SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 29. oktobra 2009 *

V zadevi C-536/07,

zaradi tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 226 ES, vložene 30. novembra 2007,

Komisija Evropskih skupnosti, ki jo zastopata D. Kukovec in R. Sauer, zastopnika, z naslovom za vročanje v Luxembourgu,

tožeča stranka,

proti

Zvezni republiki Nemčiji, ki jo zastopata M. Lumma in J. Möller, zastopnika, skupaj s H.-J. Prießom, odvetnikom, z naslovom za vročanje v Luxembourgu,

tožena stranka,

* Jezik postopka: nemščina.

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi K. Lenaerts, predsednik tretjega senata v funkciji predsednika četrtega senata, R. Silva de Lapuerta, sodnica, E. Juhász (poročevalec), G. Arestis in J. Malenovský, sodniki,

generalna pravobranilka: V. Trstenjak,
sodni tajnik: N. Nanchev, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 25. marca 2009,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalne pravobranilke na obravnavi 4. junija 2009

izreka naslednjo

Sodbo

1 Komisija Evropskih skupnosti je Sodišču predlagala, naj ugotovi, da ker je mesto Köln z družbo Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, ki je postala Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (v nadaljevanju: GKM-GbR) 6. avgusta 2004 sklenilo pogodbo, naslovljeno „najemna pogodba o najemu zemljišča s štirimi sejemskimi dvoranami“, ne da bi izvedlo postopek oddaje naročila na podlagi evropskega razpisa v skladu z določbami člena 7 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199,

str. 54) v povezavi s členom 11 te direktive, Zvezna republika Nemčija ni izpolnila svojih obveznosti iz teh določb.

Skupnostna ureditev

2 Člen 1 Direktive 93/37 določa:

„V tej direktivi:

a) so ‚javna naročila gradenj' za plačilo pisno sklenjene pogodbe med izvajalcem in naročnikom, kakor je opredeljen v (b), katerih predmet je izvedba, ali oboje – izvedba in projektiranje gradenj, povezanih z eno od dejavnosti iz Priloge II, ali gradnja, opredeljena v (c) spodaj ali izvedba neke gradnje, ne glede na način, ki ustreza zahtevam naročnika;

b) ‚naročnik' je […] regionalni ali lokalni organi […];

[…]

c) ‚gradnja' pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo, gradnjo kot celoto, ki je samozadostna, da izpolnjuje svojo gospodarsko in tehnično funkcijo;

[…]"

3 Člen 6 te direktive določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za:

a) javna naročila gradenj, katerih ocenjena neto vrednost brez davka na dodano vrednost (DDV) ni nižja kakor enakovreden znesek v ekujih za 5.000.0000 posebnih pravic črpanja (SDR),

[…]"

4 Člen 7(2) in (3) te direktive našteva, v katerih primerih lahko naročniki oddajo javna naročila gradenj po postopku s pogajanji. Tako lahko naročniki v skladu z odstavkom 3(b) tega člena uporabijo tak postopek, „če iz tehničnih ali umetniških razlogov ali razlogov, povezanih z zaščito izključnih pravic, lahko gradnjo opravi le določen gradbenik".

5 V skladu z odstavkom 4 navedenega člena 7:

„V vseh drugih primerih naročniki oddajo javna naročila za gradnjo po odprtem postopku ali po omejenem postopku.“

6 Člen 11 Direktive 93/37 določa obveznosti oglaševanja, ki zavezujejo zlasti naročnike, ki morajo izvesti odprti ali omejeni postopek za oddajo svojih naročil gradenj.

7 Člen 1 Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1) pa določa:

„V tej direktivi:

a) Javna naročila storitev pomenijo pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom, z izjemo:

[…]

(iii) naročila za pridobitev ali najem, z raznimi finančnimi sredstvi, zemljišč, že obstoječih zgradb ali drugih nepremičnin ali pravic v zvezi z njimi, kljub temu

pa so naročila finančnih storitev, sklenjena istočasno, pred ali po pogodbi o nakupu ali najemu, v kakršnikoli obliki, predmet te direktive,

[…]“

Sporno dejanje in predhodni postopek

8 KölnMesse GmbH (v nadaljevanju: KölnMesse) je družba zasebnega prava, katere 79,02-odstotni lastnik je mesto Köln, 20-odstotni lastnik pa dežela Severno Porenje – Vestfalija, 0,98-odstotni delež pa si delijo razne zbornice in združenja. Njena dejavnost je prirejanje sejmov in razstav za spodbujanje industrije, trgovine in obrti.

9 KölnMesse je 18. decembra 2003 zasebni investicijski družbi GKM-GbR za 67,4 milijona EUR prodala zemljišče za zgraditev štirih sejemskih dvoran. Urbanistični načrt je bil sestavni del prodajne pogodbe o prodaji tega zemljišča.

10 Mesto Köln in družba GKM-GbR sta 6. avgusta 2004 sklenila pogodbo, naslovljeno „najemna pogodba o najemu zemljišča s štirimi sejemskimi dvoranami“, s katero je ta družba na mesto Köln za 30 let prenesla pravico uporabe navedenega zemljišča in zgradb, ki naj bi bile na njem zgrajene, in sicer za protiplačilo mesečne najemnine 1,725 milijona EUR, pri čemer je prvih trinajst mesecev mesto oproščeno najemnine. Stranke so se dogovorile, da je ta pogodba „glavna pogodba“. Družba GKM-GbR se je po tej pogodbi zavezala izvesti gradnje vsaj srednje kakovosti, ki jih bo v skladu z v njej navedenimi določili glede njihove razsežnosti, narave in opreme dala na razpolago

mestu Köln. Oprema je bila določena v spisu o gradbenem dovoljenju mesta Köln. Po ocenah družbe KölnMesse, ki jim Komisija ni ugovarjala, je strošek gradnje teh zgradb znašal okrog 235 milijonov EUR.

11 S pogodbo z dne 11. avgusta 2004, naslovljeno „pogodba o podnajemu zemljišča s štirimi sejemskimi dvoranami“, katere besedilo je pretežno enako besedilu glavne pogodbe, je mesto Köln na družbo KölnMesse preneslo pravico do uporabe v prihodnosti zgrajenih zgradb, opisanih v glavni pogodbi. Navedena subjekta sta 11. in 16. avgusta 2004 sklenila izvedbeni dogovor, imenovan „dogovor o izvedbi pogodbe o podnajemu“, s katerim je mesto Köln v celoti pooblastilo družbo KölnMesse za izvajanje in uveljavljanje vseh pravic in dolžnosti, ki jih je mesto Köln prevzelo v razmerju do družbe GKM-GbR. Imelo naj bi tudi nadzor nad tem, ali družba GKM-GbR v celoti izpolnjuje glavno pogodbo v neposrednem sodelovanju z družbo KölnMesse.

12 Stranke so se strinjale, da je protiplačilo, ki ga mesto Köln v obliki mesečnih najemnin v obdobju 30 let dolguje družbi GKM-GbR na podlagi glavne pogodbe, ocenjeno na skupni znesek okrog 600 milijonov EUR.

13 V skladu s trditvami Zvezne republike Nemčije so bile sejemske dvorane dokončane in predane mestu Köln kot glavnemu najemniku 1. decembra 2005.

14 Komisija je 7. septembra 2005 prejela pritožbo, da naj bi bilo zgoraj opisano dejanje javno naročilo gradenj, ki je bilo oddano brez upoštevanja veljavnih pravil Skupnosti.

15 Komisija je 19. decembra 2005 Zvezno republiko Nemčijo pisno opomnila, naj glede tega predloži svoja stališča.

16 Zvezna republika Nemčija je v odgovoru z dne 15. februarja 2006 navedla, da družba Kölnmesse GmbH ni naročnik v smislu člena 1(b) Direktive 93/37, tako da zadevno dejanje ne sodi v pravo Skupnosti o javnih naročilih. Temu dopisu je bila priložena kopija statuta družbe KölnMesse.

17 Komisija je 4. julija 2004 Zvezni republiki Nemčiji poslala dodatni pisni opomin, s katerim je zahtevala posredovanje pogodb, sklenjenih glede spornega dejanja, in vso drugo upoštevno dokumentacijo in informacije.

18 Zvezna republika Nemčija je z dopisom z dne 8. septembra 2006 še naprej zagovarjala stališče, da sporno dejanje ne sodi v pravo Skupnosti o javnih naročilih, in je Komisiji v prilogah posredovala pogodbe, navedene v točkah 10 in 11 te sodbe.

19 Komisija je z dopisom z dne 18. oktobra 2006 na Zvezno republiko Nemčijo naslovila obrazloženo mnenje, s katerim jo je pozvala, naj se uskladi z obveznostmi, ki zanjo izhajajo iz pravil Skupnosti na področju javnih naročil, in sicer v roku dveh mesecev od prejema tega mnenja.

20 Zvezna republika Nemčija je z dopisom z dne 12. decembra 2006 ponovno zanikala obstoj kršitve prava Skupnosti o javnih naročil, pri čemer je trdila tudi, da postopek zaradi neizpolnitve obveznosti ni dopusten, ker je bila gradnja sejemskih dvoran končana in so bile te predane mestu Köln 1. decembra 2005, torej preden je bil poslan opomin.

21 Komisija se je na podlagi tega stališča odločila, da vloži to tožbo.

Tožba

Dopustnost

22 Zvezna republika Nemčija podaja ugovor nedopustnosti, ker naj bi vsi učinki zadevne pogodbe na dan, določen kot rok v obrazloženem mnenju, torej 18. decembra 2006, prenehali; gradnja zgradb, ki so predmet tožbe, je bila namreč že dolgo časa končana. Zvezna republika Nemčija glede tega napotuje na zapisnik o predaji, narejen po tridnevnih pogajanjih med mestom Köln in družbo GKM-GbR 30. novembra 2005, torej celo pred izdajo pisnega opomina, ki naj bi dokazoval, da je slednja tega dne mestu Köln formalno pravilno predala zadevne zgradbe. Te zgradbe naj bi se poleg tega v skladu z njihovim namenom uporabljale od meseca januarja 2006 naprej. Dejansko naj bi bila 16. januarja 2006 na zadevni lokaciji uradna otvoritev mednarodnega pohištvenega sejma.

23 V zvezi s tem je treba opozoriti, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča glede oddaje javnih naročil tožba zaradi neizpolnitve obveznosti nedopustna, če so vsi učinki sporne pogodbe na dan izteka roka, določenega v obrazloženem mnenju, že prenehali (glej med drugim sodbi z dne 2. junija 2005 v zadevi Komisija proti Grčiji, C-394/02, ZOdl., str. I-4713, točka 18 in navedena sodna praksa, in z dne 11. oktobra 2007 v zadevi Komisija proti Grčiji, C-237/05, ZOdl., str. I-8203, točka 29).

24 V tej zadevi je treba preveriti, ali se je zadevna pogodba na dan izteka roka, določenega v obrazloženem mnenju, torej 18. decembra 2006, vsaj deloma še izpolnjevala, ali pa je bila že v celoti izpolnjena, tako da naj bi njeni učinki prenehali.

25 Sodišče s pojmoma „zadevna pogodba“ ali – v skladu z drugo v sodni praksi uporabljano formulacijo – „sporno naročilo“ (glej na primer sodbo z dne 10. aprila 2003 v združenih zadevah Komisija proti Nemčiji, C-20/01 in C-28/01, Recueil, str. I-3609, točka 33 in navedena sodna praksa) označuje celotno dejanje, ki je predmet zadeve, skupaj z njegovim splošnim ozadjem in glede na njegove temeljne značilnosti.

26 V tej zadevi je jasno, da je bil končni namen dejanja, ki mesto Köln povezuje z družbama GKM-GbR in KölnMesse, da se z njim zadnje navedeni družbi, katere večinski lastnik je mesto Köln, za dolgo obdobje preda razpolaganje s sejemskimi dvoranami, ki naj bi jih zgradila družba GKM-GbR. Vzporedno se je mesto Köln z najemno pogodbo zavezalo, da bo družbi GKM-GbR mesečno plačevalo neki denarni znesek iz naslova najemnine, pri čemer so bila ta nakazila sredstev v resnici financiranje gradnje zadevnih zgradb, kot med drugim prizna Zvezna republika Nemčija.

27 Cilj in načini izvršitve tega dejanja so razvidni zlasti iz najemne pogodbe, imenovane „glavna pogodba“, sklenjene 6. avgusta 2004, s katero se je družba GKM-GbR zavezala zgraditi zgradbe v skladu z natančnimi navodili mesta Köln, da jih bo to nato najelo, in iz pogodbe o podnajemu in „dogovora o izvedbi pogodbe o podnajemu“, s katerima je mesto Köln na družbo KölnMesse preneslo pravico uporabe zgradb, ki naj bi bile zgrajene.

28 Zadevno dejanje vsebuje torej „gradnjo“ in „najem“ ali „financiranje“. Neodvisno od vprašanj, kateri je odločilni element ali glavni cilj tega dejanja in ali je mesto Köln ravnalo samo kot garant v razmerju do družbe GKM-GbR, za kar je treba zadevo vsebinsko preučiti, je treba ugotoviti, da te različne sestavine navedenega dejanja sestavljajo nerazdelno celoto. Gradnja teh zgradb, kot je bila načrtovana in izvedena, brez najemne pogodbe ne bi imela smisla, in samostojni obstoj te pogodbe ne bi bil

mogoč brez bodoče izvedbe gradenj, kot je bilo predvideno v navedeni pogodbi. Torej ni mogoče sprejeti zatrjevanja Zvezne republike Nemčije, da glavna pogodba vsebuje upoštevne dele in neupoštevne ali nevtralne dele glede na to tožbo.

29 Zato je pri presoji dopustnosti tožbe treba upoštevati celotno zadevno dejanje glede na vse njegove sestavine.

30 Vsi učinki zadevne pogodbe, to je celotnega spornega dejanja, na dan izteka roka, določenega v obrazloženem mnenju, torej niso prenehali zaradi končane gradnje zadevnih zgradb. „Najem“, ki je sestavina tega dejanja, je na ta dan še imel učinke.

31 Iz vsega navedenega je treba ugotoviti, da je tožba Komisije dopustna.

Utemeljenost

Trditve strank

32 Komisija zatrjuje, da med družbana KölnMesse in GKM-GbR ni nobenega pogodbenega razmerja, nobene pravice in nobene obveznosti. Po mnenju Komisije je upošteven subjekt kot sopogodbenik družbe GKM-GbR v tej zadevi le mesto Köln. Na podlagi glavne pogodbe naj bi se samo to zares zavezalo v razmerju do družbe GKM-

GbR. Razen tega naj družba KölnMesse ne bi mogla izvesti takega gradbenega projekta brez posredovanja mesta Köln in družba GKM-GbR ne bi sprejela izvedbe navedenega projekta brez finančnega kritja, ki ga je dalo mesto Köln. Poleg tega naj družba KölnMesse ne bi postala dolžnica družbe GKM-GbR.

33 Glede pravne narave zadevnega dejanja Komisija zatrjuje, da je to javno naročilo gradenj. Najprej poudarja, da je mesto Köln, lokalni organ v vlogi naročnika, sklenilo pisno odplačno pogodbo z družbo GKM-GbR, ki je ravnala v vlogi izvajalca, z namenom izvesti gradnje veliko večje vrednosti od mejnih vrednosti, določenih v pravilih Skupnosti, in nato zgradbe dati na razpolago naročniku. Drugič, glede predmeta dejanja, izvedba zadevnih gradenj, ki naj bi bile namenjene izključno prirejanju sejmov, naj ne bi bila posledica lastne pobude družbe GKM-GbR. Tudi iz glavne pogodbe naj bi bilo razvidno, da so bile te gradnje izvedene v skladu z natančnimi specifikacijami, ki jih je naložilo mesto Köln in ki niso bile samo opisi opreme v najemni pogodbi. Zato naj bi v tem primeru šlo za izvedbo gradenj, ki ustrezajo zahtevam naročnika, v smislu člena 1(a), zadnji stavek, Direktive 93/37.

34 Komisija navaja, da naj bi te ugotovitve ne ovrglo dejstvo, da glavna pogodba vsebuje tudi elemente najemne pogodbe, in sicer odstop uporabe zgradb v zameno za obročna plačila, ki naj bi bila povračilo za gradnjo teh zgradb. V tej zadevi naj ne bi bilo mogoče razlikovati med sestavino „dela“ te pogodbe in sestavino „najem“ ali „financiranje“, tako da bi prva sestavina zadevala Direktivo 93/37 in druga, kot opravljanje storitev, Direktivo 92/50. Komisija vsekakor poudarja, da v skladu s sodno prakso Sodišča glavni predmet pogodbe opredeli vrsto pogodbe, in ta glavni predmet je v tej zadevi izvedba gradnje.

35 Komisija nazadnje poudarja, da vprašanje, ali je mesto Köln imelo namen samo uporabljati zgradbe, ki bodo zgrajene, ali pa jih je nameravalo dati na razpolago nekomu

tretjemu, glede na sodno prakso Sodišča ni upoštevno za to, ali se zadevno dejanje lahko opredeli kot javno naročilo gradenj, kot tudi ne vprašanje, ali bo mesto Köln lastnik zemljišč in sejemskih dvoran ob izteku glavne pogodbe. Komisija ugotavlja, da bi moralo mesto Köln izvesti postopek oddaje zadevnega naročila v skladu z določbami členov 7(4) in 11 Direktive 93/37.

36 Zvezna republika Nemčija odgovarja, da je v vlogi sobogodbenika družbe GKM-GbR upošteven subjekt družba KölnMesse, ker sta dejansko ti družbi povezani z glavnim pogodbenim razmerjem. Pri funkcionalni presoji celotnega stanja naj bi bila le družba KölnMesse najemnica, družba GKM-GbR pa najemodajalka v okviru podnajemne pogodbe, ki naj bi bila načrtovana in sklenjena sočasno z glavno pogodbo, katere besedilo naj bi bilo v bistvu enako besedilu glavne pogodbe in s katero naj bi bile na družbo KölnMesse prenesene vse pravice in obveznosti, ki izhajajo iz glavne pogodbe.

37 Poleg tega naj bila družba KölnMesse tista, ki je s ciljem najeti sejemske dvorane, ki naj bi bile postavljene na njenem zemljišču, predvidela in izvedla zadevno dejanje in ki naj bi dejansko imela pravico uporabe zadevnih zgradb ter za to nakazala dogovorjeno plačilo. Neposrednih pogodbenih vezi med družbama KölnMesse in GKM-GbR naj ne bi bilo zaradi tristranskega dejanja, ki je bilo izbrano zaradi funkcionalnosti, ker je bilo mesto Köln vključeno v pogodbena razmerja med tema subjektoma kot garant, ne pa kot solidarni dolžnik.

38 Zvezna republika Nemčija zato meni, da bi bilo treba samo družbo KölnMesse – ne pa mesto Köln – v vlogi dejanske sopogodbenice družbe GKM-GbR presojati z vidika meril, glede na katera se ugotovi, ali je neki subjekt naročnik, da bi se morebiti uporabilo pravila Skupnosti glede javnih naročil. Torej bi bilo treba tožbo Komisije, ki se nanaša samo na mesto Köln, zavrniti.

39 Glede pravne narave zadevnega dejanja Zvezna republika Nemčija zatrjuje, da sklenjena pogodba med mestom Köln in družbo GKM-GbR ni naročilo gradenj, ampak le finančna garancija, torej dodaten dogovor h glavnemu dogovoru med družbama GKM-GbR in KölnMesse.

40 Zaradi pravne opredelitve naročila, sestavljenega iz več delov, ki lahko zadevajo različna pravila Skupnosti glede javnih naročil, bi bilo treba v skladu s sodno prakso Sodišča upoštevati glavni predmet zadevne pogodbe in ta predmet bi moral biti izvedba gradenj, da bi se lahko štelo, da gre za javno naročilo gradenj. Zvezna republika Nemčija se v zvezi s tem sklicuje na sodbo z dne 19. aprila 1994 v zadevi Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Recueil, str. I-1329). Vendar po njenem mnenju v tej zadevi izvedba gradenj ni bila glavni predmet pogodb. Tako glavna kot podnajemna pogodba naj nikakor ne bi bili „gradbeni pogodbi", ampak formalno in materialno „najemni pogodbi", na podlagi katerih sopogodbenik odplačno dobi le pravico uporabe zadevnih stavb. S funkcionalnega vidika naj bi bil namen zadevne pogodbene gradnje financiranje projekta družbe KölnMesse s posredovanjem mesta Köln.

41 Dejstvo, da se zadevna glavna pogodba nanaša na najem zadevnih zgradb, naj bi bilo tudi dokazano na eni strani s primerjavo stroškov najema za 30 let, ki naj bi znašali okrog 600 milijonov EUR, in stroškov gradnje teh zgradb, ki naj bi znašali okrog 235 milijonov EUR, ter na drugi strani z dejstvom, da ni pogodbenega določila o možnosti nakupa ali obveznosti odkupa teh zgradb s strani mesta Köln ali družbe KölnMesse ob izteku najemne pogodbe. Zato naj bi na koncu družba GKM-GbR nosila gospodarsko tveganje zadevnega dejanja.

42 Zato gre po mnenju Zvezne republike Nemčije – pa naj bo glavni predmet glavne pogodbe najem ali financiranje – za dva položaja s področja uporabe Direktive 92/50, katere morebitna kršitev pa ni predmet tega postopka.

Presoja Sodišča

43 Najprej, da bi se določilo, kateri subjekt je treba šteti za sopogodbenika družbe GKM-GbR in presojati glede na merila, ki opredeljujejo pojem naročnik, je treba ugotoviti, da se tožba Komisije nanaša na najemno pogodbo, imenovano „glavna pogodba“, sklenjeno 6. avgusta 2004 med mestom Köln in družbo GKM-GbR.

44 Ne glede na to Zvezna republika Nemčija zatrjuje, da je z vidika funkcionalne presoje celotnega dejanja družba KölnMesse dejanska sopogodbenica družbe GKM-GbR in pravi najemnik zaradi učinkovanja podnajemne pogodbe. Dejansko naj bi družba KölnMesse predvidela in izvedla zadevno dejanje, dejansko imela pravico uporabe zadevnih zgradb in kot protiplačilo nakazovala dogovorjeno povračilo.

45 Vendar je jasno, da je bila glavna pogodba z dne 6. avgusta 2004 sklenjena med družbo GKM-GbR in mestom Köln brez kakršne koli omembe družbe KölnMesse. Poudariti je treba tudi, da je pogajanja za sklenitev navedene pogodbe vodilo mesto Köln v svojem imenu in za svoj račun. Poleg tega je natančne specifikacije glede izvedbe gradenj v to pogodbo vključilo mesto Köln in družba GKM-GbR se je zavezala samo v razmerju do njega. Prav tako je mesto Köln vodilo pogajanja, na podlagi katerih je nastal zapisnik predaje zadevnih zgradb z dne 30. novembra 2005, ki sta ga podpisala mesto Köln in družba GKM-GbR, brez kakršne koli omembe družbe KölnMesse.

46 Družba KölnMesse torej ni stranka in ne posreduje v pogodbenih razmerjih med družbo GKM-GbR in mestom Köln.

47 Ugotovitev, da med družbama KölnMesse in GKM-GbR ni nobenega pogodbenega razmerja, ni omajana zaradi obstoja pogodbe o prodaji zemljišča prve družbe drugi, na katerem so bile zgrajene zadevne zgradbe. Ta pogodba namreč ni upoštevna pri spornem dejanju, ki zajema gradnjo in najem teh zgradb.

48 Enako podnajemna pogodba z dne 11. avgusta 2004 in izvedbeni dogovor navedene pogodbe z enakim datumom ne ovržeta prejšnje ugotovitve, ker se nanašata samo na razmerja med družbo KölnMesse in mestom Köln ter nikakor ne vplivata na pogodbena razmerja med mestom Köln in družbo GKM-GbR niti na medsebojne obveznosti, ki sta jih sprejela.

49 Upoštevno ni niti, da naj bi načrt zadevnega dejanja prvotno izdelala družba KölnMesse, saj sploh ni omenjena v glavni pogodbi, sklenjeni z družbo GKM-GbR.

50 Prav tako ni upoštevna ugotovitev, da naj bi bile zadevne zgradbe namenjene dejavnostim družbe KölnMesse, ki naj bi jih dejansko uporabljala in za to nakazovala mesečno protiplačilo (glej v tem smislu sodbo z dne 18. januarja 2007 v zadevi Auroux in drugi, C-220/05, ZOdl., str. I-385, točke 33, 35 in 42). Poleg tega je treba poudariti, da je iz dokumentov z naslovom „pismo o nameri“ z dne 8. decembra 2004 in 14. julija 2004, ki jih Zvezna republika Nemčija ni izpodbijala, razvidno, da se je mesto Köln zavezalo prevzeti finančno breme zadevnega dejanja, če družba KölnMesse po letu 2012 ne bi zmogla stroška najemnin.

51 Zato funkcionalna razlaga zadevnega dejanja, kot jo predlaga Zvezna republika Nemčija, ne more izpodbiti ugotovitve, da je na podlagi glavne pogodbe le mesto Köln sopogodbenik družbe GKM-GbR, ki ga je ta sprejela kot takega, niti ne more mesta Köln pri izpolnitvi njegovih pogodbenih obveznosti nadomestiti z družbo KölnMesse.

52 Torej je treba ugotoviti, da je bil pri zadevnem dejanju edini sopogodbenik družbe GKM-GbR mesto Köln. Kot lokalni organ je naročnik v smislu člena 1(b) Direktive 93/37.

53 Drugič, obravnavati je treba vprašanje pravne opredelitve zadevnega dejanja, da bi se preverilo, ali pomeni javno naročilo gradenj v smislu ureditve Skupnosti.

54 Glede tega je treba najprej spomniti, da v skladu s sodno prakso Sodišča ta pravna opredelitev zadeva področje prava Skupnosti, zato ni pomembno, kakšna je opredelitev po nacionalnem pravu (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Auroux in drugi, točka 40 in navedena sodna praksa). Prav tako ni odločilno, kako so neko pogodbo opredelile pogodbene stranke.

55 Nato je treba poudariti, da opredelitev pojma „javno naročilo gradenj“ iz člena 1(a) Direktive 93/37 vključuje vsa dejanja, pri katerih je med naročnikom in izvajalcem sklenjena odplačna pogodba – ne glede na njeno formalno opredelitev – katere predmet je izvedba „gradnje“ v smislu člena 1(c) te direktive s strani izvajalca. Bistveno merilo pri tem je, da je ta gradnja izvedena v skladu z zahtevami naročnika, pri čemer uporabljena sredstva za to izvedbo niso pomembna.

56 Glede predmeta zadevnega dejanja je treba navesti, da je glavna pogodba, sklenjena 6. avgusta 2004 med mestom Köln in družbo GKM-GbR, formalno opredeljena kot „najemna pogodba“ in da dejansko vsebuje elemente najemne pogodbe. Vendar je treba ugotoviti, da se na navedeni dan gradnja zadevnih zgradb ni niti začela. Zato neposredni predmet te pogodbe ni mogel biti najem stavb, katerih gradnja se še ni začela. Torej je

prednostni cilj te pogodbe logično lahko bila le gradnja navedenih zgradb, ki naj bi bile nato dane na razpolago mestu Köln s pogodbenim razmerjem, opredeljenim kot „najemna pogodba“.

57 V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča velja, da kadar pogodba hkrati vsebuje elemente, ki se nanašajo na javno naročilo gradenj, in elemente, ki se nanašajo na neko drugo vrsto javnega naročila, se uporabijo pravila Skupnosti glede na glavni predmet pogodbe.

58 Poleg tega je treba ugotoviti, da so bile zadevne gradnje izvedene v skladu z zelo natančnimi specifikacijami, ki jih je mesto Köln jasno formuliralo v glavni pogodbi. Iz te pogodbe in njenih prilog je razvidno, da navedene specifikacije, ki se nanašajo na natančen opis stavb, ki bodo zgrajene, njihove kakovosti in opreme, presegajo običajne zahteve najemnika glede nove zgradbe določene velikosti.

59 Torej je treba ugotoviti, da je bil primarni cilj glavne pogodbe zgraditev zadevnih sejemskih dvoran v skladu z zahtevami mesta Köln. Poleg tega so navedene dvorane „gradnja“ v smislu člena 1(c) Direktive 93/37, ker imajo namensko gospodarsko funkcijo, in je njihova vrednost dosti višja od meje, določene v členu 6 te direktive. Ta pogodba je bila sklenjena kot odplačna pogodba in družba GKM-GbR je pri tem ravnala kot izvajalec, čeprav je bila pri tej gradnji podizvajalec (glej v tem smislu sodbo z dne 12. julija 2001 v zadevi Ordine degli Architetti in drugi, C-399/98, Recueil, str. I-5409, točka 90), mesto Köln pa je naročnik. Navedeno pogodbo je torej treba opredeliti kot javno naročilo gradenj v smislu člena 1(a) Direktive 93/37.

60 Tega sklepa ne izpodbija trditev Zvezne republike Nemčije, da je skupni znesek, ki bo nakazan družbi GKM-GbR iz naslova najemnin in bo znašal na koncu okrog

600 milijonov EUR, dosti višji od stroška gradnje teh zgradb, ki je okrog 235 milijonov EUR, kar naj bi dokazovalo, da so odločilen element zadevnega dejanja „storitve“.

61 Odločilen element za opredelitev naročila, kot se obravnava v tej zadevi, je glavni predmet naročila, in ne znesek povračila izvajalcu ali način njegovega plačila. Poleg tega neposredna primerjava med dvema zgoraj navedenima zneskoma, ki se ju presoja v absolutnih vrednostih, ni mogoča, ker bo približni znesek 600 milijonov EUR plačan z mesečnimi nakazili, porazdeljenimi na skoraj 30 let, medtem ko znesek 235 milijonov EUR ustreza vrednosti stroška del ob njihovem zaključku konec leta 2005. V resnici je znesek 600 milijonov EUR, ocenjen glede na vrednost ob koncu del, zelo blizu znesku 235 milijonov EUR. Čeprav bi del navedenega zneska 600 milijonov EUR moral biti povračilo, značilno za najem, bi bil ta del majhnega pomena in ne bi mogel vplivati na opredelitev zadevnega naročila.

62 Prav tako za opredelitev zadevnega naročila ni pomembno dejstvo, da glavna pogodba ne določa možnosti ali obveznosti odkupa zgrajenih stavb s strani mesta Köln ali družbe KölnMesse (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Auroux, točka 47).

63 Glede na vse zgoraj navedene ugotovitve je treba skleniti, da je glavna pogodba z dne 6. avgusta 2004, ki se jo presoja glede na splošno ozadje zadevnega dejanja, javno naročilo gradenj v smislu člena 1(a) Direktive 93/37, ki bi ga bilo treba oddati v skladu s pravili iz členov 7(4) in 11 te direktive. Zato je treba tožbi Komisije ugoditi.

64 Zato je treba ugotoviti, da ker je mesto Köln z družbo GKM-GbR sklenilo pogodbo z dne 6. avgusta 2004, ne da bi izvedlo postopek oddaje naročila iz določb členov 7(4) in 11 Direktive 93/37, Zvezna republika Nemčija ni izpolnila obveznosti iz teh določb.

Stroški

65 V skladu s členom 69(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Komisija je predlagala, naj se Zvezni republiki Nemčiji naloži plačilo stroškov, in ker ta s svojimi pritožbenimi razlogi ni uspela, se ji naloži plačilo stroškov.

Iz teh razlogov je Sodišče (četrti senat) razsodilo:

1. **Ker je mesto Köln z družbo Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, ki je postala Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, sklenilo pogodbo z dne 6. avgusta 2004, ne da bi izvedlo postopek oddaje naročila iz določb členov 7(4) in 11 Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje, Zvezna republika Nemčija ni izpolnila svojih obveznosti iz teh določb.**

2. **Zvezni republiki Nemčiji se naloži plačilo stroškov.**

Podpisi