Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

22. april 2021 *

»Traktatbrud – direktiv 2004/18/EF – offentlige bygge- og anlægskontrakter – kontrakt mellem en offentlig enhed og en privat virksomhed om leje af en endnu ikke opført bygning – artikel 1 – udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, som svarer til de af lejeren præciserede behov – artikel 16 – udelukket«

I sag C-537/19,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF, anlagt den 12. juli 2019,

Europa-Kommissionen ved L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers og P. Ondrůšek, som befuldmægtigede,

sagsøger,

mod

Republikken Østrig først ved M. Fruhmann, derefter ved J. Schmoll, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, E. Regan, og dommerne M. Ilešič, E. Juhász (refererende dommer), C. Lycourgos og I. Jarukaitis,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 22. oktober 2020,

afsagt følgende

* Processprog: tysk.

Dom

1 Europa-Kommissionen har med sin stævning nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2, artikel 28 og artikel 35, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114), idet Stadt Wien-Wiener Wohnen (herefter »Wiener Wohnen«) har foretaget en direkte tildeling af en kontrakt af 25. maj 2012 vedrørende en kontorbygning beliggende Guglgasse 2-4 i Wien (Østrig) uden at gennemføre en konkurrencebaseret udbudsprocedure og uden at offentliggøre en hertil hørende bekendtgørelse.

Retsforskrifter

EU-retten

2 2. og 24. betragtning til direktiv 2004/18 havde følgende ordlyd:

»(2) Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en vis værdi er det dog tilrådeligt at udarbejde bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter. Disse samordningsbestemmelser bør derfor fortolkes i overensstemmelse med såvel ovennævnte regler og principper – som traktatens øvrige bestemmelser.

[…]

(24) I forbindelse med tjenesteydelser er kontrakter om erhvervelse eller leje af fast ejendom eller rettigheder til fast ejendom af en sådan karakter, at det er uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse på dem.«

3 Dette direktivs artikel 1, der havde overskriften »Definitioner«, bestemte i stk. 2, litra b), følgende:

»Ved »offentlige bygge- og anlægskontrakter« forstås offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede aktiviteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed. Ved »bygge- og anlægsarbejde« forstås resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.«

4 Det nævnte direktivs artikel 2, der havde overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter«, fastsatte følgende:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

5 Artikel 16 i direktiv 2004/18, der havde overskriften »Særlige undtagelser«, bestemte følgende:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelseskontrakter:

a) om erhvervelse eller leje – uanset finansieringsform – af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil; dog er kontrakter i en hvilken som helst form om finansielle tjenesteydelser, der indgås samtidig med, før eller efter aftalen om erhvervelse eller leje, underlagt dette direktiv

[…]«

6 Dette direktivs artikel 28, der havde overskriften »Anvendelse af offentligt udbud, begrænset udbud og udbud med forhandling samt konkurrencepræget dialog«, havde følgende ordlyd:

»For at indgå offentlige kontrakter anvender de ordregivende myndigheder de nationale procedurer, der er tilpasset til brug i forbindelse med dette direktiv.

De indgår disse offentlige kontrakter ved anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud. På de særlige betingelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 29, kan de ordregivende myndigheder indgå offentlige kontrakter ved hjælp af konkurrencepræget dialog. I de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 30 og 31, kan de anvende udbud med forhandling, med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.«

7 Det nævnte direktivs artikel 35, der havde overskriften »Bekendtgørelser«, fastsatte i stk. 2 følgende:

»Ordregivende myndigheder, der ønsker at indgå en offentlig kontrakt eller en rammeaftale ved offentligt eller begrænset udbud eller, på de betingelser der er anført i artikel 30, ved udbud med forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller, på de betingelser der er anført i artikel 29, ved konkurrencepræget dialog, tilkendegiver deres hensigt herom ved en udbudsbekendtgørelse.«

8 Direktiv 2004/18 blev med virkning fra den 18. april 2016 erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT 2014, L 94, s. 65).

Østrigsk ret

9 På tidspunktet for indgåelsen af den omhandlede lejekontrakt, den 25. maj 2012, fandtes de gældende nationale bestemmelser i Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 (forbundslov af 2006 om indgåelse af offentlige kontrakter) i den affattelse, der var gældende på dette tidspunkt.

Den administrative procedure

10 Efter en klage, der blev modtaget i 2015, og uformelle kontakter med de østrigske myndigheder fremsendte Kommissionen den 25. juli 2016 en åbningsskrivelse til Republikken Østrig (overtrædelsesprocedure 2016/4074), hvori den gjorde gældende, at der var sket en tilsidesættelse af artikel 2, 28 og 35 i direktiv 2004/18 på grund af, at Wiener Wohnen den 25. maj 2012 – uden en konkurrencebaseret udbudsprocedure og uden en udbudsbekendtgørelse i overensstemmelse med dette direktiv – havde foretaget en direkte tildeling af en tidsubegrænset lejekontrakt vedrørende en kontorbygning benævnt Gate 2 (herefter »Gate 2-bygningen«), inklusive en parkeringskælder, på matriklen beliggende Guglgasse 2-4 i Wien.

11 I henhold til vilkårene i denne kontrakt havde udlejeren, Vectigal Immobilien GmbH & Co. KG, som på tidspunktet for kontraktens indgåelse var ejer af denne matrikel, til hensigt at opføre Gate 2-bygningen på denne grund.

12 Den lejede ejendom bestod af to fløje (A og B), fra stueetagen til femte etage. Som en variant var der planlagt broer mellem disse to fløje, fra første til femte etage. Wiener Wohnen havde desuden som en valgmulighed (»*call-option*«) en ensidig ret til ud over de fem første etager, som fra begyndelsen udgjorde den lejede ejendom, at leje den sjette til den ottende etage i den nævnte bygnings fløj B. Et tillæg til lejekontrakten dateret den 25. oktober 2012 bekræftede, at Wiener Wohnen gjorde brug af denne valgmulighed.

13 Den omhandlede lejekontrakt blev indgået for en tidsubegrænset periode. Den bestemte oprindeligt, at Wiener Wohnen først kunne foretage en ordinær opsigelse af kontrakten 15 år efter lejens påbegyndelse, og derefter hvert tiende år. Ud over denne ordinære opsigelse var der mulighed for en ekstraordinær opsigelse, hvis udlejeren groft eller vedvarende overtrådte lejekontrakten, eller hvis Gate 2-bygningen ikke kunne anvendes til den aftalte brug i mere end seks måneder.

14 Det andet tillæg til den nævnte lejekontrakt, der var dateret den 16. og den 17. september 2013, udskød fristen for den første mulighed for ordinær opsigelse. Ifølge punkt 2.4 i dette tillæg var den tilsvarende klausul nu affattet således: »Lejeren kan opsige denne lejekontrakt på normal vis, men først ved udløbet af 25 år, 35 år og 45 år (osv.) fra lejemålets begyndelse (idet der tages hensyn til det opsigelsesvarsel, der er nævnt i punkt 2.2) (opsigelsesvarsel på 12 måneder ved udgangen af et kvartal i kalenderåret).«

15 Efter at have benyttet Gate 2-bygningen fremlejede Wiener Wohnen en række kontorarealer til Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH. Endvidere indrettede Gewerkschaft der Gemeindebediensteten (fagforening for kommunalt ansatte) ligeledes et informationscenter i denne bygning.

16 Republikken Østrig besvarede Kommissionens åbningsskrivelse ved en skrivelse af 26. september 2016, hvori den erkendte, at den direkte tildeling af den omhandlede lejekontrakt var omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, og at der derfor skulle have været gennemført et konkurrencebaseret udbud i overensstemmelse med dette direktiv. Denne medlemsstat beklagede den begåede fejl og fremhævede, at Wiener Wohnen ville gøre alt for fremover at sikre en korrekt anvendelse af EU-retten om offentlige kontrakter.

17 Det fremgår ligeledes af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at Republikken Østrig i supplerende bemærkninger af 27. februar 2017 og i andre supplerende bemærkninger af 5. maj, 13. september og 25. oktober 2017 har redegjort for, hvorledes overholdelsen af EU-retten om offentlige kontrakter for fremtiden ville blive sikret, bl.a. ved hjælp af et register over kontrakter.

18 Henset til, at den foreholdte overtrædelse fortsat bestod, fremsendte Kommissionen ved skrivelse af 18. maj 2018 en begrundet udtalelse til Republikken Østrig, hvori den opfordrede denne medlemsstat til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra modtagelsen.

19 Republikken Østrig besvarede den begrundede udtalelse ved en skrivelse af 18. juli 2018. Hvad angik mulighederne for at afhjælpe den foreholdte overtrædelse gjorde denne medlemsstat gældende, at det var umuligt straks at bringe den nævnte overtrædelse til ophør, idet Wiener Wohnen benyttede Gate 2-bygningen. Henset til den omstændighed, at den omhandlede lejekontrakt tidligst kunne opsiges ordinært den 1. oktober 2040 for denne bygnings fløj A og den 1. april 2041 for bygningens fløj B, var Wiener Wohnen imidlertid parat til at indlede forhandlinger med udlejeren om en førtidig opsigelse af denne lejekontrakt. Republikken Østrig fremhævede i øvrigt, at på tidspunktet for indgåelsen af den nævnte kontrakt omfattede den undtagelse, der var fastsat i artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18,

ifølge den fremherskende juridiske opfattelse i Østrig ligeledes udlejning af en kontorbygning, der endnu ikke var opført, men som allerede var planlagt og parat til at realiseres. Da Wiener Wohnen havde ønsket at leje præcist en sådan bygning, havde denne enhed handlet i god tro.

20 Da Kommissionen ikke har fundet Republikken Østrigs svar tilfredsstillende, har den anlagt nærværende sag.

Om søgsmålet

Parternes argumentation

21 Kommissionen har gjort gældende, at den omstændighed, at Wiener Wohnen, som er en offentlig enhed, der er tilknyttet byen Wien, har indgået en langvarig lejekontrakt med en privat virksomhed om Gate 2-bygningen, inden denne bygning blev opført, udgør en direkte indgåelse af en bygge- og anlægskontrakt med henblik på opførelse og udlejning af en kontorbygning, fordi Wiener Wohnen har udøvet indflydelse på planlægningen af arbejderne vedrørende denne bygning, som gik langt ud over de sædvanlige krav fra en lejer af en ny bygning.

22 Kommissionen har under henvisning til dom af 10. juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 40-42), anført, at spørgsmålet om, hvorvidt en transaktion udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt, henhører under EU-retten, og at dersom et bygge- og anlægsarbejde udbydes til leje, før dets udførelse er påbegyndt, består dets hovedformål i denne udførelse. Kommissionen har i denne forbindelse fremhævet, at Gate 2-bygningen ikke var genstand for en eksigibel byggetilladelse på tidspunktet for indgåelsen af den omhandlede lejekontrakt.

23 Kommissionen har under henvisning til præmis 43 i Domstolens samme dom tilføjet, at denne kontrakt ikke falder ind under den undtagelse, der var fastsat i artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18. Denne undtagelse finder således ikke anvendelse, hvis udførelsen af et projekteret bygge- og anlægsarbejde svarer til de behov, som den ordregivende myndighed har præciseret. Det fremgår af præmis 58 i dom af 29. oktober 2009, Kommissionen mod Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:664), at dette navnlig er tilfældet, når de specifikationer, der er fastsat i kontrakten, vedrører en præcis beskrivelse af den bygning, der skal opføres, dens kvalitet og dens udstyr, og således langt overstiger de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en nybygget ejendom af en vis størrelse.

24 Hvad angår strukturen af Gate 2-bygningen er Kommissionen af den opfattelse, at to tilfælde af indblanding fra Wiener Wohnen har haft indflydelse på denne bygnings udformning. Det drejer sig om konstruktionen af de broer, der forbinder etagerne i bygningens fløje A og B, og opførelsen af den sjette til den ottende etage i fløj B.

25 For så vidt angår Wiener Wohnens øvrige indblandinger har Kommissionen gjort gældende, at der i de dokumenter, der er benævnt »Beskrivelse af bygningen og dens faciliteter« af 16. maj 2012 og »Tillæg til beskrivelsen af bygningen og dens faciliteter« af 22. maj 2012, som begge er vedlagt den omhandlede lejekontrakt, findes talrige eksempler, der viser, at de specifikationer, der var aftalt mellem parterne i denne kontrakt, gik langt ud over, hvad der sædvanligvis aftales med en lejer, og at Wiener Wohnen i vidt omfang valgte de tekniske løsninger, der blev fulgt ved den endelige udformning af Gate 2-bygningen. Selv om visse af disse specifikationer henviste til »ÖNORM«-standarderne, var sidstnævnte blot anbefalinger, som kun blev bindende, hvis det var fastsat i kontrakten. Normalt er en lejer kun interesseret i, at rørføringerne fungerer korrekt, men ikke i hverken den type installation, der er valgt, eller, »for så vidt angår lukkede installationer, om afløbsrørene er lavet af PE eller af ABS«.

26 Navnlig fremgår det af forsiden til det andet af disse dokumenter, at dette dokument er blevet affattet af Wiener Wohnen, og i de lovpligtige oplysninger på den følgende side er angivet: »tillæg [til beskrivelsen af bygningen og dens faciliteter], baseret på det udbudsmateriale for de administrative bygninger, der er udarbejdet af tjenestegrenen MA34; tillægget fastlægger lejerens specifikke brugsbehov, supplerer, specificerer og erstatter ved enkeltstående undtagelser udlejerens [beskrivelse af bygningen og dens faciliteter]«. Kommissionen har præciseret, at det fremgår af byen Wiens websted, at der er tale om et »sæt regler vedrørende faciliteterne i denne bys administrative bygninger, [og at disse] specifikationer[…] tjener som grundlag for planlægningsarbejder og udbud«. Ifølge Kommissionen er det under disse omstændigheder ikke overraskende, at en artikel, der blev bragt i den østrigske presse i 2016, og som vedrørte Wiener Wohnens mulige omgåelse af bestemmelserne om offentlige kontrakter i forbindelse med opførelsen af Gate 2-bygningen, havde overskriften »*Eine Zentrale nach Maß*« (»Et skræddersyet hovedkontor«).

27 Kommissionen har gjort gældende, at Wiener Wohnen kontrollerede udførelsen af Gate 2-bygningens opførelse på samme måde som en bygherre. Denne virksomhed gav SET Bauprojektierung GmbH, der er et selskab med speciale i udarbejdelse af byggeprojekter, fuldmagt til at føre løbende kontrol med processen med den specifikke udførelse af byggeprojektet. Kommissionen har i denne sammenhæng anført, at det blev aftalt mellem parterne, at denne løbende kontrol ligeledes skulle omfatte overholdelsen af de særlige kendetegn ved godet, således som disse var defineret i den omhandlede lejekontrakt. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til bilag A.1, første del, til bilag 1.3 til denne kontrakt, som bestemmer følgende: »Kontrolfunktion: Med henblik på udførelsen af byggeprojektet indfører Wiener Wohnen en funktion til løbende kontrol med proceduren hvad angår udførelsen af byggeprojektet samt en løbende kontrol ved et eksternt selskab.«

28 Kommissionen har desuden gjort gældende, at Gate 2-bygningen ikke ville være blevet opført uden indgåelsen af den nævnte kontrakt. Efter at udlejeren havde købt grunden af byen Wien, blev opførelsen af denne bygning på denne grund således offentliggjort gennem artikler, der blev bragt i pressen i løbet af 2002, og en pressemeddelelse fra byen Wien, der blev offentliggjort i løbet af 2005. I løbet af 2008 rapporterede medierne imidlertid, at projektet »[havde] ligget i dvale i årevis«, idet udbuddet af større kontorarealer var større end efterspørgslen. Republikken Østrig erkendte i øvrigt, at det var tvivlsomt, om Gate 2-bygningen ville være blevet opført, hvis ikke Wiener Wohnen havde indgået den omhandlede lejekontrakt.

29 Kommissionen har insisteret på, at Gate 2-bygningen på ingen måde skal kvalificeres som en standardbygning, som Wiener Wohnen påtænkte at leje i den stand, som ejeren havde projekteret. Den har henvist til, at Wiener Wohnen i 2012 gav en tjenesteyder fuldmagt til at foretage en webstedsanalyse af markedet for kontorarealer i Wien. Denne analyse viste, at blandt ti ejendomme, der var egnet til udlejning, og hvoraf de seks opfyldte de minimumskrav, som Wiener Wohnen havde opstillet, havde Gate 2-bygningen fremstået som den mest hensigtsmæssige ejendom. Kommissionen har særligt henledt opmærksomheden på den omstændighed, at det i denne analyses »*management summary*« er anført som begrundelse for placeringen af denne bygning på førstepladsen, at »[l]ejeren […] stadig [har] mulighed for at påvirke planlægningen af projektet på grundlag af specifikke krav, og [at] ønsket om at adskille indgangene fra kontorområdet og fra kundeservicecentret kan opfyldes på en optimal måde«.

30 Kommissionen har tilføjet, at Gate 2-bygningen næsten udelukkende anvendes af Wiener Wohnen. Tilstedeværelsen af to andre lejere, nemlig Wiener Wohnen Haus- & Außenbetreuung og Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (fagforening for kommunalt ansatte – kunst, kommunikationsmidler, idræt og liberale erhverv), kan ikke begrunde anvendelsen af artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18, henset til den vidtgående ret, som Wiener Wohnen havde til at overlade genstanden for lejemålet til byen Wiens tjenestegrene eller til juridiske personer, som byen Wien har majoritetsandele i. I øvrigt synes det areal, der er fremlejet til fagforeningen for kommunalt ansatte med henblik på at fungere som informationscenter, at være meget beskedent.

31 Republikken Østrig har anført, at Wiener Wohnen er den største administrator af kommunale boliger i Europa og i denne egenskab har et stort ansvar over for mere end 500 000 personer, der bor i ca. 200 000 kommunale boliger. I forbindelse med en strategisk omlægning af denne virksomhed blev det besluttet at samle alle de kontorer, som tidligere havde været fordelt på hele byen Wiens område, på ét sted. Ifølge denne medlemsstat skulle det nye hovedkontor være klar ved iværksættelsen af den nye organisation ultimo 2014 eller primo 2015, og det skulle kunne huse mindst 750 medarbejdere og endog, efter gennemførelsen af en planlagt udvidelse, 1 000 medarbejdere.

32 Da det ikke var muligt at købe eller opføre en bygning, der svarede til Wiener Wohnens behov, var den eneste tænkelige løsning for virksomheden at leje en eksisterende eller allerede færdigplanlagt kontorbygning. Eftersom Wiener Wohnen er en institution, der har ansvar for opførelsen af sociale boligbyggerier, var virksomheden i øvrigt i princippet forpligtet til at investere sine økonomiske midler i vedligeholdelse og forbedring af de beboelsesejendomme, som virksomheden forvalter. I betragtning af denne virksomheds formål burde de arealer, der skulle lejes, desuden absolut have været standardkontorarealer.

33 For at få et overblik over alle de egnede og ledige kontorbygninger på ejendomsmarkedet, som opfyldte Wiener Wohnens krav, gav denne virksomhed primo 2012 en uafhængig ejendomsekspert i opdrag at udarbejde en samlet analyse af markedet for kontorer og kontorernes beliggenhed i Wien. Ifølge Republikken Østrig var planlægningen af Gate 2-bygningen allerede helt afsluttet, da denne analyse blev udarbejdet, idet samtlige planer var til rådighed, men projektet var endnu ikke blevet udført. Som følge heraf udøvede Wiener Wohnen ikke nogen indflydelse på den arkitektoniske udformning eller den konkrete planlægning af denne bygnings fløje A og B. Ud over kravene til areal og parkeringspladser vedrørte forhandlingerne om den omhandlede lejekontrakt navnlig størrelsen af lejen og driftsomkostningerne. Et af de væsentligste punkter i forhandlingerne var afleveringen på de fastsatte datoer af disse to fløje med henblik på at kunne organisere flytningen af ca. 1 000 medarbejdere. De eneste aspekter af byggeriet, som Wiener Wohnen kunne gribe ind i, angik underinddelingen af lokalerne og anvendelsen af kontorerne samt de lejede arealers basisfaciliteter.

34 Hvad angår de strukturelle indblandinger, som Kommissionen har anført, har Republikken Østrig gjort gældende, at broerne fra begyndelsen var en del af Gate 2-bygningsprojektet. Desuden er de ikke en del af de lejede arealer. Hvad angår valgmuligheden vedrørende leje af den sjette til den ottende etage i fløj B har denne medlemsstat anført, at disse etager under alle omstændigheder skulle opføres.

35 Det dokument, der er benævnt »Beskrivelse af bygningen og dens faciliteter«, begrænsede sig ligesom »tillægget« til dette dokument til at fastsætte en række krav, som alle moderne kontorbygninger skal opfylde. Kommissionen har ikke identificeret nogen oplysning i disse dokumenter, som afviger fra de betingelser, der er fastsat i lovbestemmelserne eller i de gældende retningslinjer og tekniske normer, eller som ikke benyttes inden for den pågældende erhvervssektor.

36 Ifølge Republikken Østrig vedrørte det eksterne selskab SET Bauprojektierungs kontrol kun de arealer, der var omfattet af lejekontrakten, med undtagelse af Gate 2-bygningens øvrige arealer, såsom bl.a. de tekniske varmeanlæg, bygningsautomatiseringen, elevatorinstallationerne eller de fælles eller ydre arealer. Kommissionen har set bort fra den omstændighed, at det i forbindelse med større flytteprojekter er sædvanligt, at der ikke alene sker en løbende kontrol, som foretages af bygherren, men tillige en række kontrolundersøgelser, som gennemføres af lejeren.

37 Republikken Østrig har også fremhævet, at Wiener Wohnen ikke var den eneste lejer i Gate 2-bygningen. Det er i denne sammenhæng ikke afgørende, hvorvidt de arealer, der blev udlejet til andre lejere, var mindre end dem, der blev benyttet af Wiener Wohnen. Den blotte omstændighed, at andre lejere end Wiener Wohnen har lejet lokaler i denne bygning, viser, at de pågældende kontorarealer er standardiserede kontorbygningsarealer, der ligeledes kan lejes af tredjeparter på sædvanlige markedsvilkår.

38 Resuméet »*management summary*« beviser heller ikke Kommissionens synspunkt, eftersom det på ingen måde var angivet i dette dokument, at de af Wiener Wohnen formulerede krav gik videre end en lejers sædvanlige ønsker. Det er helt normalt, at en lejer, som har til hensigt at forpligte sig til en kontraktmæssig anvendelse over en lang periode af en kontorbygning til mere end 1 000 medarbejdere, inden sin beslutning ønsker et klart kendskab til, i hvilket omfang udlejeren vil tillade eventuelle tilpasninger, som efter lejerens opfattelse er nødvendige.

39 Navnlig er dokumentet med overskriften »Tillæg til beskrivelsen af bygningen og dens faciliteter« ifølge Republikken Østrig kun »baseret« på det »udbudsmateriale for de administrative bygninger, der er udarbejdet af tjenestegrenen MA34«. Dette udbudsmateriale er allerede et resumé af de lovbestemte og normative krav – i overensstemmelse med det aktuelle tekniske niveau – der gælder for samtlige kontorbygninger, og hvis anvendelse ikke er begrænset til byen Wien. De foranstaltninger, der er beskrevet i det nævnte »tillæg«, skulle derfor ligeledes have været anvendt, hvis lejekontrakten ikke var blevet indgået med Wiener Wohnen, men med en privat virksomhed. Når Kommissionen gør gældende, at de økologiske normer kun udgør »anbefalinger«, misforstår den gældende lovgivning. Ifølge fast praksis ved Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig) udgør disse normer nemlig det aktuelle tekniske niveau, i forhold til hvilket den korrekte tekniske udførelse er fastlagt. Følgelig er anvendelsen af disse normerer ikke fakultativ.

40 Kommissionens kritik af den lejeperiode, der er fastsat i den omhandlede kontrakt, dvs. 25 år, tager ikke hensyn til realiteten på ejendomsmarkedet. Kun på disse betingelser er udlejerne villige til at udleje større arealer til overkommelige priser. For Wiener Wohnen var der ingen vanskeligheder forbundet med at give afkald på muligheden for at opsige den nævnte kontrakt, fordi en ny flytning af 1 000 ansatte var usandsynlig på grund af omkostningerne, og idet der ikke fandtes alternative egnede områder.

Domstolens bemærkninger

41 Kommissionens søgsmål vedrører kvalificeringen af en kontrakt om Gate 2-bygningen, der er beliggende i Wien, som en direkte tildeling uden en konkurrencebaseret udbudsprocedure og uden en udbudsbekendtgørelse. Kommissionen har gjort gældende, at Wiener Wohnen i sin egenskab af ordregivende myndighed den 25. maj 2012 indgik en langvarig lejekontrakt med en privat virksomhed om denne bygning, endnu før bygningen var opført. Wiener Wohnen udøvede en indflydelse på bygningens udformning, som gik langt ud over de sædvanlige krav fra en lejer af en sådan bygning. Denne kontrakt, som ikke kan henhøre under den undtagelse, der er fastsat i artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18, bør kvalificeres som »bygge- og anlægskontrakt« som omhandlet i dette direktiv. Den heraf følgende overtrædelse af direktiv 2004/18 varer ved, så længe den omhandlede lejekontrakt – der ikke kan opsiges ordinært før 2040 – fortsat gælder.

42 Indledningsvis skal der erindres om, at direktiv 2004/18 – ligesom de øvrige direktiver om offentlige kontrakter – således som det i det væsentlige følger af anden betragtning hertil, har til formål i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter at sikre overholdelsen af navnlig princippet om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, særligt ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, proportionalitet og gennemsigtighed, og at sikre, at offentlige indkøb åbnes for konkurrence (dom af 12.7.2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, præmis 52 og 75, og af 27.11.2019, Tedeschi og Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, præmis 33).

43 For det første fremgår det i denne henseende af retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt en transaktion udgør en offentlig bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i EU-retten, henhører under EU-retten. Parternes kvalificering af den påtænkte kontrakt som en »lejekontrakt« er ikke afgørende i denne henseende (dom af 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

44 I forbindelse med en offentlig bygge- og anlægskontrakt modtager den ordregivende myndighed således en ydelse bestående i udførelsen af det arbejde, som vedkommende ønsker at opnå, og som indebærer en direkte økonomisk fordel for denne. En sådan økonomisk interesse kan imidlertid ikke blot konstateres, når det fremgår, at den ordregivende myndighed bliver ejer af de bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for kontrakten, men ligeledes, hvis det er bestemt, at den ordregivende myndighed får en retlig adkomst, som sikrer denne rådigheden over dette arbejde, henset til dets offentlige anvendelse (jf. i denne retning dom af 25.3.2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 48-51).

45 På samme måde er den omstændighed, at kontrakten ikke fastsætter en forkøbsret til eller en forpligtelse om tilbagekøb af disse bygninger for byen Wien eller for Wiener Wohnen, heller ikke relevant med henblik på kvalifikationen af den pågældende kontrakt (jf. i denne retning dom af 29.10.2009, Kommissionen mod Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, præmis 62).

46 For det andet gælder, at når en kontrakt både indeholder dele, der angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, og dele, der angår andre kontrakter, skal der tages udgangspunkt i kontraktens hovedformål ved dens juridiske kvalificering og ved afgørelsen af, hvilke EU-retlige regler der finder anvendelse (dom af 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

47 For så vidt angår den omhandlede transaktions formål skal det bemærkes, at den pågældende kontrakt er benævnt »lejekontrakt«, og at den reelt indeholder elementer, der falder ind under en lejekontrakt. Ikke desto mindre må det konstateres, at på datoen for indgåelsen af denne kontrakt var udførelsen af det af kontrakten omfattede bygge- og anlægsarbejde endnu ikke påbegyndt. Denne kontrakt kunne derfor ikke have udlejning af ejendomme til umiddelbart formål. Formålet med denne kontrakt var at udføre det nævnte bygge- og anlægsarbejde, som senere skulle stilles til rådighed for Wiener Wohnen via en »lejekontrakt« (jf. i denne retning dom af 29.10.2009, Kommissionen mod Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, præmis 56).

48 Det skal hertil bemærkes, at artikel 16, litra a), i direktiv 2004/18, som angivet i 24. betragtning til dette direktiv, fastsætter en undtagelse fra direktivets materielle anvendelsesområde, og – som bemærket af generaladvokaten i punkt 30 i forslaget til afgørelse – at den fortolkning er blevet anlagt i Domstolens praksis, at denne undtagelse kan omfatte leje af ikke-eksisterende bygninger, dvs. bygninger, som endnu ikke er opført.

49 Som det fremgår af Domstolens praksis, kan den ordregivende myndighed dog ikke påberåbe sig den undtagelse, der er fastsat i denne bestemmelse, når udførelsen af det projekterede bygge- og anlægsarbejde udgør en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, fordi denne udførelse er i overensstemmelse med de af denne ordregivende myndighed fastlagte behov (jf. analogt dom af 29.10.2009, Kommissionen mod Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, præmis 55, og af 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

50 Dette er tilfældet, når den ordregivende myndighed har truffet foranstaltninger med henblik på at definere karakteren af bygge- og anlægsarbejdet eller i det mindste har haft afgørende indflydelse på arbejdets projektering (dom af 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

51 Dette er navnlig tilfældet, når de specifikationer, som den ordregivende myndighed har krævet, overstiger de krav, som en lejer sædvanligvis stiller til en bygning såsom det omhandlede bygge- og anlægsarbejde (jf. i denne retning dom af 29.10.2009, Kommissionen mod Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, præmis 58).

52 Endelig gælder det, at selv om entreprenørens vederlag eller bestemmelserne vedrørende betalingen af dette ikke er de afgørende elementer i forhold til kvalificeringen af den pågældende kontrakt, er de ikke uden relevans (jf. i denne retning dom af 29.10.2009, Kommissionen mod Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, præmiss 60 og 61, og af 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 49-51).

53 Hvad angår den påtænkte bygning kan der identificeres en afgørende indflydelse på dens udformning, hvis det kan påvises, at denne indflydelse udøves på denne bygnings arkitektoniske struktur, såsom dens størrelse, dens ydermure og dens bærende vægge. Krav vedrørende de indvendige indretninger kan kun anses for at påvise en afgørende indflydelse, hvis de udmærker sig på grund af deres særpræg eller omfang.

54 Det er på grundlag af den ovennævnte retspraksis, at Kommissionens søgsmål skal bedømmes.

55 Det bemærkes i denne henseende, at det følger af fast retspraksis om bevisbyrden som led i et traktatbrudssøgsmål i medfør af artikel 258 TEUF, at det påhviler Kommissionen at godtgøre, at det hævdede traktatbrud foreligger. Det er Kommissionen, som skal fremføre de omstændigheder, som er nødvendige for, at Domstolen kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud, og Kommissionen kan ikke påberåbe sig nogen formodning herfor (dom af 14.1.2021, Kommissionen mod Italien (Bidrag til køb af brændstoffer), C-63/19, EU:C:2021:18, præmis 74 og den deri nævnte retspraksis).

56 I henhold til artikel 4, stk. 3, TEU er medlemsstaterne dog forpligtet til at lette Kommissionens gennemførelse af sine opgaver, som ifølge artikel 17, stk. 1, TEU bl.a. består i at drage omsorg for gennemførelsen af EUF-traktatens bestemmelser og af de bestemmelser, som EU-institutionerne træffer med hjemmel i denne. I denne forbindelse skal der tages hensyn til, at når det drejer sig om at undersøge, hvorvidt de nationale bestemmelser, der skal sikre en effektiv gennemførelse af et direktiv, anvendes korrekt i praksis, er Kommissionen, som ikke har egne undersøgelsesbeføjelser på området, i vid udstrækning afhængig af de oplysninger, som er fremlagt af eventuelle klagere og af den pågældende medlemsstat (dom af 18.11.2020, Kommissionen mod Tyskland (Tilbagebetaling af moms – fakturaer), C-371/19, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:936, præmis 66 og 67 og den deri nævnte retspraksis). Heraf følger bl.a., at det, når Kommissionen har givet oplysninger, der fyldestgørende beviser, at de nationale bestemmelser, der gennemfører et direktiv, ikke anvendes korrekt i praksis på den sagsøgte medlemsstats område, påhviler den pågældende medlemsstat konkret og detaljeret at bestride de således fremlagte oplysninger og følgerne heraf (dom af 28.3.2019, Kommissionen mod Irland (Ordning for opsamling og rensning af spildevand), C-427/17, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:269, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

57 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at Kommissionen ikke har gjort gældende, at Wiener Wohnen forsøgte at udøve indflydelse på grundejerens, dvs. Vectigal Immobiliens, planer inden modtagelsen den 28. februar 2012 af den beliggenhedsanalyse (*Standortanalyse*), som var blevet udført af den ejendomsekspert, som Wiener Wohnen havde udpeget.

58 Den nævnte ekspert identificerede ti emner, som frit kunne lejes, og efter at have konstateret, at seks ejendomsprojekter opfyldte Wiener Wohnens mindstekrav, nåede vedkommende frem til den konklusion, at projektet om opførelse af Gate 2-bygningen var det mest hensigtsmæssige.

59 Som det fremgår af beliggenhedsanalysen af 28. februar 2012 og af dokumentet med titlen »Gennemførlighedsundersøgelse« *(»Bebauungsstudie«)* af 23. januar 2012, var Gate 2-bygningens særlige kendetegn allerede fastlagt på disse datoer.

60 Det må konstateres, at den struktur for Gate 2-bygningen, der er beskrevet i denne gennemførlighedsundersøgelse af 23. januar 2012, og den struktur, der fremgår af gennemførlighedsundersøgelsen af 4. maj 2012, som indgår i den omhandlede lejekontrakt, i det

væsentlige er identiske – idet det nyeste dokument ligeledes indeholder en række supplerende præciseringer, navnlig hvad angår anvendelsen af visse arealer – da disse to dokumenter er blevet udarbejdet af det samme arkitektbureau.

61 Disse forhold taler derfor for det synspunkt, som Republikken Østrig har gjort gældende, at »på tidspunktet for forhandlingerne med henblik på indgåelsen af lejekontrakten var planlægningen af [Gate 2-]bygningen allerede helt afsluttet, [og at] Wiener Wohnen […] lige fra begyndelsen ikke havde nogen indflydelse på den arkitektoniske udformning eller den konkrete planlægning af [Gate 2-]bygningens fløje A og B«.

62 Kommissionen har imidlertid identificeret to omstændigheder, hvoraf det ifølge denne institution er muligt at udlede, at Wiener Wohnen har haft indflydelse på selve udformningen af denne ejendoms struktur.

63 Kommissionen har henvist til opførelsen af den sjette til den ottende etage i fløj B og de broer, der forbinder den nævnte bygnings fløje A og B.

64 Hvad angår opførelsen af de nævnte etager i denne fløj B skal det bemærkes, at der i den omhandlede lejekontrakt var fastsat en valgmulighed for leje, men ikke for opførelse af yderligere arealer.

65 I lejekontraktens artikel 1.9 er det således angivet, at Wiener Wohnen som en valgmulighed (»*call-option*«) havde en ensidig ret til ud over de fem første etager, som fra begyndelsen udgjorde den lejede ejendom, at leje den sjette til den ottende etage i Gate 2-bygningens fløj B. Det er ligeledes fastsat i denne artikel 1.9, at såfremt Wiener Wohnen ikke eller kun delvist benytter denne valgmulighed, står det udlejeren frit for enten ikke at opføre de uønskede etager eller at opføre dem og udleje dem til tredjeparter. Det er i denne henseende tillige præciseret i den nævnte artikel 1.9, at tredjeparterne i dette tilfælde har ret til at benytte visse almene dele af bygningen, såsom indgangen eller elevatorerne, og at Wiener Wohnen til gengæld skulle få en nedsættelse af lejen.

66 Det skal påpeges, at denne opførelse allerede var forudsat i gennemførlighedsundersøgelsen af 23. januar 2012, som indeholder en skitse af Gate 2-bygningens fløj B, der omfatter otte etager. I beliggenhedsanalysen af 28. februar 2012 vedrørende denne fløj B nævnes ni niveauer (en stueetage og otte etager), og endelig rummer den omhandlede lejekontrakt tillige – i den gennemførlighedsundersøgelse af 4. maj 2012, der er vedlagt som bilag til lejekontrakten – en skitse af denne fløj B, der omfatter otte etager.

67 Det fremgår følgelig af de oplysninger, som Domstolen råder over, at udformningen af den sjette til den ottende etage i den nævnte fløj B ikke blev fastlagt for at tilgodese et behov, som Wiener Wohnen havde præciseret.

68 De samme omstændigheder kan anføres med hensyn til de broer, der forbinder Gate 2-bygningens fløj A og B.

69 Gennemførlighedsundersøgelsen af 23. januar 2012 indeholder allerede angivelsen »Option Brücke« (»*valgmulighed bro*«) mellem disse fløje A og B. Beliggenhedsanalysen indeholder et sætningsled, ifølge hvilket de nævnte fløje A og B »kan forbindes ved at konstruere en bro«. I den omhandlede lejekontrakt optræder den samme angivelse »Option Brücke« (»*valgmulighed bro*«) mellem Gate 2-bygningens fløj A og B.

70 Følgelig blev udformningen af den bro, der forbinder disse fløje A og B, heller ikke fastlagt for at tilgodese et behov, som Wiener Wohnen havde præciseret.

71 Den blotte omstændighed, at Wiener Wohnen benyttede de tilbudte valgmuligheder, dvs. at denne enhed gjorde brug af de allerede fastsatte muligheder, er derfor ikke i den konkrete sag tilstrækkelig til at påvise, at denne enhed har udøvet en afgørende indflydelse på udformningen af det omhandlede bygge- og anlægsarbejde.

72 Kommissionen har endvidere anført flere andre faktiske omstændigheder, hvoraf det ifølge den er muligt at udlede, at den omhandlede lejekontrakt skal omkvalificeres som en bygge- og anlægskontrakt. Kommissionen har henvist til den manglende byggetilladelse, en langvarig lejekontrakt, den af Wiener Wohnen anordnede kontrol med udførelsen af arbejderne, og at bygge- og anlægsarbejdet har en alt for specifik karakter.

73 Der skal foretages en undersøgelse af disse forskellige omstændigheder.

74 Hvad angår den manglende byggetilladelse ved indgåelsen af lejekontrakten skal det bemærkes, at i henhold til sædvanlig handelspraksis udlejes store arkitektoniske projekter længe inden færdiggørelsen af de detaljerede byggeplaner, således at indehaveren af grunden eller bygherren først indleder den formelle procedure for opnåelse af en byggetilladelse, når vedkommende har tilsagn fra fremtidige lejere for en væsentlig del af den projekterede bygnings arealer. Under disse omstændigheder er det forhold, at der som i den foreliggende sag først blev ansøgt om og udstedt en byggetilladelse efter datoen for indgåelsen af den omhandlede lejekontrakt, ikke til hinder for, at det fastslås, at Gate 2-bygningen på dette tidspunkt allerede var planlagt og klar til at blive opført. I overensstemmelse med markedspraksis og -sædvaner er et komplet arkitektonisk projekt ikke en forudsætning for, at potentielle lejere kan forpligte sig. Desuden kan udøvelsen af en afgørende indflydelse på udformningen af det pågældende bygge- og anlægsarbejde ikke følge af, at der ikke foreligger et sådant komplet arkitektonisk projekt.

75 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selv om det i resuméet »*management summary*« i beliggenhedsanalysen af markedet for kontorarealer i Wien blev angivet, at Gate 2-bygningen gav lejeren mulighed for at påvirke planlægningen af projektet ud fra specifikke krav, kræver en konstatering af, at der foreligger en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18, i det mindste, at det godtgøres, at en sådan mulighed rent faktisk er blevet gennemført.

76 Hvad angår lejekontraktens varighed er det tilstrækkeligt at bemærke, at dette aspekt under alle omstændigheder ikke kan påvirke det forhold, at det med henblik på at fastslå, at gennemførelsen af det projekterede bygge- og anlægsarbejde udgør en »offentlig bygge- og anlægskontrakt«, er de betingelser, der er opstillet i den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 49-51, der skal være opfyldt. Det skal tilføjes, at det forhold, at en lejekontrakt indgås for en lang periode, uafhængigt af omstændighederne i den foreliggende sag, ikke i sig selv er usædvanlig.

77 I det foreliggende tilfælde kan der desuden gives medhold i Republikken Østrigs argument om, dels at forpligtelsen til ikke at opsige lejekontrakten i en lang periode har indflydelse på lejens størrelse, dels at Wiener Wohnen selv ønskede at undgå en ny flytning, der ville være bekostelig og forstyrre denne virksomheds drift alvorligt.

78 For så vidt angår Kommissionens argument om, at Wiener Wohnen gav selskabet SET Bauprojektierung, der er specialiseret i udarbejdelse af byggeprojekter, fuldmagt til at føre løbende kontrol med processen med den specifikke udførelse af byggeprojektet, og at Wiener Wohnen således fik kontrolleret opfølgningen af gennemførelsen af bygge- og anlægsarbejdet, som en bygherre ville havde gjort det, skal det bemærkes, at det på ingen måde er usædvanligt, at en lejer træffer foranstaltninger for at sikre sig, at indflytningen i lokalerne kan finde sted på den fastsatte dato, navnlig når der som i den konkrete sag er tale om en omfattende indflytning. Anvendelsen af tjenesteydelser fra en tredjemand, der er specialiseret på området, gør det nemlig muligt effektivt at følge de frister, der er fastsat for tilrådighedsstillelsen af bygningen, at sikre en kontrol med henblik på

i tilstrækkelig god tid i forvejen at opdage eventuelle forsinkelser eller mangler og at træffe de nødvendige forholdsregler, som f.eks. en forlængelse af visse lejekontrakter i visse bygninger, der stadig anvendes.

79 Ved en sådan løbende kontrol har Wiener Wohnen heller ikke udøvet en afgørende indflydelse på udformningen af Gate 2-bygningen.

80 Hvad angår de specifikationer, som Wiener Wohnen har formuleret, fremgår det af de sagsakter, som Domstolen råder over, at denne bygning er blevet udformet som en klassisk kontorbygning, uden at der er taget sigte mod bestemte grupper af lejere eller særlige behov. Bygningens fløje A og B følger et system med inddeling i afsnit, hvilket er sædvanligt for kontorbygninger af en størrelse som denne og sikrer, at den indvendige indretning forbliver så fleksibel som muligt og tilpasset fremtidige lejere.

81 I denne henseende er det sædvanligt, at en virksomhed, uanset om den er privat eller offentlig, som ønsker at leje en kontorbygning, præciserer visse ønsker med hensyn til de særlige kendetegn, som denne lokalitet så vidt muligt skal have, hvad enten der er tale om en bygning, der endnu skal opføres, eller om en udskiftning af lejeren, i forbindelse med hvilken der udføres opgraderingsarbejder. En sådan fremgangsmåde gør det ikke muligt at omkvalificere en lejekontrakt til at være en bygge- og anlægskontrakt.

82 Under disse betingelser skal det afgøres, om de af Wiener Wohnen formulerede specifikationer havde til formål at imødekomme krav, der gik videre end det, som en lejer af en bygning såsom Gate 2-bygningen sædvanligvis kan kræve, og fører til, at Wiener Wohnen anses for at have udøvet en afgørende indflydelse på denne bygnings udformning.

83 Som bemærket af Republikken Østrig kan disse krav ikke anses for at være foranstaltninger, som Wiener Wohnen har truffet for at udøve en indflydelse på udformningen af Gate 2-bygningen, eller for at gå videre end det, som en lejer normalt kan kræve, for så vidt som Wiener Wohnen søgte at sikre, at specifikationerne i de tekniske normer, der gjaldt i henhold til lovbestemmelserne, blev overholdt, eller at bygningens særlige kendetegn var i overensstemmelse med »det aktuelle tekniske niveau«, der var sædvanligt på det pågældende marked, og ud fra hvilket den korrekte tekniske udførelse af opførelsen skulle vurderes.

84 Navnlig gik disse krav heller ikke videre end det, som en lejer af en sådan bygning normalt kan kræve, eftersom de af Wiener Wohnen formulerede krav angik anvendelsen af standarder – selv om disse ikke var bindende – som tilsigtede at opfylde en række formål vedrørende forbedringen af den energimæssige ydeevne for denne enheds fremtidige hovedkontor og, mere generelt, at mindske denne bygnings økologiske aftryk.

85 Henset til, at de ved lov eller administrativt fastsatte standarder på de ovennævnte områder har udviklet sig betydeligt i løbet af de seneste årtier, idet de er blevet stadig mere krævende, og at de fortsat udvikler sig i denne retning, kan det ikke anses for at udgøre et urimeligt krav fra en offentlig enhed som Wiener Wohnen, der søger at leje en bygning for en længere periode til husning af sin centrale administration, at ville råde over en bygning, hvis særlige kendetegn ikke begrænser sig til overholdelsen af de standarder, der gælder ved indgåelsen af den omhandlede lejekontrakt, men tillige har en vis vedvaren med hensyn til overholdelsen af de standarder, der vil gælde fremover.

86 Selv om antallet og detaljeringsgraden af disse krav er høje, ligger det fast, at det afgørende kriterium i denne sammenhæng ikke desto mindre er, hvorvidt disse krav går ud over de sædvanlige krav fra en lejer hvad angår en bygning som Gate 2-bygningen.

87 Selv om Kommissionen – på grundlag af de dokumenter, der er benævnt »Beskrivelse af bygningen og dens faciliteter« af 16. maj 2012 og »Tillæg til beskrivelsen af bygningen og dens faciliteter« af 22. maj 2012, som begge er vedlagt den omhandlede lejekontrakt – med støtte i konkrete eksempler har påvist,

at de af Wiener Wohnen fremførte krav var talrige og detaljerede, fremgår det derimod ikke af Kommissionens skriftlige indlæg, at Wiener Wohnen har fremført et ikke ubetydeligt antal krav, som har bevirket, at denne enhed har udøvet en afgørende indflydelse på udformningen af Gate 2-bygningen, idet disse krav tog sigte på at tilgodese behov, der var særegne for Wiener Wohnen.

88 Kommissionen har i stævningen i denne forbindelse nævnt visse punkter i dokumentet, der er benævnt »Beskrivelse af bygningen og dens faciliteter«. Det fremgår af disse punkter, at »alle elevatorer går fra kælderetagen (garage) til den etage, der hver gang er højest«, »bygge- og anlægsarbejdet udføres i overensstemmelse med retningslinjerne i ÖGNI-certificeringsordningen – niveau guld«, »[g]ulvet [er] forhøjet med en gennemsnitlig bruttohøjde på ca. 10 cm og en bæreevne på 5 kN/m^2«, og »afkøling hovedsageligt sikres ved termoaktive loftselementer med overflader, som dækkes eller overtrækkes med en dispersionsmaling«.

89 Kommissionen har imidlertid ikke forklaret, hvorledes kravet om, at alle elevatorer skal forbinde samtlige niveauer, herunder den højeste etage, udgør et usædvanligt krav. Eftersom en sådan specifikation – som Republikken Østrig har gjort gældende, uden at Kommissionen har bestridt dette – følger af en lovbestemt forpligtelse, kan det ikke lægges til grund, at den afspejler en udøvelse af en afgørende indflydelse på udformningen af bygningen, som kan tilskrives Wiener Wohnen.

90 Det er ligeledes almindelig praksis i kontorbygninger at forudse et forhøjet gulv for bl.a. at sikre modulariteten af den indvendige indretning. Hvad angår dette gulvs gennemsnitlige bruttohøjde og bæreevne har Kommissionen heller ikke forklaret, hvorledes de nævnte specifikationer er usædvanlige. Det samme gælder kravet om, at afkølingen af Gate 2-bygningen hovedsageligt skal sikres ved termoaktive loftselementer.

91 Hvad angår »ÖGNI-certificeringsordningen – niveau guld« har Kommissionen i forbindelse med sin analyse af dokumentet med titlen »Tillæg til beskrivelsen af bygningen og dens faciliteter« anført, at det er angivet i indledningen til dette dokument, at »[d]et af udlejeren og lejeren erklærede mål om at opnå certifikatet »ÖGNI – GOLD Green Building« anses for aftalt og udgør et ubetinget krav for gennemførelsen i planlægningen og opførelsen«. Kommissionen har dernæst anført, at Republikken Østrigs argumentation om, at denne certificering lige fra begyndelsen blev ønsket af udlejeren og ikke udgjorde et krav fra Wiener Wohnen, er ukorrekt. Det skal hertil bemærkes, at der i beliggenhedsanalysen af 28. februar 2012, som er udarbejdet af en ejendomsekspert, allerede er anført en bemærkning om, at certificeringen »ÖGNI – niveau guld« forudses for Gate 2-bygningen.

92 Det må derfor antages, at udformningen af Gate 2-bygningen i overensstemmelse med de krav, der følger af denne certificering, ikke er resultatet af Wiener Wohnens udøvelse af en afgørende indflydelse, men af udlejerens eget initiativ, hvilket – således som det er anført i denne doms præmis 57 – blev taget, inden forhandlingerne med Wiener Wohnen blev indledt. Kommissionen har i øvrigt ikke i sine skriftlige indlæg angivet grundene til, at dette certifikat ikke også blev udstedt i udlejerens interesse. Det er imidlertid åbenbart, at opnåelsen af et sådant certifikat styrker værdien af den pågældende faste ejendom.

93 Visse af de oplysninger, der er nævnt i dokumenterne med titlerne »Beskrivelse af bygningen og dens faciliteter« og »Tillæg til beskrivelsen af bygningen og dens faciliteter«, skal forstås på baggrund af Wiener Wohnens hensigt om for en lang periode at råde over et bygningskompleks til samling af alle virksomhedens tjenestegrene. Kravet til eldistributionens størrelse, for at der kan være en pladsreserve på 25% til enhver fremtidig udvidelse, forekommer således ikke at være et krav, der går ud over de sædvanlige krav fra en lejer hvad angår en bygning som Gate 2-bygningen.

94 Det fremgår derimod af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at Vectigal Immobilien i sin egenskab af ejer og bygherre for Gate 2-bygningen af økonomiske grunde, der udgjorde et særligt vigtigt aspekt for dette selskab, sørgede for at sikre, at opførelsen blev udført på en sådan måde, at det ville være muligt for selskabet straks at genudleje de pågældende arealer til tredjemand i tilfælde af, at

Wiener Wohnen helt eller delvist fraflyttede lokalerne. Ifølge Republikken Østrig fastsatte Vectigal Immobilien således bl.a., at der for samtlige de arealer, der skal udlejes, og som står til rådighed på en given etage, skal være flere adskillelser med selvstændige nødudgange og adgange til elevatorerne for hver etage, for at have muligheden for at udleje individuelle arealer eller udleje de forskellige etager separat i fremtiden.

95 Endelig har Kommissionen ikke godtgjort, at de krav, som Wiener Wohnen formulerede i sin egenskab af fremtidig lejer, har rejst tvivl om, hvorvidt lejere, der efterfølger denne enhed, vil kunne anvende Gate 2-bygningen som kontorbygning. Det må derfor konkluderes, at de tilpasninger, der følger af disse krav, ikke går ud over, hvad en lejer sædvanligvis kan kræve.

96 Sluttelig indeholder Kommissionens søgsmål i modsætning til den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 52, hverken oplysninger om omkostningerne ved arbejderne på tidspunktet for deres færdiggørelse i løbet af 2014 eller om forholdet mellem disse omkostninger og nutidsværdien på dette tidspunkt af det samlede lejebeløb over en periode på 20 år.

97 Det følger således af samtlige ovenstående betragtninger, at Kommissionen ikke i retligt tilstrækkeligt omfang har påvist, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 28 samt artikel 35, stk. 2, i direktiv 2004/18, idet Wiener Wohnen har foretaget en direkte tildeling af en kontrakt af 25. maj 2012 vedrørende en kontorbygning beliggende Guglgasse 2-4 i Wien uden at gennemføre en konkurrencebaseret udbudsprocedure og uden at offentliggøre en hertil hørende bekendtgørelse.

98 Som følge heraf skal Republikken Østrig frifindes.

Sagsomkostninger

99 I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Republikken Østrig har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Femte Afdeling):

1) Republikken Østrig frifindes.

2) Europa-Kommissionen betaler sagsomkostningerne.

Underskrifter