РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

29 октомври 2009 година *

По дело C-536/07

с предмет иск за установяване на неизпълнение на задължения, предявен на основание член 226 ЕО на 30 ноември 2007 г.,

Комисия на Европейските общности, за която се явяват г-н D. Kukovec и г-н R. Sauer, в качеството на представители, със съдебен адрес в Люксембург,

ищец,

срещу

Федерална република Германия, за която се явяват г-н M. Lumma и г-н J. Möller, в качеството на представители, подпомагани от адв. H.-J. Prieß, Rechtsanwalt, със съдебен адрес в Люксембург,

ответник,

* Език на производството: немски.

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: г-н K. Lenaerts, председател на трети състав, изпълняващ функциите на председател на четвърти състав, г-жа R. Silva de Lapuerta, г-н E. Juhász (докладчик), г-н G. Arestis и г-н J. Malenovský, съдии,

генерален адвокат: г-жа V. Trstenjak,
секретар: г-н H. Нанчев, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 25 март 2009 г.,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 4 юни 2009 г.,

постанови настоящото

Решение

1 С исковата си молба Комисията на Европейските общности иска от Съда да установи, че тъй като на 6 август 2004 г. град Кьолн е сключил с Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, понастоящем Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (наричано по-нататък „GKM-GbR“) договор, озаглавен „договор за наем на земя с четири изложбени халета“, без да се приложи процедура по възлагане на европейска обществена поръчка в съответствие с разпоредбата на член 7 от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година за координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за

строителство (ОВ L 199, стр. 54), разглеждан във връзка с член 11 от нея, Федерална република Германия не е изпълнила задълженията си по тези разпоредби.

Общностна правна уредба

2 Член 1 от Директива 93/37 гласи:

„За целите на настоящата директива:

а) „обществени поръчки за строителство“ са възмездни договори, сключени в писмена форма между предприемач и възлагащ орган, както е определен съгласно буква б), които имат за предмет изпълнение или проектиране и изпълнение на строителни работи, свързани с една от дейностите, посочени в приложение II, или на строеж, както е определен съгласно буква в) по-долу, или изпълнение на строителни дейности по изграждане, с каквито и да е средства, на строеж в съответствие с изискванията на възлагащия орган;

б) „възлагащи органи“ са […] административно-териториалните единици […]

[…]

в) „строеж“ означава резултатът от строителни или монтажни работи, който като цяло е достатъчен сам по себе си за изпълнението на дадена икономическа и техническа функция;

[…].“ [неофициален превод]

3 Член 6 от същата директива предвижда:

„1) Настоящата директива се прилага по отношение на:

а) обществени поръчки за строителни работи, чиято прогнозна стойност без данък добавена стойност (ДДС) е не по-малка от равностойността в екю на 5 милиона специални права на тираж (СПТ);

[…].“ [неофициален превод]

4 Член 7, параграфи 2 и 3 от същата директива изброява случаите, в които възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки за строителство, прибягвайки до процедурата на договаряне. По този начин по силата на параграф 3, буква б) от този член възлагащите органи могат да прибягнат до такава процедура, „когато по технически или художествени причини, или по причини, свързани със защитата на изключителни права, строителството може да се извършва само от определен предприемач.“ [неофициален превод]

5 Според параграф 4 от посочения член 7:

„Във всички други случаи възлагащите органи възлагат своите обществени поръчки за строителство чрез провеждане на открита или на ограничена процедура.“ [неофициален превод]

6 Член 11 от Директива 93/37 посочва изискванията за оповестяване по-специално спрямо възлагащите органи, които трябва да прибягнат до откритата или ограничената процедура, за да възложат обществените си поръчки за строителство.

7 Накрая, член 1 от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50) гласи:

„За целите на настоящата директива:

а) *„обществени поръчки за услуги“* са възмездни договори, сключени в писмена форма между доставчик на услуги и възлагащ орган, с изключение на:

[…]

iii) поръчки за услуги за придобиване или наемане, независимо от финансовите условия, на земя, съществуващи сгради или други недвижими имоти, както и на права върху тях; въпреки това договорите за финансови услуги,

сключени едновременно, предварително или след договора за придобиване или наемане, независимо под каква форма, са предмет на настоящата директива;

[…].“

Спорната операция и досъдебната процедура

8 KölnMesse GmbH (наричано по-нататък „KölnMesse“) е частноправно дружество, от което град Кьолн притежава 79,02 %, провинция Северен Рейн Вестфалия — 20 %, а останалите 0,98 % са разделени между различни камари и асоциации. Предметът му на дейност е организирането на панаири и изложби с цел насърчаване на промишлеността, търговията и занаятчийството.

9 На 18 декември 2003 г. KölnMesse продава на частното инвестиционно дружество GKM-GbR земя за построяването на четири изложбени халета за сумата от 67,4 милиона евро. В договора за продажба на земята е включен градоустройствен план.

10 На 6 август 2004 г. град Кьолн и GKM-GbR сключват договор, озаглавен „договор за наем на земя с четири изложбени халета“, по силата на който GKM-GbR предоставя на град Кьолн правото на ползване на посочената земя за срок от 30 години, както и на сградите, които трябва да бъдат построени върху нея, срещу месечен наем от 1,725 милиона евро, като за първите тринадесет месеца не се дължи наем. Страните се уговарят да обозначават този договор като „основен договор“. Според него GKM-GbR се задължава да изгради строежите най-малко със средно качество и да ги предостави на град Кьолн в съответствие с уточнените в договора предписания относно техните размери, естество и оборудване. Последното е определено в преписката по разрешението за строеж на град Кьолн.

Според твърденията на KölnMesse, които не са оспорени от Комисията, разходите за изграждането на тези строежи възлизат на около 235 милиона евро.

11 С договор от 11 август 2004 г., озаглавен „договор за пренаемане на земя с четири изложбени халета“, който по съдържание в голямата си част е идентичен на основния договор, град Кьолн отстъпва на KölnMesse правото на ползване върху сградите, които трябва да бъдат построени, както са описани в основния договор. На 11 и 16 август 2004 г. тези две образувания сключват споразумение, наречено „споразумение за изпълнение на договор за пренаемане“, по силата на което град Кьолн упълномощава KölnMesse да упражнява всичките му права и да изпълни всичките му задължения спрямо GKM-GbR. Град Кьолн трябва също така да следи за това GKM-GbR да изпълни изцяло основния договор в сътрудничество с KölnMesse.

12 При пресмятането на насрещното задължение, дължимо от град Кьолн на GKM-GbR по основния договор, а именно месечните наеми за 30-те години срок на договора, страните се договарят за обща сума в размер на около 600 милиона евро.

13 Според твърденията на Федерална република Германия изложбените халета са били завършени и предоставени на град Кьолн в качеството му на основен наемател на 1 декември 2005 г.

14 На 7 септември 2005 г. Комисията получава жалба, според която описаната по-горе операция представлявала обществена поръчка за строителство, която била възложена в нарушение на приложимите общностни правила.

15 С писмо от 19 декември 2005 г. Комисията отправя покана до Федерална република Германия да представи съображенията си по този въпрос.

16 С писмо от 15 февруари 2006 г. Федерална република Германия изтъква, че KölnMesse не е възлагащ орган по смисъла на член 1, буква б) от Директива 93/37, така че съответната операция не попада в обхвата на общностното право в областта на обществените поръчки. Към това писмо е приложен препис от устава на KölnMesse.

17 На 4 юли 2006 г. Комисията изпраща на Федерална република Германия допълнително официално уведомително писмо, с което иска да ѝ бъдат предоставени договорите, сключени в рамките на спорната операция, както и всеки друг релевантен документ и сведение.

18 С писмо от 8 септември 2006 г. Федерална република Германия поддържа позицията си, според която спорната операция не попада в обхвата на общностното право в областта на обществените поръчки, и изпраща на Комисията посочените в точки 10 и 11 от настоящото решение договори без приложенията.

19 С писмо от 18 октомври 2006 г. Комисията изпраща на Федерална република Германия мотивирано становище, с което иска от последната да се съобрази със задълженията си, които произтичат от общностните правила в областта на обществените поръчки, в срок от два месеца, считано от получаването на становището.

20 С писмо от 12 декември 2006 г. Федерална република Германия отново оспорва наличието на нарушение на общностното право в областта на обществените поръчки, поддържайки освен това, че във всеки случай производството по установяване на неизпълнение на задължения не е допустимо, тъй като на 1 декември 2005 г., т.е. дори преди изпращането на официалното уведомително писмо, изграждането на изложбените халета е било приключило и те са били предоставени на град Кьолн.

21 В резултат на тази позиция Комисията решава да предяви настоящия иск.

По иска

По допустимостта

22 Федерална република Германия прави възражение за недопустимост, изведено от това, че при изтичането на установения в мотивираното становище срок, а именно 18 декември 2006 г., въпросният договор бил изчерпал цялото си действие, доколкото изграждането на посочените в иска строежи е било отдавна приключено. Федерална република Германия препраща в тази връзка към протокол за приемане („Übernahmeprotokoll“), изготвен след три дни преговори между град Кьолн и GKM-GbR на 30 ноември 2005 г., следователно дори преди изпращането на официалното уведомително писмо, което доказвало, че въпросните строежи са предадени в надлежна форма на тази дата от GKM-GbR и са приети от град Кьолн. Освен това строежите били използвани по предназначение от януари 2006 г. Всъщност на 16 януари 2006 г. във въпросните помещения се състояло официалното откриване на международния мебелен панаир.

23 В това отношение следва да се напомни, че в съответствие с постоянната практика на Съда в областта на обществените поръчки иск за установяване на неизпълнение е недопустим, ако в деня на изтичане на срока, определен в мотивираното становище, въпросният договор вече е изчерпал цялото си действие (вж. наред с други решения Решение на Съда от 2 юни 2005 г. по дело Комисия/Гърция, C-394/02, Recueil, стр. I-4713, точка 18 и цитираната съдебна практика, както и Решение от 11 октомври 2007 г. по дело Комисия/Гърция, C-237/05, Сборник, стр. I-8203, точка 29).

24 Следователно в конкретния случай трябва да се провери дали към датата на изтичане на посочения в мотивираното становище срок, а именно 18 декември

2006 г., въпросният договор е поне отчасти в процес на изпълнение или напротив, този договор е бил вече изцяло приключен, по начин че е изчерпал действието си.

25 С „въпросния договор“ или в съответствие с друга една формулировка, използвана в съдебната практика — „спорната поръчка“, (вж. например Решение от 10 април 2003 г. по дело Комисия/Германия, C-20/01 и C-28/01, Recueil, стр. I-3609, точка 33 и цитираната съдебна практика) Съдът има предвид разглежданата операция, в нейната цялост, поставена в общия ѝ контекст и в зависимост от същностните ѝ характеристики.

26 В конкретния случай е безспорно, че операцията, която обвързва град Кьолн с GKM-GbR и с KölnMesse, има за крайна цел да предостави в дългосрочен план на разположение на последното дружество, чийто мажоритарен собственик е град Кьолн, изложбени халета, които ще бъдат построени от GKM-GbR. Успоредно с това град Кьолн се задължава спрямо GKM-GbR чрез договор за наем да му превежда месечно определена парична сума като наем, като прехвърлянето на тези средства на практика служи за финансирането на изграждането на въпросните строежи, както впрочем признава Федерална република Германия.

27 Целта и начините за осъществяване на тази операция следват по-специално от договора за наем, наречен „основен“, сключен на 6 август 2004 г., по силата на който GKM-GbR се задължава да изгради строежи в съответствие с подробните предписания на град Кьолн предвид тяхното отдаване под наем, както и от договора за пренаемане и от „споразумението за изпълнение на договора за пренаемане“, по силата на които град Кьолн преотстъпва на KölnMesse правото на ползване върху постройките, които следва да бъдат изградени.

28 Въпросната операция включва следователно част „изграждане“ и част „наем“ или „финансиране“. В тази връзка, независимо от въпросите кой е преобладаващият елемент или коя е основната цел на тази операция и дали град Кьолн е действал просто като гарант спрямо GKM-GbR, чието изследване е съществото на делото, следва да се посочи, че различните части от тази операция образуват едно неразделно цяло. Всъщност както е проектирано и изпълнено, изграждането на строежите не би имало смисъл при липсата на договора за наем, а последният не би могъл да съществува самостоятелно без бъдещото реализиране на строежите,

както това е предвидено в посочения договор. Следователно не може да бъде приета тезата на Федерална република Германия, според която основният договор съдържа релевантни части и части, които не са релевантни или неутрални с оглед на настоящия иск.

29 Следователно въпросната операция трябва да се разглежда в нейната цялост и в зависимост от всичките ѝ параметри и съставни части, за да се прецени допустим ли е искът.

30 По този начин въпросният договор, а именно спорната операция, разглеждана в нейната цялост, не е била изчерпала изцяло действието си към момента на изтичане на посочения в мотивираното становище срок поради факта, че изграждането на въпросните строежи е приключило. Всъщност частта „наем“ от тази операция продължава да произвежда действието си към този дата.

31 От всички изложени дотук съображения следва да се направи изводът, че искът на Комисията е допустим.

По съществото на спора

Доводи на страните

32 Комисията изтъква, че между KölnMesse и GKM-GbR не съществува никакво договорно правоотношение, право или задължение. По мнение на Комисията образуването, което в конкретния случай трябва да се счита за съдоговорител на GKM-GbR, е единствено град Кьолн. Всъщност по силата на основния договор

единствено последният бил поел конкретни задължения спрямо GKM-GbR. От друга страна, KölnMesse не можело да осъществи такъв строителен проект без намесата на град Кьолн, а GKM-GbR нямало да приеме да изпълни посочения проект без финансовото покритие от страна на последния. Освен това KölnMesse не било станало длъжник на GKM-GbR.

33 Що се отнася до правното естество на въпросната операция, Комисията поддържа, че тя представлява обществена поръчка за строителство. Всъщност тя посочва на първо място, че град Кьолн — възлагащ орган в качеството му на административно-териториална единица — е сключил в писмена форма възмезден договор с GKM-GbR, действащо като предприемач с цел изграждането от страна на последното на строежи на стойност много над предвидения в общностните правила праг, които трябва да бъдат предоставени на възлагащия орган. На второ място, що се отнася до предмета на операцията, изграждането на въпросните строежи, които са предназначени изключително за организирането на панаири, не било резултат от собствената инициатива на GKM-GbR. От основния договор следвало също, че строежите били изпълнени в съответствие с подробните спецификации, наложени от град Кьолн, като те не представляват просто описание на оборудването в рамките на договор за наем. Следователно в конкретния случай ставало въпрос за изграждането на строежи, които отговарят на конкретните изисквания на възлагащия орган по смисъла на член 1, буква а), последната част от изречението на Директива 93/37.

34 Комисията изтъква, че този извод не може да бъде обезсилен от факта, че основният договор включва също елементи, характерни за договора за наем, а именно прехвърлянето на правото на ползване на постройките срещу вноски, които представлявали възнаграждението за изграждането им. Всъщност в конкретния случай не можело да се направи разграничение между част „строителни работи“ от този договор и част „наем“ или „финансиране“ от него, в смисъл че първата част попадала в приложното поле на Директива 93/37, а втората, като предоставяне на услуги — в приложното поле на Директива 92/50. Във всеки случай Комисията напомня, че в съответствие с практиката на Съда именно основният предмет на договора определя неговата квалификация, а в конкретния случай основният предмет е изграждането на строеж.

35 На последно място, Комисията посочва, че според практиката на Съда въпросът дали град Кьолн е имал намерението да използва сам подлежащата на изграждане постройка или иска да я предостави на трето лице е ирелевантен за

квалификацията на посочената операция като обществена поръчка за строителство, също както въпросът дали той ще бъде собственик на земята и на изложбените халета към момента на изтичане на основния договор. Комисията заключава, че следователно град Кьолн е трябвало да открие процедура по възлагане на въпросната обществена поръчка в съответствие с разпоредбите на член 7, параграф 4 и член 11 от Директива 93/37.

36 Федерална република Германия отговаря, че единственото образувание, което в конкретния случай трябва да се счита за съдоговорител на GKM-GbR, е KölnMesse, доколкото на практика тези две дружества са обвързани от основното договорно правоотношение. Всъщност в рамките на една функционална преценка на цялото положение единствено KölnMesse било наемател, а GKM-GbR било наемодател по договора за пренаемане, който бил предвиден и сключен по същото време с основния договор, чието съдържание по същество било идентично на последния и по силата на който всички права и задължения, произтичащи от основния договор били прехвърлени на KölnMesse.

37 Освен това именно KölnMesse — с цел наемането на изложбените халета, които трябва да бъдат издигнати върху земя, която му принадлежи — било предвидило и осъществило въпросната операция и в крайна сметка то притежавало правото на ползване на въпросните постройки, в замяна на което щяло да превежда уговореното възнаграждение. Липсата на преки договорни отношения между KölnMesse и GKM-GbR била резултат от тройната операция, която е била избрана от функционална гледна точка, тъй като град Кьолн участвал в договорните отношения между първите две образувания като гарант, а не като солидарен длъжник.

38 Следователно Федерална република Германия смята, че единствено KölnMesse като действителен съдоговорител на GKM-GbR трябвало да се преценява от гледна точка на критериите, в зависимост от които се установява дали дадено образувание попада в рамките на понятието за възлагащ орган предвид възможното прилагане на общностните правила в областта на обществените поръчки, а не град Кьолн. Следователно искът на Комисията, който е насочен единствено към последния, трябвало да бъде отхвърлен поради тази причина.

39 Що се отнася до правното естество на посочената операция, Федерална република Германия поддържа, че сключеният между град Кьолн и GKM-GbR договор не е обществена поръчка за строителство, а единствено финансова гаранция, т.е. допълнително споразумение към основното споразумение, сключено между GKM-GbR и KölnMesse.

40 За целите на правната квалификация на дадена поръчка, съставена от няколко части, които могат да попаднат в приложното поле на различни общностни правила в областта на обществените поръчки, следвало в съответствие с практиката на Съда да се държи сметка за основния предмет на посочения договор, но също така трябвало този предмет да се състои в изграждането на строеж, за да се счита, че става въпрос за обществена поръчка за строителство. Федерална република Германия се позовава в това отношение на Решение на Съда от 19 април 1994 г. по дело Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Recueil, стр. I-1329). В конкретния случай обаче според тази държава членка изграждането на строежа не е основен предмет на договорите. Всъщност както основният договор, така и договорът за пренаемане не били по никакъв начин „договори за строителство“, а от формална и материална гледна точка „договори за наем“, в рамките на които съдоговорителят получава възмездно единствено правото на ползване на съответните сгради. От функционална гледна точка въпросната договорна конструкция с намесата на град Кьолн имала за цел финансирането на замисления от KölnMesse проект.

41 Фактът, че основният предмет на разглеждания договор се състоял в отдаването под наем на съответните сгради, бил също доказан, от една страна, чрез сравнението между разходите по наемането за период от 30 години, или около 600 милиона евро, и разходите за изграждането на тези сгради, които възлизали само на около 235 милиона евро, и от друга страна, чрез липсата на договорна уговорка относно възможност за купуване или относно задължение за обратно изкупуване на посочените сгради от град Кьолн или от KölnMesse след изтичане на срока на договора за наем. В такъв случай GKM-GbR понасяло в крайна сметка икономическия риск от въпросната операция.

42 Следователно според Федерална република Германия, независимо дали основният предмет на основния договор е услуга за наем или услуга за финансиране, става въпрос за две положения, които попадат в приложното поле на Директива 92/50, чието евентуално нарушаване не е предмет на настоящото производство.

Съображения на Съда

43 За да се определи, на първо място, кое образувание трябва да се счита за съдоговорител на GKM-GbR, и поради тази причина бъде преценено предвид критериите, които определят понятието за възлагащ орган, следва да се посочи, че искът на Комисията е насочен срещу договора за наем, наречен „основен“, сключен на 6 август 2004 г. между град Кьолн и GKM-GbR.

44 Въпреки това обстоятелство Федерална република Германия твърди, че от гледна точка на функционална преценка на цялата операция KölnMesse е действителният съдоговорител на GKM-GbR и истинският наемодател по силата на договора за пренаемане. Всъщност именно KölnMesse било предвидило и осъществило посочената операция и получавало в крайна сметка правото на ползване на въпросните постройки, в замяна на което превеждало уговореното възнаграждение.

45 Безспорно е все пак, че основният договор от 6 август 2004 г. е бил подписан между GKM-GbR и град Кьолн, без да се споменава KölnMesse. Важно е да се посочи също, че преговорите за сключването на посочения договор са били водени от град Кьолн, от негово име и за негова сметка. Освен това подробните спецификации, що се отнася до изграждането на въпросните строежи, са били включени в договора от град Кьолн и единствено спрямо него GKM-GbR е поело своите задължения. Също така преговорите, които са довели до изготвянето на протокола за приемане на въпросните строежи от 30 ноември 2005 г., са водени от град Кьолн, а протоколът е бил подписан от последния и от GKM-GbR, без да се споменава KölnMesse.

46 По този начин KölnMesse не се появява и не се намесва по никакъв начин в договорните отношения между GKM-GbR и град Кьолн.

47 Констатацията, че не съществува никакво договорно отношение между Köln-Messe и GKM-GbR, не е поставена под съмнение от договора за продажба от KölnMesse на GKM GbR на земята, върху която са изградени въпросните строежи. Всъщност този договор не е релевантен в рамките на спорната операция, която се състои в изграждането и отдаването под наем на постройките.

48 Освен това договорът за пренаемане от 11 август 2004 г. и споразумението за изпълнение на посочения договор от същата дата не могат да обезсилят предходната констатация, доколкото засягат единствено отношенията между KölnMesse и град Кьолн и не се отразяват по никакъв начин на договорните отношения между последния и GKM-GbR, нито на насрещните задължения, поети от тях.

49 Не е релевантен също фактът, че евентуално замисълът на въпросната операция е първоначално на KölnMesse, доколкото последното по никакъв начин не е споменато в основния договор, сключен с GKM-GbR.

50 Също така е ирелавантно съображението, че въпросните постройки са предназначени да служат за дейностите на KölnMesse, което в крайна сметка има правото на ползване по отношение на тях, срещу което плаща месечна насрещна престация (вж. в този смисъл Решение на Съда от 18 януари 2007 г. по дело Auroux и др., C-220/05, Recueil, стр. I-385, точки 33, 35 и 42). Следва да се посочи освен това в този контекст, че от документите, озаглавени „писмо за намерение“ от 8 декември 2003 г. и 14 юли 2004 г., които не са оспорени от Федерална република Германия, следва, че град Кьолн се е задължил да поеме финансовите разходи по въпросната операция, в случай че след 2012 г. KölnMesse не успее да посрещне разходите по наема.

51 Следователно функционалното тълкуване на спорната операция, каквото препоръчва Федерална република Германия, не може да постави под съмнение констатацията, че въз основа на основния договор град Кьолн е единственият съдоговорител на GKM-GbR, считан и приет като такъв от последното, нито може да доведе до подмяната на град Кьолн с KölnMesse при изпълнението на договорните му задължения.

52 Следователно трябва да се направи изводът, че в рамките на разглежданата операция единственият съдоговорител на GKM-GbR е град Кьолн. В качеството му на административно-териториална единица той представлява възлагащ орган по смисъла на член 1, буква б) от Директива 93/37.

53 На второ място, следва да се засегне въпросът за правната квалификация на разглежданата операция, за да се провери дали тя представлява обществена поръчка за строителство по смисъла на общностната правна уредба.

54 В тази връзка следва да се напомни най-напред, че в съответствие с практиката на Съда тази правна квалификация попада в областта на общностното право и че квалификацията, дадена според националното право, не е релевантна в тази връзка (вж. в този смисъл Решение по дело Auroux и др., посочено по-горе, точка 40 и цитираната съдебна практика). Освен това квалификацията на даден договор, направена от договарящите страни, също не е определяща.

55 Следва да се подчертае по-нататък, че определението на понятието „обществена поръчка за строителство“, което се съдържа в член 1, буква а) от Директива 93/37, включва всички операции, при които е сключен възмезден договор между възлагащ орган и предприемач, независимо от формалната му квалификация, и който договор има за предмет изграждането от последния на „строеж“ по смисъла на член 1, буква в) от същата директива. Основният критерий в тази връзка е строежът да е в съответствие с изискванията на възлагащия орган, като използваните средства във връзка с това изпълнение са без значение.

56 Що се отнася до предмета на въпросната операция, следва да се посочи, че основният договор, сключен на 6 август 2004 г. между град Кьолн и GKM-GbR, е формално квалифициран като „договор за наем“ и че на практика съдържа елементи, които са характерни за договора за наем. Въпреки това трябва да се посочи, че към тази дата изграждането на въпросните строежи дори не е било започнало. Следователно този договор не може да има за непосредствена цел отдаването под наем на недвижими имоти, чието изграждане дори не е започнало. Така първостепенната цел на този договор може да бъде логически само

изграждането на въпросните строежи, които впоследствие трябвало да бъдат предоставени на град Кьолн посредством договорно правоотношение, квалифицирано като „договор за наем“.

57 В съответствие с практиката на Съда обаче, когато един договор съдържа елементи, присъщи на обществена поръчка за строителство, както и елементи, присъщи на друг вид обществена поръчка, основният предмет на договора определя приложимите общностни правила.

58 Следва да се посочи освен това, че съответните строежи са били изградени в съответствие с твърде подробните спецификации, формулирани от град Кьолн в основния договор. От този договор и от приложенията към него следва, че посочените спецификации, отнасящи се до точното описание на сградите, които трябва да бъдат построени, на тяхното качество и оборудването им, отиват отвъд обичайните изисквания на един наемател по отношение на нов недвижим имот с определен размер.

59 Следователно трябва да се заключи, че основният договор има за първостепенна цел изграждането на въпросните изложбени халета в съответствие с изискванията на град Кьолн. Освен това посочените халета представляват „строеж“ по смисъла на член 1, буква в) от Директива 93/37, доколкото са предназначени сами по себе си да изпълнят дадена икономическа функция, а стойността им е далеч над предвидения в член 6 от същата директива праг. Още повече че това е възмезден договор, тъй като GKM-GbR е действало в конкретния случай като предприемач, независимо от обстоятелството, че е изградило строежите чрез подизпълнител (вж. в този смисъл Решение на Съда от 12 юли 2001 г. по дело Ordine degli Architetti и др., C-399/98, Recueil, стр. I-5409, точка 90), а град Кьолн е възлагащ орган. Посоченият договор трябва следователно да се квалифицира като обществена поръчка за строителство по смисъла на член 1, буква а) от Директива 93/37.

60 Този извод не се поставя под въпрос от довода, който Федерална република Германия извежда от факта, че общата сума, която трябва да се преведе на GKM-GbR като наеми и която ще възлиза в крайна сметка на около 600 милиона евро,

е много над разходите по изграждането на строежите, които възлизат на около 235 милиона евро, което доказвало, че елементът „услуги“ от посочената операция е преобладаващ.

61 Всъщност определящият елемент за целите на квалификацията на дадена поръчка като разглежданата е основният ѝ предмет, а не размерът на възнаграждението на предприемача или начините на плащането му. Освен това пряко сравнение между двете посочени суми, взети като абсолютни стойности, не е възможно, доколкото приблизителната сума от 600 милиона евро ще бъде изплатена чрез месечни вноски в продължение на близо 30 години, докато сумата от 235 милиона евро съответства на стойността на разходите по строителство при неговото завършване към края на 2005 г. Всъщност сумата от 600 милиона евро, разглеждана като стойност, актуализирана към момента на приключването на строителните работи, се доближава значително до сумата от 235 милиона евро. Във всеки случай дори ако част от посочената сума от 600 милиона евро трябваше да представлява възнаграждението за обект, годен за отдаване под наем, тази част непременно би била малка и не би се отразила на квалификацията на посочената поръчка.

62 Освен това за целите на квалификацията на разглежданата поръчка не е релевантен фактът, че основният договор не предвижда никаква възможност или задължение за обратно изкупуване от страна на град Кьолн или от KölnMesse на построените сгради (вж. в този смисъл Решение по дело Auroux, посочено по-горе, точка 47).

63 Предвид всички горепосочени съображения следва да се заключи, че основният договор от 6 август 2004 г., преценен в общия контекст на разглежданата операция, представлява обществена поръчка за строителство по смисъла на член 1, буква а) от Директива 93/37, която е трябвало да бъде възложена в съответствие с правилата на член 7, параграф 4 и член 11 от същата директива. Поради тази причина искът на Комисията трябва да бъде уважен.

64 Следователно трябва да се приеме за установено, че тъй като град Кьолн е сключил с GKM-GbR договора от 6 август 2004 г., без да приложи процедурата по възлагане на обществена поръчка, предвидена в член 7, параграф 4 и член 11 от

Директива 93/37, Федерална република Германия не е изпълнила задълженията си по тези разпоредби.

По съдебните разноски

65 Съгласно член 69, параграф 2 от Процедурния правилник всяка страна, загубила делото, се осъжда да заплати съдебните разноски, ако има искане в този смисъл. След като Комисията е направила искане за осъждането на Федерална република Германия и последната е загубила делото, тя трябва да бъде осъдена да заплати разноските.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

1) **Тъй като град Кьолн е сключил с Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, понастоящем Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR договора от 6 август 2004 г., без да приложи процедурата по възлагане на обществена поръчка, предвидена в член 7, параграф 4 и член 11 от Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година за координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, Федерална република Германия не е изпълнила задълженията си по тези разпоредби.**

2) **Осъжда Федерална република Германия да заплати съдебните разноски.**

Подписи