ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

22 april 2021 *

„Niet-nakoming – Richtlijn 2004/18/EG – Overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken – Overeenkomst tussen een overheidsinstantie en een particuliere onderneming betreffende de verhuur van een nog te bouwen gebouw – Artikel 1 – Verwezenlijking van een werk dat aan door de huurder gespecificeerde vereisten voldoet – Artikel 16 – Uitsluiting”

In zaak C-537/19,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU, ingesteld op 12 juli 2019,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers en P. Ondrůšek als gemachtigden,

verzoekster,

tegen

Republiek Oostenrijk, aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Fruhmann, vervolgens door J. Schmoll als gemachtigden,

verweerster,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan, kamerpresident, M. Ilešič, E. Juhász (rapporteur), C. Lycourgos en I. Jarukaitis, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 oktober 2020,

het navolgende

* Procestaal: Duits.

Arrest

1 De Europese Commissie verzoekt het Hof vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk, doordat Stadt Wien-Wiener Wohnen (hierna: „Wiener Wohnen") de opdracht van 25 mei 2012 betreffende het kantoorgebouw aan de Guglgasse 2-4 in Wenen (Oostenrijk) onderhands heeft gegund zonder een openbare aanbestedingsprocedure uit te schrijven en zonder een aankondiging van deze opdracht te publiceren, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 2 en 28 en artikel 35, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114).

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

2 De overwegingen 2 en 24 van richtlijn 2004/18 luidden als volgt:

„(2) Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.

[…]

(24) In het kader van diensten, vertonen de opdrachten betreffende de verwerving of de huur van onroerende goederen dan wel betreffende de rechten op deze goederen bijzondere kenmerken, waardoor toepassing van de aanbestedingsvoorschriften niet geschikt is."

3 Artikel 1 van deze richtlijn, met als opschrift „Definities", bepaalde in lid 2, onder b):

„‚Overheidsopdrachten voor werken' zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Een ‚werk' is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen."

4 Artikel 2 van die richtlijn, „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten", luidde:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

5 Artikel 16 van richtlijn 2004/18, „Specifieke uitsluitingen", bepaalde:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten:

a) betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop; de overeenkomsten betreffende financiële diensten die voorafgaand aan, gelijktijdig met of als vervolg op het koop- of huurcontract worden gesloten, zijn echter, ongeacht hun vorm, aan deze richtlijn onderworpen;

[…]"

6 Artikel 28 van deze richtlijn, „Toepassing van openbare en niet-openbare procedures, van procedures van gunning door onderhandelingen en van de concurrentiegerichte dialoog", was als volgt verwoord:

„Bij het plaatsen van hun overheidsopdrachten maken de aanbestedende diensten gebruik van de nationale procedures die voor de toepassing van deze richtlijn zijn aangepast.

Zij maken voor het plaatsen van deze overheidsopdrachten gebruik van de openbare of de niet-openbare procedure. In de gevallen en de specifieke omstandigheden die uitdrukkelijk in artikel 29 zijn vermeld, kunnen de aanbestedende diensten hun overheidsopdrachten door middel van de concurrentiegerichte dialoog plaatsen. In de specifieke gevallen en omstandigheden zoals uitdrukkelijk bepaald in de artikelen 30 en 31, kunnen zij gebruikmaken van een procedure van gunning door onderhandelingen, met of zonder bekendmaking van de aankondiging van de opdracht."

7 Artikel 35 van die richtlijn, „Aankondigingen", bepaalde in lid 2:

„De aanbestedende diensten die een overheidsopdracht of een raamovereenkomst wensen te plaatsen volgens een openbare of een niet-openbare procedure dan wel, onder de in artikel 30 vastgestelde voorwaarden, volgens een procedure van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, of, onder de in artikel 29 vastgestelde voorwaarden, een concurrentiegerichte dialoog, geven hun voornemen hiertoe in een aankondiging van een opdracht te kennen."

8 Richtlijn 2004/18 is met ingang van 18 april 2016 vervangen door richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18 (PB 2014, L 94, blz. 65).

Oostenrijks recht

9 Op het tijdstip van sluiting van de betrokken huurovereenkomst, op 25 mei 2012, waren de toepasselijke nationale bepalingen opgenomen in het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 (federale wet inzake overheidsopdrachten van 2006), in de op die datum geldende versie.

Precontentieuze procedure

10 Naar aanleiding van een in de loop van 2015 ontvangen klacht en na informele contacten met de Oostenrijkse autoriteiten, heeft de Commissie de Republiek Oostenrijk op 25 juli 2016 een aanmaningsbrief gestuurd (niet-nakomingsprocedure nr. 2016/4074), waarin zij aanvoerde dat er inbreuk was gemaakt op de artikelen 2, 28 en 35 van richtlijn 2004/18 wegens de onderhandse gunning door Wiener Wohnen op 25 mei 2012, zonder openbare aanbestedingsprocedure of aankondiging van een opdracht overeenkomstig deze richtlijn, van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd voor het kantoorgebouw genaamd „Gate 2" (hierna: „Gate 2-gebouw"), met inbegrip van een ondergrondse parkeergarage, op het perceel aan de Guglgasse 2-4 in Wenen.

11 Volgens de bewoordingen van deze overeenkomst was de verhuurder, Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, die op het tijdstip van sluiting van die overeenkomst eigenaar was van dit perceel, voornemens om op die grond het Gate 2-gebouw te bouwen.

12 Het verhuurde goed bestond uit twee vleugels (A en B), van de begane grond tot en met de vijfde verdieping. Als variant was voorzien in bruggen tussen deze twee vleugels, op de eerste tot en met de vijfde verdieping. Voorts beschikte Wiener Wohnen over het eenzijdige recht om, als *call option*, naast de eerste vijf verdiepingen die van meet af aan het verhuurde goed vormden, de zesde tot en met de achtste verdieping van de B-vleugel van het gebouw te huren. Uit een addendum bij de huurovereenkomst van 25 oktober 2012 blijkt dat Wiener Wohnen van deze optie heeft gebruikgemaakt.

13 De betrokken huurovereenkomst is gesloten voor onbepaalde tijd. Aanvankelijk was bepaald dat Wiener Wohnen de overeenkomst pas 15 jaar na aanvang van de verhuur op gewone wijze kon opzeggen, en vervolgens om de tien jaar. Naast deze gewone opzegging was een buitengewone opzegging mogelijk indien de verhuurder de huurovereenkomst ernstig of aanhoudend schond, of indien het Gate 2-gebouw gedurende meer dan zes maanden onbruikbaar was voor het overeengekomen gebruik.

14 Bij het tweede addendum bij de huurovereenkomst, van 16 en 17 september 2013, is de termijn voor de eerste mogelijkheid van gewone opzegging verlengd. Volgens punt 2.4 van dat addendum luidde het overeenkomstige beding voortaan als volgt: „De huurder kan de onderhavige huurovereenkomst op de normale wijze opzeggen, maar alleen na 25 jaar, 35 jaar, 45 jaar (etc.) na aanvang van de verhuur (met inachtneming van de in punt 2.2 bedoelde opzegtermijn) (opzegtermijn van twaalf maanden aan het einde van een trimester van het kalenderjaar)."

15 Na het Gate 2-gebouw in gebruik te hebben genomen, heeft Wiener Wohnen kantoorruimte onderverhuurd aan Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH. Daarnaast heeft de Gewerkschaft der Gemeindebediensteten (vakbond van gemeenteambtenaren) in dit gebouw een informatiecentrum ingericht.

16 De Republiek Oostenrijk heeft op de aanmaningsbrief van de Commissie geantwoord bij brief van 26 september 2016, waarin zij erkende dat de onderhandse gunning van de betrokken huurovereenkomst binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 viel en dat er derhalve overeenkomstig die richtlijn een openbare aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgeschreven. Deze lidstaat heeft verklaard de gemaakte fout te betreuren en heeft benadrukt dat Wiener Wohnen alles in het werk zou stellen om ervoor te zorgen dat het Unierecht inzake overheidsopdrachten in de toekomst correct wordt toegepast.

17 Uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt ook dat de Republiek Oostenrijk in aanvullende opmerkingen van 27 februari 2017 en in verdere aanvullende opmerkingen van 5 mei, 13 september en 25 oktober 2017 heeft uiteengezet hoe de eerbiediging van het Unierecht inzake overheidsopdrachten voortaan zou worden gewaarborgd, met name door middel van een register van overheidsopdrachten.

18 Daar de verweten niet-nakoming voortduurde, heeft de Commissie de Republiek Oostenrijk bij brief van 18 mei 2018 een met redenen omkleed advies gezonden, waarin zij deze lidstaat verzocht om binnen twee maanden na ontvangst ervan de nodige maatregelen te nemen om aan dit advies te voldoen.

19 De Republiek Oostenrijk heeft op dit met redenen omkleed advies geantwoord bij brief van 18 juli 2018. Met betrekking tot de mogelijkheden om een einde te maken aan de verweten niet-nakoming heeft deze lidstaat aangevoerd dat het, gelet op het feit dat Wiener Wohnen het Gate 2-gebouw in gebruik had, onmogelijk was om die niet-nakoming onmiddellijk op te heffen. Aangezien de betrokken huurovereenkomst op de normale wijze op zijn vroegst op 1 oktober 2040 voor de A-vleugel van dit gebouw en op 1 april 2041 voor de B-vleugel ervan kon worden opgezegd, was Wiener Wohnen evenwel bereid om met de verhuurder te onderhandelen over een vervroegde beëindiging van deze huurovereenkomst. Voorts heeft de Republiek Oostenrijk benadrukt dat ten tijde van de sluiting van die overeenkomst, de uitsluiting van artikel 16, onder a), van richtlijn 2004/18 volgens de heersende rechtsopvatting in Oostenrijk ook betrekking had op de verhuur van een nog niet gebouwd maar reeds gepland kantoorpand waarvan de bouw kon worden aangevangen. Aangezien Wiener Wohnen precies een dergelijk gebouw wilde huren, heeft zij te goeder trouw gehandeld.

20 Daar de Commissie geen genoegen kon nemen met het antwoord van de Republiek Oostenrijk, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

Beroep

Argumenten van partijen

21 De Commissie betoogt dat de sluiting, door Wiener Wohnen – een aan de stad Wenen verbonden overheidsentiteit – met een particuliere onderneming, van een langlopende huurovereenkomst voor het Gate 2-gebouw voorafgaand aan de bouw ervan, neerkomt op de rechtstreekse gunning van een opdracht voor de uitvoering van werken voor de bouw en de verhuur van een kantoorgebouw, omdat Wiener Wohnen een invloed op de planning van de werken voor dit gebouw heeft uitgeoefend die veel verder ging dan de gebruikelijke eisen van een huurder van een nieuw gebouw.

22 Onder verwijzing naar het arrest van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punten 40-42), brengt de Commissie in herinnering dat de vraag of een transactie een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken is naar Unierecht moet worden beantwoord en dat, ingeval een bouwwerk vóór de bouw ervan te huur wordt aangeboden, het hoofdvoorwerp van de transactie in die bouw is gelegen. Zij benadrukt in dit verband dat er op de datum waarop de betrokken huurovereenkomst werd gesloten, voor het Gate 2-gebouw geen uitvoerbare bouwvergunning was afgegeven.

23 De Commissie voegt hier onder verwijzing naar punt 43 van voornoemd arrest van het Hof aan toe dat die overeenkomst niet onder de uitsluiting van artikel 16, onder a), van richtlijn 2004/18 valt. Deze uitsluiting is immers niet van toepassing indien de verwezenlijking van een gepland bouwwerk beantwoordt aan nauwkeurig omschreven eisen van de aanbestedende dienst. Uit punt 58 van het arrest van 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland (C-536/07, EU:C:2009:664), volgt dat dit met name het geval is wanneer de in de overeenkomst vastgestelde specificaties betrekking hebben op een nauwkeurige beschrijving, de kwaliteit en de uitrusting van het te bouwen gebouw, en dus veel verder gaan dan de gebruikelijke eisen van een huurder met betrekking tot een nieuw gebouw van een zekere omvang.

24 Wat de structuur van het Gate 2-gebouw betreft is de Commissie van mening dat twee ingrepen van Wiener Wohnen van invloed zijn geweest op het ontwerp van dat gebouw. Dit betreft de bouw van bruggen die de verdiepingen van de A- en de B-vleugel van het gebouw met elkaar verbinden en de bouw van de zesde tot en met de achtste verdieping van de B-vleugel.

25 Wat de verdere ingrepen van Wiener Wohnen betreft, stelt de Commissie dat in de documenten „Beschrijving van het gebouw en de installaties" van 16 mei 2012 en „Aanvulling op de beschrijving van het gebouw en de installaties" van 22 mei 2012, die beide als bijlage bij de betrokken huurovereenkomst zijn gevoegd, talrijke voorbeelden te vinden zijn waaruit blijkt dat de tussen de partijen bij deze overeenkomst overeengekomen specificaties veel verder gingen dan dat wat gewoonlijk met een huurder wordt overeengekomen en dat de in het uiteindelijke ontwerp van het Gate 2-gebouw gehanteerde technische oplossingen grotendeels waren gekozen door Wiener Wohnen. Hoewel in bepaalde van deze specificaties werd verwezen naar de „ÖNORM"-normen, ging het daarbij slechts om aanbevelingen die alleen bindend zouden worden indien dat in de overeenkomst was vastgelegd. Normaal gesproken zal een huurder alleen geïnteresseerd zijn in de goede werking van het waterafvoersysteem en niet in het type installatie dat daarvoor wordt gekozen, noch zal hij zich bezighouden met de vraag of „de afvoerbuizen voor de ingebouwde installaties zijn gemaakt van PE dan wel van ABS".

26 In het bijzonder volgt uit het voorblad van het tweede genoemde document dat dit door Wiener Wohnen is opgesteld. De op de volgende pagina opgenomen wettelijke vermeldingen luiden bovendien als volgt: „Aanvulling [op de omschrijving van het gebouw en de uitrusting ervan], gebaseerd op het door de dienst MA 34 opgestelde bestek voor overheidsgebouwen; het bevat de specifieke gebruikseisen van de huurder en vormt een aanvulling op, specificeert en, op specifieke uitzonderingen na, vervangt [de omschrijving van het gebouw en de uitrusting ervan] van de verhuurder". De Commissie preciseert dat uit de website van de stad Wenen blijkt dat het gaat om een „geheel van regels betreffende de uitrusting van overheidsgebouwen van die stad [en dat deze] specificaties als basis dienen voor planningswerken en aanbestedingen". Volgens de Commissie is het in deze omstandigheden niet verrassend dat een in 2016 in de Oostenrijkse pers verschenen artikel over de mogelijke omzeiling van de regelgeving inzake overheidsopdrachten door Wiener Wohnen in verband met de bouw van het Gate 2-gebouw de titel „Eine Zentrale nach Maß" („Een op maat gemaakt hoofdkantoor") droeg.

27 De Commissie betoogt dat Wiener Wohnen dezelfde controle over de verwezenlijking van het Gate 2-gebouw uitoefende als een projectontwikkelaar zou hebben gedaan. Deze onderneming had SET Bauprojektierung GmbH, een in de ontwikkeling van bouwprojecten gespecialiseerde onderneming, gemachtigd om begeleidend toezicht te houden op het proces voor de specifieke uitvoering van het bouwproject. De Commissie merkt in dit verband op dat tussen de partijen was overeengekomen dat dit begeleidend toezicht zich ook zou uitstrekken tot de inachtneming van de kenmerken van het onroerend goed zoals omschreven in de betrokken

huurovereenkomst. Zij verwijst in dit verband naar bijlage A.1, eerste deel, van bijlage 1.3 bij deze overeenkomst, die luidt als volgt: „Controlebevoegdheid: voor de uitvoering van het bouwproject zorgt Wiener Wohnen voor begeleidend toezicht op de procedure voor de uitvoering van het bouwproject en voor begeleidend toezicht door een externe vennootschap".

28 De Commissie merkt voorts op dat zonder de sluiting van voornoemde overeenkomst het Gate 2-gebouw niet zou zijn gebouwd. Nadat de verhuurder de grond van de stad Wenen had gekocht, werd in in 2002 verschenen persartikelen en in een in 2005 gepubliceerd persbericht van de stad Wenen namelijk aangekondigd dat dit gebouw op die grond zou worden gebouwd. In de loop van 2008 meldden de media echter dat het project „al jaren sluimerde" omdat het aanbod van grotere kantoorruimte groter was dan de vraag. De Republiek Oostenrijk heeft overigens erkend dat de bouw van het Gate 2-gebouw onzeker zou zijn gebleven indien Wiener Wohnen de betrokken huurovereenkomst niet had gesloten.

29 De Commissie benadrukt dat het Gate 2-gebouw geenszins moet worden beschouwd als een standaardgebouw, dat Wiener Wohnen in de door de eigenaar geplande staat wilde huren. Zij herinnert eraan dat Wiener Wohnen in 2012 een dienstverlener heeft gemachtigd om een locatieanalyse van de Weense kantoorruimtemarkt uit te voeren. Blijkens deze analyse was van de tien gebouwen die konden worden gehuurd, waarvan er zes voldeden aan de door Wiener Wohnen gestelde minimumeisen, het Gate 2-gebouw het meest geschikte gebouw. De Commissie vestigt in het bijzonder aandacht op het feit dat in de *management summary* van deze analyse ter rechtvaardiging van de plaatsing van dit gebouw op de eerste plaats wordt gesteld dat „[d]e huurder […] nog de mogelijkheid [heeft] om invloed uit te oefenen op de planning van het project via de vereiste specificaties, en [dat] optimaal kan worden voldaan aan de wens om de ingangen van het kantoorgedeelte en het klantenservicecentrum van elkaar te scheiden".

30 De Commissie voegt hieraan toe dat het Gate 2-gebouw nagenoeg uitsluitend door Wiener Wohnen wordt gebruikt. De aanwezigheid van twee andere huurders, te weten Wiener Wohnen Haus- & Außenbetreuung en de Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (vakbond van gemeenteambtenaren – kunst, media, sport en vrije beroepen) kan de toepassing van artikel 16, onder a), van richtlijn 2004/18 niet rechtvaardigen, gelet op het ruime recht van Wiener Wohnen om de verhuurde ruimte ter beschikking te stellen aan diensten van de stad Wenen of aan rechtspersonen waarin laatstgenoemde een meerderheidsdeelneming heeft. Bovendien blijkt de oppervlakte die aan de vakbond van gemeenteambtenaren is onderverhuurd om als informatiecentrum te dienen, zeer bescheiden te zijn.

31 De Republiek Oostenrijk merkt op dat Wiener Wohnen de grootste beheerder van gemeentelijke huisvesting in Europa is en uit dien hoofde aanzienlijke verantwoordelijkheid draagt ten aanzien van meer dan 500 000 personen die in ongeveer 200 000 gemeentewoningen zijn gehuisvest. In het kader van een strategische heroriëntering van deze onderneming werd besloten om alle vestigingen, die voorheen over het gehele grondgebied van de stad Wenen waren verspreid, samen te brengen op één locatie. Volgens deze lidstaat moest de nieuwe vestigingsplaats beschikbaar zijn bij het ingaan van de nieuwe organisatiestructuur aan het einde van 2014 of het begin van 2015, en moest deze plaats bieden voor ten minste 750 medewerkers, te verhogen tot 1 000 medewerkers na voltooiing van een geplande uitbreiding.

32 Aangezien het niet mogelijk was om een gebouw te kopen of te bouwen dat aan haar behoeften voldeed, was de enige mogelijke oplossing voor Wiener Wohnen om een bestaand of reeds gepland kantoorgebouw te huren. Als entiteit die tot taak heeft om sociale woningen te bouwen,

was Wiener Wohnen bovendien verplicht om haar economische middelen in beginsel te investeren in het onderhoud en de renovatie van de door haar beheerde woningcomplexen. Daarnaast moest de te huren ruimte, gelet op het doel van deze onderneming, absoluut standaardkantoorruimte zijn.

33 Om een algemeen beeld te krijgen van alle geschikte kantoorgebouwen die op de vastgoedmarkt beschikbaar waren en aan haar eisen voldeden, heeft Wiener Wohnen begin 2012 een onafhankelijke vastgoedexpert opdracht gegeven om een algemene analyse van de Weense kantoormarkt en -locaties te maken. Volgens de Republiek Oostenrijk was ten tijde van het opstellen van deze analyse de planning van het Gate 2-gebouw reeds volledig afgerond en waren alle plannen beschikbaar maar was het project nog niet verwezenlijkt. Daardoor heeft Wiener Wohnen geen invloed uitgeoefend op het architectonische ontwerp of op de concrete planning van de A- en B-vleugels van dit gebouw. Naast de eisen inzake de oppervlakte van het parkeerterrein en het aantal parkeerplaatsen, hadden de onderhandelingen over de betrokken huurovereenkomst vooral betrekking op de huurprijs en de exploitatiekosten. Een van de belangrijkste aspecten van de onderhandelingen was de overdracht, op de geplande data, van deze twee vleugels, teneinde de verhuizing van ongeveer duizend medewerkers te kunnen organiseren. De enige aspecten van de bouw waarop Wiener Wohnen invloed kon uitoefenen, waren de onderverdeling van de ruimten, de bezetting van de kantoren en de basisuitrusting van de gehuurde oppervlakten.

34 Betreffende de structurele ingrepen die volgens de Commissie hebben plaatsgevonden, betoogt de Republiek Oostenrijk dat de bruggen van meet af aan deel uitmaakten van het project voor het Gate 2-gebouw. Bovendien maken die bruggen geen deel uit van de gehuurde oppervlakten. Met betrekking tot de optie om de zesde tot en met de achtste verdieping van de B-vleugel te huren, verklaart deze lidstaat dat deze verdiepingen hoe dan ook zouden worden gebouwd.

35 Het document „Beschrijving van het gebouw en de installaties”, alsmede de „aanvulling” op dit document, waren beperkt tot eisen waaraan alle moderne kantoorgebouwen moeten voldoen. De Commissie heeft geen enkel onderdeel van deze documenten aangeduid dat afwijkt van de in de wettelijke bepalingen of in de toepasselijke richtlijnen en technische voorschriften vastgestelde voorwaarden, of dat niet gebruikelijk is in de betrokken bedrijfssector.

36 Volgens de Republiek Oostenrijk had het toezicht door de externe vennootschap SET Bauprojektierung enkel betrekking op de ruimten die onder de huurovereenkomst vielen, en dus niet op de andere ruimten van het Gate 2-gebouw, zoals met name de verwarmingsinstallaties, de gebouwautomatisering, de liftinstallaties en de gemeenschappelijke en buitenruimten. De Commissie gaat voorbij aan het feit dat het in het kader van omvangrijke verhuisprojecten gebruikelijk is dat niet alleen begeleidend toezicht wordt uitgeoefend door de projectontwikkelaar, maar dat ook de huurder controles verricht.

37 De Republiek Oostenrijk benadrukt ook dat Wiener Wohnen niet de enige huurder van het Gate 2-gebouw is. In dit verband maakt het weinig uit of de aan de andere huurders verhuurde oppervlakten kleiner zijn dan de door Wiener Wohnen gebruikte oppervlakten. Het enkele feit dat andere huurders dan Wiener Wohnen in dit gebouw ruimten hebben gehuurd, toont aan dat het in casu gaat om kantoorruimte in een standaardkantoorgebouw, die ook door derden kan worden gehuurd tegen de gebruikelijke marktvoorwaarden.

38 Het standpunt van de Commissie wordt evenmin gestaafd door de *management summary*, aangezien uit dit document geenszins blijkt dat de eisen van Wiener Wohnen verder gingen dan de gebruikelijke wensen van een huurder. Het is volkomen normaal dat een huurder die voornemens is zich contractueel te verbinden tot het gebruik, gedurende een lange periode, van een kantoorgebouw voor meer dan duizend medewerkers, vóór het nemen van een beslissing duidelijkheid wil hebben over de vraag in hoeverre de verhuurder eventuele door hem noodzakelijk geachte aanpassingen toestaat.

39 In het bijzonder is het document „Aanvulling op de beschrijving van het gebouw en de installaties" volgens de Republiek Oostenrijk enkel „gebaseerd" op het „door de dienst MA 34 opgestelde bestek voor administratieve gebouwen". Dit bestek vormt zelf reeds een samenvatting van de wettelijke en normatieve eisen overeenkomstig de stand van de techniek die gelden voor alle kantoorgebouwen en niet alleen voor de stad Wenen. De in voornoemde „aanvulling" beschreven maatregelen zouden dus ook zijn toegepast indien de huurovereenkomst niet met Wiener Wohnen, maar met een particuliere onderneming was gesloten. Wanneer de Commissie stelt dat de milieunormen slechts „aanbevelingen" zijn, gaat zij voorbij aan de toepasselijke wetgeving. Volgens vaste rechtspraak van het Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) vormen deze normen immers de stand van de techniek aan de hand waarvan de goede technische uitvoering wordt bepaald. Bijgevolg is de toepassing van deze normen niet facultatief.

40 De kritiek van de Commissie op de in de betrokken overeenkomst vastgestelde duur van de huur, te weten 25 jaar, gaat voorbij aan de realiteit van de vastgoedmarkt. Alleen tegen die voorwaarde zijn verhuurders bereid om grote oppervlakten te verhuren tegen betaalbare prijzen. Voor Wiener Wohnen levert het afzien van de mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen geen problemen op, aangezien een nieuwe verhuizing van duizend medewerkers onwaarschijnlijk is vanwege de kosten en het ontbreken van geschikte alternatieve locaties.

Beoordeling door het Hof

41 Het beroep van de Commissie betreft de kwalificatie van een overeenkomst betreffende het in Wenen gelegen Gate 2-gebouw als onderhandse gunning zonder openbare aanbestedingsprocedure of aankondiging van een opdracht. De Commissie betoogt dat Wiener Wohnen, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, op 25 mei 2012 met een particuliere onderneming een langlopende huurovereenkomst heeft gesloten met betrekking tot dat gebouw, nog voordat het was gebouwd. Wiener Wohnen heeft naar mening van de Commissie op het ontwerp van het gebouw een invloed uitgeoefend die veel verder ging dan de gebruikelijke eisen van een huurder van een dergelijk gebouw. Deze overeenkomst, die volgens de Commissie niet onder de uitsluiting van artikel 16, onder a), van richtlijn 2004/18 kan vallen, moet worden aangemerkt als een „opdracht voor de uitvoering van werken" in de zin van deze richtlijn. De daaruit voortvloeiende schending van richtlijn 2004/18 duurt volgens haar voort zolang de betrokken huurovereenkomst, die vóór 2040 niet op de gewone wijze kan worden opgezegd, blijft voortbestaan.

42 Vooraf dient in herinnering te worden gebracht dat richtlijn 2004/18, zoals in wezen volgt uit overweging 2 ervan, net als de andere aanbestedingsrichtlijnen tot doel heeft om bij het plaatsen van overheidsopdrachten met name de eerbiediging te waarborgen van het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede van de daarvan afgeleide beginselen, in het bijzonder gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en transparantie, en ervoor te zorgen dat de gunning van overheidsopdrachten wordt opengesteld

voor mededinging (arresten van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, EU:C:2001:401, punten 52 en 75, en 27 november 2019, Tedeschi en Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, punt 33).

43 Dienaangaande volgt uit de rechtspraak, ten eerste, dat de vraag of een transactie al dan niet een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de regelgeving van de Unie is, naar Unierecht moet worden beantwoord. De kwalificatie van de voorgenomen overeenkomst als „huurovereenkomst" door de partijen is in dat verband niet doorslaggevend (arrest van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Bij een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken ontvangt de aanbestedende dienst immers een prestatie die bestaat in de uitvoering van de werken waarover hij wenst te beschikken en die voor hem een rechtstreeks economisch belang inhoudt. Een dergelijk economisch belang kan niet alleen worden vastgesteld wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft, maar ook indien is bepaald dat hij krachtens een rechtstitel over deze werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming (zie in die zin arrest van 25 maart 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punten 48-51).

45 Voor de kwalificatie van de betrokken opdracht is evenmin relevant dat de hoofdovereenkomst mogelijkerwijs niet voorziet in een optie of verplichting voor de stad Wenen of voor Wiener Wohnen om de opgetrokken gebouwen terug te kopen (zie in die zin arrest van 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-536/07, EU:C:2009:664, punt 62).

46 Wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en andere bestanddelen op een ander soort opdracht, moeten, ten tweede, de juridische kwalificatie ervan en de daarop toepasselijke regels van Unierecht aan de hand van het hoofdvoorwerp van de overeenkomst worden bepaald (arrest van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47 Wat het voorwerp van de betrokken transactie betreft, moet worden opgemerkt dat de overeenkomst in kwestie als „huurovereenkomst" is bestempeld en inderdaad bestanddelen van een huurovereenkomst bevat. Evenwel moet worden vastgesteld dat op de datum van sluiting van deze overeenkomst nog niet was begonnen met de verwezenlijking van het bouwwerk waarop die overeenkomst betrekking had. Bijgevolg kon het onmiddellijke doel van die overeenkomst niet de verhuur van gebouwen zijn. Het doel van deze overeenkomst was de bouw van voornoemd werk, dat vervolgens op grond van een „huurovereenkomst" ter beschikking van Wiener Wohnen zou worden gesteld (zie in die zin arrest van 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-536/07, EU:C:2009:664, punt 56).

48 In dit verband moet worden opgemerkt dat, zoals in overweging 24 van richtlijn 2004/18 staat te lezen, artikel 16, onder a), van deze richtlijn voorziet in een uitsluiting van de materiële werkingssfeer ervan en dat, zoals de advocaat-generaal in punt 30 van zijn conclusie heeft opgemerkt, die uitsluiting in de rechtspraak van het Hof zo is uitgelegd dat deze ook kan gelden voor de verhuur van niet-bestaande – dat wil zeggen nog niet gebouwde – gebouwen.

49 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt evenwel dat de aanbestedende dienst zich niet op de in deze bepaling bedoelde uitsluiting kan beroepen wanneer de verwezenlijking van het geplande bouwwerk een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in de zin van artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 vormt, voor zover deze verwezenlijking voldoet aan nauwkeurig omschreven eisen van die aanbestedende dienst (zie naar analogie arresten van 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-536/07, EU:C:2009:664, punt 55, en 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 Daarvan is sprake wanneer laatstgenoemde maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen (arrest van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 Dit is met name het geval wanneer de door de aanbestedende dienst verlangde specificaties verder gaan dan de eisen die een huurder gewoonlijk aan een gebouw zoals het betrokken bouwwerk stelt (zie in die zin arrest van 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-536/07, EU:C:2009:664, punt 58).

52 Ten slotte zijn het bedrag van de aan de aannemer te betalen vergoeding of de in dat kader overeengekomen betalingsregeling weliswaar niet doorslaggevend voor de kwalificatie van de betrokken overeenkomst, maar zijn zij wel relevant (zie in dit zin arresten van 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-536/07, EU:C:2009:664, punten 60 en 61, en 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punten 49-51).

53 Wat het geplande gebouw betreft, kan worden vastgesteld dat er sprake is van een beslissende invloed op het ontwerp daarvan indien kan worden aangetoond dat deze invloed is uitgeoefend op de architectonische structuur van dit gebouw, zoals de afmetingen en de buiten- en draagmuren ervan. Wensen met betrekking tot de binneninrichting kunnen alleen een beslissende invloed aantonen indien zij zich onderscheiden door hun specificiteit of omvang.

54 Het beroep van de Commissie moet worden beoordeeld op basis van de hierboven aangehaalde rechtspraak.

55 In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat het volgens vaste rechtspraak inzake de bewijslast in een niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 258 VWEU aan de Commissie staat om de gestelde niet-nakoming aan te tonen. Zij moet het Hof de gegevens verschaffen die het nodig heeft om uit te maken of er sprake is van deze niet-nakoming en zij kan zich daarbij niet baseren op enig vermoeden [arrest van 14 januari 2021, Commissie/Italië (Bijdrage voor de aankoop van motorbrandstoffen), C-63/19, EU:C:2021:18, punt 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

56 De lidstaten zijn evenwel op grond van artikel 4, lid 3, VEU verplicht om de taak van de Commissie te vergemakkelijken, welke er volgens artikel 17, lid 1, VEU onder meer in bestaat toe te zien op de toepassing van het VWEU en van de bepalingen die de instellingen van de Unie krachtens het VWEU vaststellen. In dit verband moet rekening worden gehouden met het feit dat de Commissie, die op dit gebied niet over eigen onderzoeksbevoegdheden beschikt, bij het onderzoek naar de correcte toepassing in de praktijk van nationale bepalingen die de daadwerkelijke implementatie van een richtlijn dienen te verzekeren, grotendeels is aangewezen op de informatie die door eventuele klagers en door de betrokken lidstaat wordt verstrekt [arrest van 18 november 2020, Commissie/Duitsland (Teruggaaf van btw – Facturen), C-371/19, niet

gepubliceerd, EU:C:2020:936, punten 66 en 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak]. Hieruit volgt met name dat, wanneer de Commissie voldoende bewijs heeft aangevoerd om aan te tonen dat de nationale bepalingen tot omzetting van een richtlijn in de praktijk niet correct zijn toegepast op het grondgebied van de verwerende lidstaat, laatstgenoemde het aldus overgelegde bewijs en de daaruit voortvloeiende gevolgen inhoudelijk en gedetailleerd moet betwisten [arrest van 28 maart 2019, Commissie/Ierland (Systeem voor opvang en behandeling van afvalwater), C-427/17, niet gepubliceerd, EU:C:2019:269, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

57 In casu moet worden opgemerkt dat de Commissie niet heeft aangevoerd dat Wiener Wohnen invloed heeft willen uitoefenen op de plannen van de eigenaar van het terrein, te weten Vectigal Immobilien, vóór zij op 28 februari 2012 de locatieanalyse (*Standortanalyse*) ontving van de vastgoedexpert die zij daarmee had belast.

58 Deze expert heeft tien onverhuurde gebouwen gevonden en, na te hebben vastgesteld dat zes bouwprojecten voldeden aan de minimumeisen van Wiener Wohnen, geconcludeerd dat het project voor de bouw van het Gate 2-gebouw het meest geschikt was.

59 Zoals blijkt uit de locatieanalyse van 28 februari 2012 en het document „Haalbaarheidsstudie" („Bebauungsstudie") van 23 januari 2012, stonden op die data de kenmerken van het Gate 2-gebouw reeds vast.

60 Vastgesteld moet worden dat de in deze haalbaarheidsstudie van 23 januari 2012 beschreven structuur van het Gate 2-gebouw en de structuur in de studie van 4 mei 2012, die deel uitmaakt van de betrokken huurovereenkomst, in wezen identiek zijn, waarbij het meest recente document ook aanvullende preciseringen bevat, met name met betrekking tot het gebruik van bepaalde oppervlakten. Deze twee documenten zijn door hetzelfde architectenbureau opgesteld.

61 Deze feiten kunnen derhalve de stelling onderbouwen dat, zoals de Republiek Oostenrijk betoogt, „op het moment van de onderhandelingen voor het sluiten van de huurovereenkomst de planning van het [Gate 2-gebouw] reeds volledig was voltooid [en dat] Wiener Wohnen […] van meet af aan geen enkele invloed had op het architectonische ontwerp of op de concrete planning van de A- en B-vleugels van het [Gate 2-gebouw]".

62 De Commissie noemt echter twee omstandigheden waaruit volgens haar kan worden afgeleid dat Wiener Wohnen wel invloed heeft uitgeoefend op het ontwerp zelf van de structuur van dat gebouw.

63 De Commissie doelt op de bouw van de zesde tot en met de achtste verdieping van de B-vleugel en de bruggen die de A- en B-vleugels met elkaar verbinden.

64 Wat de bouw van de genoemde verdiepingen van de B-vleugel betreft, moet worden opgemerkt dat de betrokken huurovereenkomst niet voorziet in een optie voor de bouw, maar voor de huur van extra ruimten.

65 Artikel 1.9 van de huurovereenkomst vermeldt immers dat Wiener Wohnen beschikte over het eenzijdige recht om, als optie (*call option*), naast de eerste vijf verdiepingen die oorspronkelijk het verhuurde goed vormden, de zesde tot en met de achtste verdieping van de B-vleugel van het Gate 2-gebouw te huren. Dit beding bepaalt ook dat indien Wiener Wohnen niet, of slechts gedeeltelijk, gebruikmaakt van deze optie, het de verhuurder vrijstaat om de niet-gewenste verdiepingen niet te bouwen, dan wel ze te bouwen en aan derden te verhuren. In dit verband

preciseert dat beding ook dat, in dat geval, de derden het recht hebben om bepaalde algemene delen van het gebouw te gebruiken, zoals de ingang of de liften, en Wiener Wohnen als tegenprestatie een huurverlaging moet krijgen.

66 Opgemerkt zij dat deze bouw reeds was gepland in de haalbaarheidsstudie van 23 januari 2012, die een schets bevat van de B-vleugel van het Gate 2-gebouw met acht verdiepingen. De locatieanalyse van 28 februari 2012 vermeldt met betrekking tot deze B-vleugel negen niveaus (een begane grond en acht verdiepingen) en ten slotte bevat de betrokken huurovereenkomst in de daaraan gehechte haalbaarheidsstudie van 4 mei 2012 ook een schets van die B-vleugel met acht verdiepingen.

67 Bijgevolg blijkt uit de informatie waarover het Hof beschikt dat het ontwerp van de zesde tot en met de achtste verdieping van voornoemde B-vleugel niet was bedoeld om te voorzien in een door Wiener Wohnen aangegeven behoefte.

68 Dezelfde overwegingen gaan op met betrekking tot de bruggen tussen de A- en B-vleugels van het Gate 2-gebouw.

69 De haalbaarheidsstudie van 23 januari 2012 vermeldt reeds de „*Option Brücke*" („brugoptie"), te weten de optie voor een brug tussen deze A- en B-vleugels. De locatieanalyse bevat een zinsnede volgens welke die A- en B-vleugels „door de bouw van een brug met elkaar kunnen worden verbonden". De betrokken huurovereenkomst bevat dezelfde vermelding „*Option Brücke*", te weten de optie voor een brug tussen de A- en B-vleugels van het Gate 2-gebouw.

70 Bijgevolg diende het ontwerp van de brug tussen deze A- en B-vleugels niet om te voorzien in een door Wiener Wohnen aangegeven behoefte.

71 In casu kan het enkele feit dat Wiener Wohnen heeft gebruikgemaakt van de geboden opties, dat wil zeggen dat zij heeft gebruikgemaakt van reeds voorziene mogelijkheden, dus niet volstaan om aan te tonen dat deze entiteit een beslissende invloed op het ontwerp van het betrokken bouwwerk heeft uitgeoefend.

72 Voorts noemt de Commissie een aantal andere feitelijke elementen waaruit volgens haar kan worden afgeleid dat de betrokken huurovereenkomst moet worden geherkwalificeerd als opdracht voor de uitvoering van werken. Zij wijst op het ontbreken van een bouwvergunning, op de langlopende huurovereenkomst, op het feit dat Wiener Wohnen heeft bevolen dat toezicht op de uitvoering van de werken werd gehouden en op het feit dat in te ver gaande mate specificaties voor het bouwwerk zijn gegeven.

73 Deze verschillende elementen dienen te worden onderzocht.

74 Wat het ontbreken van een bouwvergunning op het tijdstip van het sluiten van de huurovereenkomst betreft, moet worden opgemerkt dat grootschalige architectonische projecten volgens een gangbare handelspraktijk ruim vóór de voltooiing van de gedetailleerde bouwplannen worden verhuurd, in die zin dat de eigenaar van het terrein of de projectontwikkelaar de formele procedure voor het verkrijgen van een bouwvergunning pas inleidt wanneer hij over toezeggingen van toekomstige huurders beschikt voor een aanzienlijk deel van de oppervlakte van het geplande gebouw. In die omstandigheden staat het feit dat de bouwvergunning, zoals in casu, pas na de datum van sluiting van de betrokken huurovereenkomst is aangevraagd en afgegeven, er niet aan in de weg dat ervan wordt uitgegaan dat het Gate 2-gebouw op die datum reeds was gepland en gereed was voor de bouw. Overeenkomstig de marktpraktijk en -gebruiken is een afgerond

architectonisch project geen voorwaarde voor verbintenissen met potentiële huurders. Voorts kan uit het feit dat een dergelijk afgerond architectonisch project ontbreekt niet worden afgeleid dat er een beslissende invloed op het ontwerp van het betrokken bouwwerk is uitgeoefend.

75 In dit verband moet worden opgemerkt dat, hoewel in de *management summary* van de locatieanalyse van de Weense kantoorruimtemarkt werd gewezen op het feit dat het Gate 2-gebouw de huurder de mogelijkheid bood om de planning van het project aan de hand van specifieke vereisten te beïnvloeden, voor de vaststelling dat er sprake is van een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in de zin van artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 op zijn minst moet worden aangetoond dat er daadwerkelijk is gebruikgemaakt van een dergelijke mogelijkheid.

76 Wat de duur van de huurovereenkomst betreft, kan worden volstaan met de opmerking dat dit aspect niets afdoet aan het feit dat er, om de verwezenlijking van een gepland werk te beschouwen als een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken", moet zijn voldaan aan de voorwaarden die zijn geformuleerd in de in de punten 49 tot en met 51 van het onderhavige arrest weergegeven rechtspraak. Hieraan moet worden toegevoegd dat het, los van de omstandigheden van het geval, op zich niet ongebruikelijk is dat een huurovereenkomst voor een lange periode wordt gesloten.

77 Bovendien kan in casu het argument van de Republiek Oostenrijk worden aanvaard dat de verplichting om de huurovereenkomst gedurende een lange periode niet op te zeggen gevolgen heeft voor de hoogte van de huurprijs en dat Wiener Wohnen zelf een nieuwe verhuizing, die veel zou kosten en haar activiteiten ernstig zou verstoren, wilde vermijden.

78 Met betrekking tot het argument van de Commissie dat Wiener Wohnen de vennootschap SET Bauprojektierung, die gespecialiseerd is in de ontwikkeling van bouwprojecten, heeft opgedragen om begeleidend toezicht uit te oefenen op het proces voor de specifieke uitvoering van het bouwproject, en dat Wiener Wohnen aldus heeft gezorgd voor toezicht op de uitvoering van de bouwwerken zoals een opdrachtgever zou hebben gedaan, moet worden opgemerkt dat het geenszins ongebruikelijk is dat een huurder maatregelen neemt om te verzekeren dat het pand op de geplande datum kan worden betrokken, met name wanneer het, zoals in het onderhavige geval, om een grootschalig betrekken gaat. Het gebruikmaken van de diensten van een ter zake gespecialiseerde derde maakt het immers mogelijk om doeltreffend toezicht te houden op de naleving van de termijnen voor de terbeschikkingstelling van het gebouw, toezicht uit te oefenen om tijdig eventuele vertragingen of gebreken te constateren en de noodzakelijke maatregelen te treffen, zoals de verlenging van bepaalde huurovereenkomsten voor sommige nog in gebruik zijnde gebouwen.

79 Ook met dit begeleidend toezicht heeft Wiener Wohnen geen beslissende invloed uitgeoefend op het ontwerp van Gate 2-gebouw.

80 Wat de door Wiener Wohnen geformuleerde specificaties betreft, blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt dat dit gebouw is ontworpen als een klassiek kantoorgebouw, zonder dat daarbij bepaalde groepen huurders of specifieke behoeften voor ogen werden gehouden. De A- en B-vleugels van het gebouw hebben een rastersysteem, dat gebruikelijk is voor kantoorgebouwen van deze omvang en waarmee wordt gewaarborgd dat de interne indeling zo flexibel mogelijk blijft en geschikt zal zijn voor toekomstige huurders.

81 In dit verband is het gebruikelijk dat een – particuliere dan wel openbare – onderneming die een kantoorgebouw wil huren, bepaalde wensen met betrekking tot de kenmerken formuleert waaraan deze locatie zoveel mogelijk zou moeten beantwoorden, ongeacht of het gaat om een nog te bouwen gebouw of om een huurderswissel waarbij verbouwingswerkzaamheden worden uitgevoerd. Een huurovereenkomst kan niet op grond van dergelijke handelingen worden geherkwalificeerd als een opdracht voor de uitvoering van werken.

82 Tegen deze achtergrond moet worden bepaald of de door Wiener Wohnen geformuleerde specificaties ertoe strekten te voldoen aan eisen die verder gingen dan dat wat de huurder van een gebouw als het Gate 2-gebouw normaliter zou verlangen en op grond waarvan Wiener Wohnen moet worden geacht een beslissende invloed op het ontwerp van dat gebouw te hebben uitgeoefend.

83 Zoals de Republiek Oostenrijk heeft opgemerkt, kunnen de eisen van Wiener Wohnen, voor zover zij daarmee beoogde te waarborgen dat er zou worden voldaan aan de specificaties van de krachtens de wettelijke voorschriften geldende technische normen of dat de kenmerken van het gebouw zouden overeenstemmen met de op de betrokken markt gebruikelijke „stand van de techniek”, aan de hand waarvan de goede technische uitvoering van het bouwwerk wordt beoordeeld, niet worden beschouwd als maatregelen van Wiener Wohnen om invloed uit te oefenen op het ontwerp van het Gate 2-gebouw en niet worden geacht verder te gaan dan dat wat een huurder normaliter kan eisen.

84 In het bijzonder gingen de wensen van Wiener Wohnen, voor zover deze betrekking hadden op de toepassing van normen – zij het niet-bindende normen – die tot doel hadden de energieprestatie van het toekomstige hoofdkantoor van deze entiteit te verbeteren en, meer in het algemeen, de ecologische voetafdruk van dit gebouw te verkleinen, evenmin verder dan wat de huurder van een dergelijk gebouw gewoonlijk kan vragen.

85 Aangezien de wettelijke of reglementaire normen op bovengenoemde gebieden de laatste decennia aanzienlijk zijn geëvolueerd en steeds veeleisender zijn geworden, en zich in die richting blijven ontwikkelen, kan de wens om te beschikken over een gebouw waarvan de kenmerken niet alleen voldoen aan de ten tijde van het sluiten van de betrokken huurovereenkomst geldende normen, maar dat ook een zekere duurzaamheid vertoont wat betreft de naleving van normen die in de loop van de tijd van toepassing zullen worden, niet worden beschouwd als een buitensporige eis van een openbare entiteit zoals Wiener Wohnen, die ter huisvesting van haar centrale administratie voor een lange periode een gebouw wenst te huren.

86 Hoewel het gaat om een groot aantal wensen en deze zeer gedetailleerd zijn, blijft het beslissende criterium in deze context of die wensen verder gaan dan de gebruikelijke eisen van een huurder met betrekking tot een gebouw als het Gate 2-gebouw.

87 De Commissie heeft weliswaar op basis van de documenten „Beschrijving van het gebouw en de installaties” van 16 mei 2012 en „Aanvulling op de beschrijving van het gebouw en de installaties” van 22 mei 2012, die beide als bijlage bij de betrokken huurovereenkomst zijn gevoegd, vastgesteld dat de door Wiener Wohnen aangegeven wensen talrijk en gedetailleerd waren, en hiervoor concrete voorbeelden verschaft, maar uit haar schriftelijke stukken blijkt niet dat Wiener Wohnen een aanzienlijk aantal wensen heeft aangedragen die, omdat daarmee werd beoogd te voldoen aan de eigen behoeften van deze entiteit, tot gevolg hadden dat zij een beslissende invloed heeft uitgeoefend op het ontwerp van het Gate 2-gebouw.

88 In haar verzoekschrift citeert de Commissie in dit verband bepaalde punten van het document „Beschrijving van het gebouw en de installaties". Deze punten luiden als volgt: „alle liften leiden van de kelder (garage) naar de respectieve bovenste verdieping", „het gebouw wordt verwezenlijkt in overeenstemming met de richtsnoeren van het ÖGNI-certificeringssysteem – niveau goud", „[de] spouwvloer [is] verhoogd met een gemiddelde brutohoogte van ca. 10 cm en heeft een draagkracht van 5 kN/m²" en „de koeling wordt hoofdzakelijk verzorgd middels thermisch actieve plafondelementen met geëgaliseerde of gepleisterde oppervlakten die zijn bedekt met dispersieverf".

89 De Commissie legt niet uit waarom de wens dat alle liften alle verdiepingen met elkaar zouden verbinden, met inbegrip van de hoogste verdieping, een ongebruikelijke wens is. Zoals de Republiek Oostenrijk stelt, zonder dat de Commissie dit betwist, vloeit een dergelijke specificatie voort uit een wettelijke verplichting, waardoor deze niet kan worden geacht een afspiegeling te vormen van een aan Wiener Wohnen toe te rekenen beslissende invloed op het ontwerp van het gebouw.

90 Ook is het een gangbare praktijk om in kantoorgebouwen een verhoogde vloer aan te leggen, met name om de modulariteit van het interieur te waarborgen. Wat de gemiddelde brutohoogte en de draagkracht van deze vloer betreft, legt de Commissie evenmin uit in welk opzicht de genoemde specificaties ongebruikelijk zijn. Hetzelfde geldt voor de wens dat de koeling van het Gate 2-gebouw hoofdzakelijk door thermoactieve plafondelementen gebeurt.

91 Wat het „ÖGNI-certificeringssysteem – niveau goud" betreft, merkt de Commissie in het kader van haar analyse van het document „Aanvulling op de beschrijving van het gebouw en de installaties" op dat de inleiding van dit document vermeldt dat „[h]et door de verhuurder en de huurder opgegeven doel om het ‚ÖGNI – GOLD Green Building-certificaat' te verkrijgen wordt geacht te zijn overeengekomen en […] een onvoorwaardelijk vereiste [vormt] voor de verwezenlijking van de planning en de bouw". De Commissie stelt vervolgens dat het betoog van de Republiek Oostenrijk dat deze certificering van meet af aan door de verhuurder werd beoogd en geen eis van Wiener Wohnen vormde, onjuist is. Dienaangaande dient te worden opgemerkt dat in de door een vastgoedexpert opgestelde locatieanalyse van 28 februari 2012 reeds wordt vermeld dat het Gate 2-gebouw de „ÖGNI – niveau goud"-certificering zal ontvangen.

92 Derhalve moet worden aangenomen dat het ontwerp van het Gate 2-gebouw overeenkomstig de vereisten voor deze certificering niet het resultaat is van een beslissende invloed van Wiener Wohnen, maar van een eigen initiatief van de verhuurder, dat, zoals in herinnering is gebracht in punt 57 van het onderhavige arrest, was genomen vóór het begin van de onderhandelingen met Wiener Wohnen. Bovendien geeft de Commissie in haar schriftelijke stukken niet aan waarom dit certificaat niet ook in het belang van de verhuurder kan zijn afgegeven. Het is duidelijk dat de verkrijging van een dergelijk certificaat de waarde van het betrokken onroerend goed verhoogt.

93 Sommige van de in de documenten „Beschrijving van het gebouw en de installaties" en „Aanvulling bij de beschrijving van het gebouw en de installaties" vermelde elementen moeten worden begrepen in het licht van de bedoeling van Wiener Wohnen om gedurende een lange periode te beschikken over een locatie voor al haar diensten. De eis inzake de omvang van de elektriciteitsdistributie met het oog op een reserve van 25 % voor een eventuele toekomstige uitbreiding, lijkt dus geen eis te zijn die verder gaat dan de gebruikelijke eisen van een huurder met betrekking tot een gebouw als het Gate 2-gebouw.

94 Daarentegen blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat Vectigal Immobilien, als eigenaar en projectontwikkelaar van het Gate 2-gebouw, om voor haar bijzonder belangrijke economische redenen ervoor heeft gezorgd dat de bouw zodanig werd uitgevoerd dat zij de betrokken oppervlakten onmiddellijk opnieuw zou kunnen verhuren aan derden ingeval Wiener Wohnen de gebouwen geheel of gedeeltelijk zou verlaten. Zo heeft Vectigal Immobilien volgens de Republiek Oostenrijk met name voor alle op een bepaalde verdieping beschikbare te verhuren oppervlakten voorzien in meerdere scheidingswanden met afzonderlijke nooduitgangen en lifttoegangen, om in de toekomst de mogelijkheid te hebben om individuele oppervlakten te verhuren of om de verschillende verdiepingen afzonderlijk te verhuren.

95 Kortom, de Commissie heeft niet aangetoond dat de wensen die Wiener Wohnen in haar hoedanigheid van toekomstige huurder heeft geformuleerd, een beperking vormen op de mogelijkheid om het Gate 2-gebouw te gebruiken als kantoorgebouw dat na Wiener Wohnen door andere huurders zal kunnen worden gebruikt. Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat de uit deze wensen voortvloeiende aanpassingen niet verder gaan dan wat een huurder normaliter kan eisen.

96 Ten slotte bevat het beroep van de Commissie, anders dan het geval was in de in punt 52 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, geen informatie over de kosten van de bouwwerkzaamheden op de datum van hun voltooiing in 2014, noch over het verband tussen deze kosten en de contante waarde op die datum van het totale huurbedrag over een periode van twintig jaar.

97 Uit het voorgaande volgt dus dat de Commissie niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de Republiek Oostenrijk, doordat Wiener Wohnen de opdracht van 25 mei 2012 betreffende het kantoorgebouw aan de Guglgasse 2-4 in Wenen onderhands heeft gegund zonder een openbare aanbestedingsprocedure uit te schrijven en zonder een aankondiging van deze opdracht te publiceren, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 2 en 28 en artikel 35, lid 2, van richtlijn 2004/18.

98 Bijgevolg moet het beroep van de Commissie worden verworpen.

Kosten

99 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Republiek Oostenrijk worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen