybnený argumentom, ktorý Spolková republika Nemecko vyvodila zo skutočnosti, že celková suma za nájomné, ktorá mala byť prevedená

spoločnosti GKM-GbR a ktorej výška dosahuje približne 600 miliónov eur, je omnoho vyššia ako náklady na stavbu budov, ktoré dosahujú približne 235 miliónov eur, čo by dokazovalo, že v tejto transakcii prevláda prvok „služby“.

61 Rozhodujúcim prvkom na účely kvalifikácie verejnej zmluvy, akou je zmluva, ktorá je predmetom sporu vo veci samej, je hlavný predmet tejto zmluvy a nie výška odmeny, ktorá má byť zaplatená zhotoviteľovi, alebo spôsob jej zaplatenia. Okrem toho priame porovnanie uvedených súm, ktoré sú považované za konečné, nie je možné, pretože približná suma vo výške 600 miliónov eur má byť zaplatená prostredníctvom mesačných splátok počas 30 rokov, zatiaľ čo suma 235 miliónov eur predstavuje hodnotu nákladov na stavebné práce pri ich ukončení na konci roku 2005. V skutočnosti sa suma 600 miliónov eur, ktorá je považovaná za aktualizovanú hodnotu nákladov v okamihu ukončenia prác, značne približuje sume 235 miliónov eur. V každom prípade, aj keby časť tejto sumy 600 miliónov eur mala predstavovať odmenu za plnenie, ktoré sa týka prenájmu, táto časť by bola nevyhnutne menej významná a nemohla by ovplyvniť kvalifikáciu predmetnej verejnej zmluvy.

62 Na účely kvalifikácie spornej verejnej zmluvy nie je relevantná skutočnosť, že hlavná zmluva nestanovuje prípadnú možnosť alebo povinnosť mesta Kolín nad Rýnom alebo spoločnosti KölnMesse odkúpiť postavené budovy (pozri v tomto zmysle rozsudok Auroux, už citovaný, bod 47).

63 Vzhľadom na predchádzajúce úvahy je namieste konštatovať, že hlavná zmluva zo 6. augusta 2004 posudzovaná v celkovom kontexte predmetnej transakcie, predstavuje verejnú zmluvu na zhotovenie prác v zmysle článku 1 písm. a) smernice 93/37, ktorá mala byť uzavretá podľa pravidiel stanovených v článku 7 ods. 4 a článku 11 tejto smernice. Žalobe Komisie je teda potrebné vyhovieť.

64 Následne treba konštatovať, že Spolková republika Nemecko si tým, že mesto Kolín nad Rýnom uzavrelo so spoločnosťou GKM-GbR zmluvu zo 6. augusta 2004 bez toho, aby

vykonalo verejné obstarávanie podľa ustanovení článku 7 ods. 4 a článku 11 smernice 93/37, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z týchto ustanovení.

O trovách

65 Podľa článku 69 ods. 2 rokovacieho poriadku účastník konania, ktorý vo veci nemal úspech, je povinný nahradiť trovy konania, ak to bolo v tomto zmysle navrhnuté. Keďže Komisia navrhla zaviazať Spolkovú republiku Nemecko na náhradu trov konania a Spolková republika Nemecko nemala úspech vo svojich dôvodoch, je opodstatnené zaviazať ju na náhradu trov konania.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (štvrtá komora) rozhodol a vyhlásil:

1. **Spolková republika Nemecko si tým, že mesto Kolín nad Rýnom uzavrelo s Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, teraz Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8 — 11 GbR, zmluvu zo 6. augusta 2004 bez toho, aby vykonalo verejné obstarávanie podľa ustanovení článku 7 ods. 4 a článku 11 smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z týchto ustanovení.**

2. **Spolková republika Nemecko je povinná nahradiť trovy konania.**

Podpisy