Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 22 april 2021 *

”Fördragsbrott – Direktiv 2004/18/EG – Offentlig upphandling av byggentreprenader – Kontrakt mellan en offentlig enhet och ett privat företag om hyra av en byggnad som ännu inte har uppförts – Artikel 1 – Utförande av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som hyresgästen har specificerat – Artikel 16 – Omfattas inte”

I mål C-537/19,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 12 juli 2019,

Europeiska kommissionen, företrädd av L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers och P. Ondrůšek, samtliga i egenskap av ombud,

sökande,

mot

Republiken Österrike, inledningsvis företrädd av M. Fruhmann, därefter av J. Schmoll, båda i egenskap av ombud,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan samt domarna M. Ilešič, E. Juhász (referent), C. Lycourgos och I. Jarukaitis,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

och efter att den 22 oktober 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

* Rättegångsspråk: tyska.

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2, 28 och 35.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), genom att Stadt Wien-Wiener Wohnen (nedan kallad Wiener Wohnen) direkt tilldelade kontraktet av den 25 maj 2012 avseende kontorsbyggnaden på Guglgasse 2–4 i Wien (Österrike), utan att genomföra ett konkurrensutsatt förfarande och utan att tillkännage ett meddelande om ett sådant förfarande.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

2 I skälen 2 och 24 i direktiv 2004/18 angavs följande:

”(2) Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.

…

(24) Inom ramen för tjänster har kontrakt för förvärv eller hyra av fast egendom eller rättigheter till sådan egendom särdrag som gör att regler för offentlig upphandling inte bör tillämpas.”

3 Artikel 1 i detta direktiv hade rubriken ”Definitioner”. I punkt 2 b i den artikeln föreskrevs följande:

”*offentliga byggentreprenadkontrakt*: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Med byggentreprenad avses ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.”

4 I artikel 2 i nämnda direktiv, med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrevs följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

5 I artikel 16 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Särskilda undantag”, föreskrevs följande:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser

a) förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom; dock skall varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet omfattas av detta direktiv,

…”

6 I artikel 28 i detta direktiv, med rubriken ”Användning av öppet, selektivt och förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog”, angavs följande:

”Vid offentlig upphandling skall en upphandlande myndighet tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med detta direktiv.

Den skall vid denna offentliga upphandling tillämpa det öppna förfarandet eller det selektiva förfarandet. Under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artikel 29 får en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling tillämpa den konkurrenspräglade dialogen. I de särskilda fall och under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artiklarna 30 och 31, får den tillämpa det förhandlade förfarandet med eller utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling.”

7 Artikel 35 i nämnda direktiv hade rubriken ”Meddelanden”. I punkt 2 i den artikeln föreskrevs följande:

”En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett offentligt upphandlingskontrakt eller ingå ett ramavtal genom ett öppet, selektivt eller, enligt villkoren i artikel 30, förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om upphandling eller, enligt villkoren i artikel 29, en konkurrenspräglad dialog, skall informera om detta genom ett meddelande om upphandling.”

8 Direktiv 2004/18 har, från och med den 18 april 2016, ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 (EUT L 94, 2014, s. 65).

Österrikisk rätt

9 När det aktuella hyreskontraktet ingicks den 25 maj 2012 fanns de tillämpliga nationella bestämmelserna i Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 (2006 års förbundslag om offentlig upphandling), i den lydelse som var tillämplig vid denna tidpunkt.

Det administrativa förfarandet

10 Till följd av ett klagomål som mottogs år 2015 och informella kontakter med de österrikiska myndigheterna, sände kommissionen den 25 juli 2016 en formell underrättelse till Republiken Österrike (överträdelseförfarande nr 2016/4074). Kommissionen gjorde däri gällande att artiklarna 2, 28 och 35 i direktiv 2004/18 hade överträtts, på grund av att Wiener Wohnen, den 25 maj 2012, direkt hade tilldelat ett hyreskontrakt på obestämd tid avseende kontorsbyggnaden ”Gate 2” (nedan kallad byggnaden Gate 2), inklusive ett underjordiskt garage, på tomten Guglgasse 2–4 i Wien, utan vare sig något konkurrensutsatt förfarande eller något meddelande om upphandling i enlighet med detta direktiv.

11 Enligt kontraktsvillkoren hade hyresvärden Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, som var ägare till den aktuella tomten vid den tidpunkt då kontraktet ingicks, för avsikt att uppföra byggnaden Gate 2 på denna tomt.

12 Den uthyrda egendomen bestod av två flyglar (A och B) från bottenvåningen till femte våningen. Broar mellan dessa båda flyglar, på första till femte våningen, förutsågs som ett alternativ. Wiener Wohnen hade dessutom, som en valmöjlighet (”*Call-Option*”), en ensidig rätt att, utöver de fem första våningsplanen som den uthyrda egendomen utgjordes av från början, hyra sjätte till åttonde våningsplanen i B-flygeln i nämnda byggnad. I ett tillägg till hyreskontraktet av den 25 oktober 2012 bekräftades att Wiener Wohnen utnyttjade denna valmöjlighet.

13 Det aktuella hyreskontraktet ingicks på obestämd tid. Det angavs först i kontraktet att Wiener Wohnen hade rätt att säga upp kontraktet genom ordinär uppsägning först 15 år efter det att uthyrningen hade inletts och därefter vart tionde år. Utöver den ordinära uppsägningen var en extraordinär uppsägning möjlig om hyresvärden grovt eller varaktigt bröt mot hyreskontraktet eller om byggnaden Gate 2 under mer än sex månader inte kunde användas för den överenskomna användningen.

14 Genom ett andra tillägg till hyreskontraktet, daterat den 16 och den 17 september 2013, senarelades fristen för den första möjligheten till ordinär uppsägning. Enligt punkt 2.4 i detta tillägg skulle den aktuella klausulen fortsättningsvis ha följande lydelse: ”Hyresgästen kan säga upp detta hyreskontrakt i vanlig ordning, dock endast efter utgången av 25 år, 35 år och 45 år (etcetera) från och med den tidpunkt då hyrestiden inleddes (med beaktande av den uppsägningstid som avses i punkt 2.2) (uppsägningstid på 12 månader i slutet av ett kvartal).”

15 Efter det att Wiener Wohnen hade varit i besittning av byggnaden Gate 2 hyrde denna enhet i andra hand ut kontorsytor till Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH. Dessutom inrättade även Gewerkschaft der Gemeindebediensteten (fackförening för kommunalanställda) ett informationscentrum i byggnaden.

16 Republiken Österrike besvarade kommissionens formella underrättelse genom en skrivelse av den 26 september 2016, i vilken den medgav att den direkta tilldelningen av det aktuella hyreskontraktet omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 och att ett konkurrensutsatt förfarande följaktligen borde ha genomförts i enlighet med detta direktiv. Denna medlemsstat beklagade det begångna felet och underströk att Wiener Wohnen skulle genomföra allt för att säkerställa en korrekt tillämpning av unionsrätten på området för offentlig upphandling i framtiden.

17 Det framgår även av handlingarna i målet att Republiken Österrike i kompletterande yttranden av den 27 februari 2017, samt i andra kompletterande yttranden av den 5 maj, den 13 september och den 25 oktober 2017, har redogjort för på vilket sätt iakttagandet av unionsrätten på området för offentlig upphandling hädanefter skulle säkerställas, bland annat genom ett kontraktsregister.

18 Med hänsyn till att den påtalade överträdelsen bestod, riktade kommissionen genom en skrivelse av den 18 maj 2018 ett motiverat yttrande till Republiken Österrike och uppmanade denna medlemsstat att inom två månader från delgivningen av det motiverade yttrandet vidta nödvändiga åtgärder för att rätta sig efter detsamma.

19 Republiken Österrike besvarade det motiverade yttrandet genom en skrivelse av den 18 juli 2018. Vad beträffar möjligheterna att komma till rätta med den påtalade överträdelsen, gjorde denna medlemsstat gällande att det var omöjligt att omedelbart undanröja överträdelsen, med hänsyn till att Wiener Wohnen var i besittning av byggnaden Gate 2. Med beaktande av att det aktuella hyreskontraktet kunde sägas upp genom en ordinär uppsägning tidigast den 1 oktober 2040 för byggnadens A-flygel och den 1 april 2041 för byggnadens B-flygel var Wiener Wohnen emellertid beredd att inleda förhandlingar med hyresvärden om en förtida uppsägning av hyreskontraktet. Republiken Österrike har dessutom understrukit att det undantag som föreskrivs i artikel 16 a i direktiv 2004/18, enligt den dominerande rättsliga uppfattningen i Österrike, vid tiden för kontraktets ingående även avsåg hyra av en kontorsbyggnad som ännu inte hade uppförts men som redan hade planerats och var färdig att uppföras. Wiener Wohnen ville hyra ut just en sådan byggnad och hade därför handlat i god tro.

20 Kommissionen ansåg inte att Republiken Österrikes svar var tillfredsställande och väckte därför förevarande talan.

Prövning av talan

Parternas argument

21 Kommissionen har hävdat att den omständigheten att Wiener Wohnen, en offentlig enhet som är knuten till staden Wien, med ett privat företag ingick ett långfristigt hyreskontrakt avseende byggnaden Gate 2, innan byggnaden hade uppförts, utgör en direkt tilldelning av ett byggentreprenadkontrakt i syfte att uppföra och hyra ut en kontorsbyggnad, eftersom Wiener Wohnen hade ett inflytande över planeringen av byggentreprenaden avseende nämnda byggnad, som gick mycket längre än de krav som vanligtvis ställs av den som hyr en ny byggnad.

22 Kommissionen har, med hänvisning till domen av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punkterna 40–42), erinrat om att frågan huruvida en transaktion utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt omfattas av unionsrätten och att om ett byggnadsverk erbjuds till uthyrning innan arbetet med att uppföra byggnadsverket har påbörjats, är det huvudsakliga syftet med byggnadsverket att det ska uppföras. Kommissionen har härvidlag understrukit att byggnaden Gate 2 inte omfattades av ett verkställbart bygglov vid den tidpunkt då det aktuella hyreskontraktet ingicks.

23 Kommissionen har, med hänvisning till punkt 43 i samma dom från domstolen, därtill anfört att detta kontrakt inte omfattas av det undantag som föreskrivs i artikel 16 a i direktiv 2004/18. Detta undantag är nämligen inte tillämpligt om uppförandet av ett planerat byggnadsverk tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Det framgår av punkt 58 i domen av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland (C-536/07, EU:C:2009:664), att detta bland annat är fallet när specifikationerna i kontraktet ger en detaljerad beskrivning av den byggnad som ska uppföras, dess egenskaper och utrustning, och går mycket längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på en ny byggnad av viss storlek.

24 Vad beträffar utformningen av byggnaden Gate 2 anser kommissionen att två av Wiener Wohnens ingripanden har påverkat byggnadens projektering. Det rör sig om uppförandet av de broar som förbinder våningsplanen i byggnadens A- och B-flyglar och uppförandet av sjätte till åttonde våningsplanen i B-flygeln.

25 Vad gäller andra ingripanden av Wiener Wohnen har kommissionen gjort gällande att det i de handlingar som rubricerats ”Beskrivning av byggnaden och dess utrustning”, av den 16 maj 2012, och ”Komplettering till beskrivningen av byggnaden och dess utrustning”, av den 22 maj 2012, vilka båda har bifogats det aktuella hyreskontraktet, finns många exempel som visar att de specifikationer som parterna i kontraktet kommit överens om gick mycket längre än vad som man vanligtvis kommer överens om med en hyresgäst och att Wiener Wohnen i stor utsträckning valde de tekniska lösningar som antogs i samband med den slutliga projekteringen av byggnaden Gate 2. Även om vissa av dessa specifikationer hänvisade till standarderna ÖNORM, är de sistnämnda endast rekommendationer, vilka endast blir bindande om detta anges i kontraktet. En hyresgäst är ofta endast intresserad av att avloppsledningarna fungerar väl, men inte av vilken typ av installation som valts eller av frågan om ”evakueringsrören i de inbyggda installationerna är i PE eller i ABS”.

26 Det framgår i synnerhet av omslagssidan till den andra av dessa handlingar att denna har upprättats av Wiener Wohnen och på den följande sidan anges: ”Komplettering [till beskrivningen av byggnaden och dess utrustning], grundad på kravspecifikationen för administrativa byggnader vilken upprättats av avdelningen MA34; kompletteringen fastställer hyresgästens specifika användningsbehov samt kompletterar och specificerar hyresvärdens [beskrivning av byggnaden och dess utrustning] vilken den,

i enstaka undantagsfall, ersätter.” Kommissionen har preciserat att det framgår av staden Wiens webbplats att det rör sig om ”en samling regler om utrustning i stadens administrativa byggnader [och att] dessa specifikationer ligger till grund för planeringsarbetet och anbudsinfordringarna”. Det är under dessa omständigheter enligt kommissionen inte förvånande att en artikel som publicerades i österrikisk press år 2016, och som avsåg Wiener Wohnens eventuella kringgående av lagstiftningen om offentlig upphandling i samband med uppförandet av byggnaden Gate 2, hade rubriken ”*Eine Zentrale nach Maß*” (”Ett skräddarsytt huvudkontor”).

27 Kommissionen har hävdat att Wiener Wohnen kontrollerade uppförandet av byggnaden Gate 2 på samma sätt som en byggherre. Detta företag uppdrog åt SET Bauprojektierung GmbH, ett bolag som specialiserat sig på att utarbeta byggprojekt, att utöva en uppföljande kontroll av byggprojektets specifika genomförande. Kommissionen har i detta sammanhang angett att parterna kom överens om att denna uppföljande kontroll även skulle utsträckas till att omfatta iakttagandet av egendomens särdrag, såsom dessa definierats i det aktuella hyreskontraktet. Kommissionen har härvidlag hänvisat till bilaga A.1, första delen, till bilaga 1.3 till kontraktet, i vilken följande anges: ”Kontrollfunktion: vid genomförandet av byggprojektet ska Wiener Wohnen upprätta en kontrollfunktion för att följa upp förfarandet i fråga om byggprojektets genomförande samt se till att en uppföljande kontroll utförs av ett externt bolag.”

28 Kommissionen har dessutom påpekat att byggnaden Gate 2 inte skulle ha uppförts om kontraktet inte hade ingåtts. Efter det att hyresvärden hade köpt marken av staden Wien tillkännagavs det i tidningsartiklar som publicerats under år 2002 samt i ett pressmeddelande från staden Wien som publicerades år 2005 att byggnaden skulle uppföras på denna mark. Under år 2008 rapporterade medierna att projektet ”[var] vilande sedan flera år”, eftersom utbudet av större kontorsytor var större än efterfrågan. Republiken Österrike har dessutom medgett att uppförandet av byggnaden Gate 2 skulle ha förblivit osäkert om Wiener Wohnen inte hade slutit det aktuella kontraktet.

29 Kommissionen har framhållit att byggnaden Gate 2 inte alls ska kvalificeras som en standardbyggnad, som Wiener Wohnen hade för avsikt att hyra ut i befintligt skick, såsom ägaren hade planerat. Kommissionen har erinrat om att Wiener Wohnen under år 2012 uppdrog åt en tjänsteleverantör att genomföra en platsanalys av marknaden för kontorsytor i Wien. Enligt denna analys framgick det att av de tio tillgångar som kunde hyras ut, varav sex uppfyllde de minimikrav som fastställts av Wiener Wohnen, var byggnaden Gate 2 den lämpligaste egendomen. Kommissionen har särskilt uppmärksammat att det i ”*management summary*” i denna analys anges, för att motivera placeringen på första plats av denna byggnad, att ”hyresgästen fortfarande har möjlighet att påverka planeringen av projektet på grundval av specifika krav och att en önskan att separera ingångarna till kontorsområdet och kundtjänstcentret kan tillgodoses på ett optimalt sätt”.

30 Kommissionen har tillagt att byggnaden Gate 2 nästan uteslutande används av Wiener Wohnen. Den omständigheten att det finns två andra hyresgäster, nämligen Wiener Wohnen Haus- & Außenbetreuung och Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (fackförening för kommunanställda – konst, media, sport, fria yrken) kan inte motivera att artikel 16 a i direktiv 2004/18 tillämpas, med hänsyn till den vidsträckta rätt som Wiener Wohnen hade att låta uthyrningen ske till staden Wiens tjänsteavdelningar eller till juridiska personer i vilka staden Wien har aktiemajoriteten. Det förefaller dessutom som om den yta som i andra hand hyrs ut till fackföreningen för kommunanställda för att fungera som informationscentrum är mycket liten.

31 Republiken Österrike har förklarat att Wiener Wohnen är den största förvaltaren av kommunala bostäder i Europa och, som sådan, har ett stort ansvar för mer än 500 000 personer som är bosatta i cirka 200 000 kommunala bostäder. Det beslutades, i samband med en strategisk omorientering av detta företag, att alla inrättningar som tidigare hade varit spridda inom hela staden Wiens område skulle koncentreras till en enda plats. Det nya sätet skulle, enligt denna medlemsstat, vara tillgängligt

när den nya organisationen trädde i kraft, i slutet av år 2014 eller i början av år 2015, och kunna ta emot minst 750 medarbetare eller, efter det att den planerade utvidgningen ägt rum, till och med 1 000 medarbetare.

32 Eftersom det inte fanns någon möjlighet att köpa eller uppföra en byggnad som motsvarade dess behov, var den enda tänkbara lösningen för Wiener Wohnen att hyra en kontorsbyggnad som var befintlig eller vars planering redan hade avslutats. Wiener Wohnen var, i egenskap av institution med ansvar för uppförande av socialbostäder, dessutom skyldig att i princip använda sina ekonomiska resurser till underhåll och förbättring av de bostadshus som den förvaltar. Med hänsyn till detta företags verksamhetsföremål skulle de ytor som var avsedda för uthyrning absolut ha varit standardkontorsytor.

33 För att få en allmän överblick över alla lämpliga kontorsbyggnader som fanns tillgängliga på fastighetsmarknaden och som uppfyllde Wiener Wohnens krav, uppdrog detta företag, i början av år 2012, åt en oberoende fastighetsexpert att göra en helhetsanalys av marknaden och kontorsplatserna i Wien. Enligt Republiken Österrike var planeringen av byggnaden Gate 2 redan avslutad när denna analys gjordes, eftersom samtliga planer var tillgängliga, medan projektet ännu inte hade genomförts. Wiener Wohnen har därför inte haft något inflytande över den arkitektoniska utformningen eller den konkreta planeringen av byggnadens A- och B-flyglar. Med undantag för de krav som avsåg yta och parkeringsplatser, kom förhandlingarna om det aktuella hyreskontraktet främst att avse hyresbeloppet och driftskostnaderna. Ett av de viktigaste inslagen i förhandlingarna utgjordes av överlämnandet av dessa två flyglar på de avsedda datumen, för att kunna organisera flytten för cirka 1 000 medarbetare. De enda aspekterna av uppförandet med avseende på vilka Wiener Wohnen kunde ha ingripit var indelningen av lokalerna och besittningstagandet av kontoren samt grundutrustningen för de uthyrda ytorna.

34 Vad gäller de strukturella ingripanden som kommissionen har åberopat har Republiken Österrike gjort gällande att broarna från början ingick i byggnadsprojektet Gate 2. Dessutom ingår de inte i de uthyrda ytorna. Vad beträffar valmöjligheten att hyra sjätte till åttonde våningsplanen i B-flygeln, har denna medlemsstat hävdat att dessa våningsplan under alla omständigheter skulle uppföras.

35 I den handling som rubricerats ”Beskrivning av byggnaden och dess utrustning”, liksom i den handling som utgör ”komplettering” till denna, angavs endast de krav som alla moderna kontorsbyggnader ska uppfylla. Kommissionen har inte identifierat någon uppgift i dessa handlingar som avviker från de villkor som föreskrivs i lagbestämmelser eller i tillämpliga direktiv och tekniska normer eller som inte är brukliga inom den aktuella verksamhetssektorn.

36 Enligt Republiken Österrike avsåg den kontroll som utfördes av det externa bolaget SET Bauprojektierung endast de utrymmen som var föremål för hyreskontraktet, och inte övriga utrymmen i byggnaden Gate 2, såsom centraler för teknisk utrustning och värme, installationer för hemautomatisering, hiss-installationer, allmänna utrymmen eller utomhusområden. Kommissionen har bortsett från att det i samband med viktiga flyttprojekt är vanligt inte bara att en uppföljande kontroll utövas av byggherren, utan även att kontroller företas av hyresgästen.

37 Republiken Österrike har även understrukit att Wiener Wohnen inte var den enda hyresgästen i byggnaden Gate 2. Det är i detta sammanhang av mindre vikt att känna till huruvida de ytor som hyrdes ut till andra hyresgäster var mindre än de som Wiener Wohnen var i besittning av. Enbart den omständigheten att andra hyresgäster än Wiener Wohnen har hyrt lokaler i denna byggnad visar att de aktuella kontorsytorna är de som finns i byggnader med standardkontor, vilka även kan hyras av tredje man på normala marknadsvillkor.

38 ”*Management summary*” styrker inte heller kommissionens ståndpunkt, eftersom det inte på något sätt angavs i denna handling att de krav som framställts av Wiener Wohnen gick längre än de önskemål som en hyresgäst vanligtvis har. Det är helt normalt att en hyresgäst, som har för avsikt att förbinda

sig att under en lång period använda en kontorsbyggnad för mer än 1 000 medarbetare, önskar, innan den fattar sitt beslut, klart veta i vilken utsträckning hyresvärden godtar eventuella anpassningar som hyresgästen anser vara nödvändiga.

39 I synnerhet är, enligt Republiken Österrike, den handling som rubricerats ”Komplettering till beskrivningen av byggnaden och dess utrustning” endast ”grundad på” ”kravspecifikationen för administrativa byggnader vilken upprättats av avdelningen MA34”. Kravspecifikationen innehåller en sammanfattning av de rättsliga och normativa kraven, som överensstämmer med den tekniska utvecklingen, som är tillämpliga på samtliga kontorsbyggnader och vilka inte endast gäller för staden Wien. De åtgärder som beskrivs i nämnda ”komplettering” skulle således ha genomförts även om hyreskontraktet inte hade ingåtts med Wiener Wohnen, utan med ett privat företag. Kommissionens ståndpunkt att miljönormerna endast utgör ”rekommendationer” strider mot gällande lagstiftning. Enligt fast praxis från Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike) motsvarar dessa normer nämligen den tekniska utvecklingen i förhållande till vilken ett korrekt teknisk genomförande fastställs. Tillämpningen av dessa normer är följaktligen inte frivillig.

40 Kommissionens kritik avseende hyrestiden enligt det aktuella kontraktet, nämligen 25 år, bortser från fastighetsmarknadens verkliga karaktär. Det är endast på dessa villkor som hyresvärdarna är beredda att hyra ut stora ytor till överkomliga priser. För Wiener Wohnen var det inget problem att avstå från möjligheten att säga upp kontraktet, eftersom det skulle vara osannolikt med en ny flytt för 1 000 medarbetare, av skäl hänförliga till kostnader och avsaknaden av alternativa platser som är lämpliga.

Domstolens bedömning

41 Kommissionens talan avser kvalificeringen av ett kontrakt avseende byggnaden Gate 2 i Wien som direkt tilldelning, utan att det förekom vare sig något konkurrensutsatt förfarande eller något meddelande om upphandling. Kommissionen har gjort gällande att Wiener Wohnen i egenskap av upphandlande myndighet den 25 maj år 2012 med ett privat företag ingick ett långfristigt hyreskontrakt avseende denna byggnad, redan innan byggnaden hade uppförts. Wiener Wohnen har haft ett inflytande över byggnadens utformning som gick mycket längre än de krav som en hyresgäst av en sådan byggnad vanligtvis har. Detta kontrakt, som inte kan omfattas av undantaget i artikel 16 a i direktiv 2004/18, ska kvalificeras som ett byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i direktivet. Det åsidosättande av direktiv 2004/18 som följer av detta förfaringssätt består så länge det aktuella hyreskontraktet består, och kontraktet kan inte sägas upp genom ordinär uppsägning före år 2040.

42 Det ska inledningsvis erinras om att målet med direktiv 2004/18, i likhet med övriga direktiv om offentlig upphandling, är, såsom framgår av skäl 2 i direktivet, att säkerställa att särskilt den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, i synnerhet principerna om likahandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet, iakttas vid tilldelning av offentliga kontrakt och att säkerställa att tilldelning av offentliga kontrakt öppnas för konkurrens (dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkterna 52 och 75, och dom av den 27 november 2019, Tedeschi och Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, punkt 33).

43 Domstolen erinrar om att det av rättspraxis framgår, för det första, att frågan huruvida en transaktion utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i de unionsrättsliga bestämmelserna, ska avgöras enligt unionsrätten. Parternas kvalificering av det planerade kontraktet som ”hyreskontrakt” är inte avgörande i detta hänseende (dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

44 I samband med ett offentligt byggentreprenadkontrakt erhåller nämligen den upphandlande myndigheten en tjänst som består i utförandet av de byggentreprenader som upphandlingen avser och som har ett direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Ett sådant ekonomiskt

intresse kan emellertid konstateras inte bara när det förutses att den upphandlande myndigheten ska bli ägare till de byggnadsverk eller de anläggningar som avses i kontraktet, utan även om det förutses att den upphandlande myndigheten ska ha rätt att förfoga över dessa byggnadsverk eller anläggningar för offentliga ändamål (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkterna 48–51).

45 Det är inte heller relevant för kvalificeringen av det aktuella kontraktet att det enligt huvudkontraktet eventuellt inte finns någon valmöjlighet eller skyldighet för staden Wien eller Wiener Wohnen att återköpa de byggnader som uppförts (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 62).

46 Det är, för det andra, det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör hur kontraktet ska kvalificeras i rättsligt hänseende och vilka unionsbestämmelser som är tillämpliga, när kontraktet innehåller både inslag av offentlig byggentreprenad och av en annan typ av kontrakt (dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

47 Vad gäller syftet med den aktuella transaktionen, kan det noteras att det aktuella kontraktet benämns ”hyreskontrakt” och att det faktiskt innehåller inslag som hänför sig till ett hyreskontrakt. Det kan emellertid konstateras att uppförandet av den aktuella byggentreprenaden ännu inte hade påbörjats vid den tidpunkt då kontraktet ingicks. Det omedelbara syftet med kontraktet kunde följaktligen inte bestå i uthyrning av byggnader. Syftet med kontraktet var att uppföra nämnda byggnadsverk, som därefter skulle ställas till Wiener Wohnens förfogande genom ett ”hyreskontrakt” (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 56).

48 Det ska härvidlag påpekas att, såsom anges i skäl 24 i direktiv 2004/18, det i artikel 16 a i direktivet föreskrivs ett undantag från direktivets materiella tillämpningsområde och att en tolkning enligt vilken detta undantag, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 30 i sitt förslag till avgörande, kan utsträckas till hyra av icke-befintliga byggnader, det vill säga byggnader som ännu inte har uppförts, har godtagits i domstolens praxis.

49 Såsom framgår av domstolens praxis kan den upphandlande myndigheten emellertid inte göra gällande undantaget enligt denna bestämmelse när uppförandet av det planerade byggnadsverket utgör ett ”offentligt entreprenadkontrakt”, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, om uppförandet tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat (se, analogt, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 55, och dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

50 Detta är fallet när den upphandlande myndigheten har vidtagit åtgärder för att definiera byggentreprenadens särdrag eller åtminstone för att utöva ett avgörande inflytande över dess projektering (dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

51 Så är bland annat fallet om de specifikationer som den upphandlande myndigheten har begärt går längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som det aktuella byggnadsverket (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 58).

52 Även om storleken på leverantörens ersättning eller frågan hur denna betalning sker slutligen inte är avgörande vid kvalificeringen av det aktuella kontraktet, saknar de inte betydelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkterna 60 och 61 samt dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkterna 49–51).

53 Vad beträffar den planerade byggnaden kan ett avgörande inflytande över dess projektering fastställas om det kan visas att detta inflytande har utövats över byggnadens arkitektoniska utformning, såsom dess storlek, dess yttre väggar och dess bärande väggar. De krav som avser inredning kan endast anses visa ett avgörande inflytande om de skiljer sig åt på grund av sin specifika karaktär eller omfattning.

54 Det är på grundval av ovannämnda rättspraxis som kommissionens talan ska bedömas.

55 EU-domstolen erinrar härvidlag om att det enligt fast rättspraxis avseende bevisbördan i mål om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF ankommer på kommissionen att bevisa det påstådda fördragsbrottet. Det är kommissionen som ska förse domstolen med de uppgifter som denna behöver för att kunna kontrollera om fördragsbrott föreligger, och den får därvidlag inte stödja sig på någon presumtion (dom av den 14 januari 2021, kommissionen/Italien (Bidrag till inköp av motorbränsle), C-63/19, EU:C:2021:18, punkt 74 och där angiven rättspraxis).

56 Medlemsstaterna är emellertid, enligt artikel 4.3 FEU, skyldiga att underlätta för kommissionen att fullgöra sina uppgifter, vilka enligt artikel 17.1 FEU bland annat består i att övervaka tillämpningen av bestämmelserna i EUF-fördraget och de bestämmelser som antagits av Europeiska unionens institutioner med stöd av fördraget. I detta avseende ska det beaktas att när det gäller att kontrollera att de nationella bestämmelser som syftar till att säkerställa ett effektivt genomförande av ett direktiv tillämpas korrekt i praktiken, är kommissionen, som inte har någon egen utredningsbefogenhet på området, i stor utsträckning beroende av uppgifter från eventuella klagande och från den berörda medlemsstaten (dom av den 18 november 2020 kommissionen/Tyskland (Återbetalning av mervärdesskatt – Fakturor), C-371/19, ej publicerad, EU:C:2020:936, punkterna 66 och 67 och där angiven rättspraxis). Av detta följer bland annat att när kommissionen har tillhandahållit tillräckliga uppgifter av vilka det framgår att de nationella bestämmelser genom vilka ett direktiv införlivas inte tillämpas korrekt i praktiken på svarandemedlemsstatens territorium, åligger det denna medlemsstat att på ett sakligt och detaljerat sätt bestrida de framlagda uppgifterna och slutsatserna av dessa (dom av den 28 mars 2019, kommissionen/Irland (System för uppsamling och rening av avloppsvatten), C-427/17, ej publicerad, EU:C:2019:269, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

57 I förevarande fall ska det påpekas att kommissionen inte har gjort gällande att Wiener Wohnen hade försökt utöva ett inflytande över markägarens, Vectigal Immobilien, planer före mottagandet, den 28 februari 2012, av den platsanalys (*Standortanalyse*) som hade utförts av den fastighetsexpert som kommissionen utsett.

58 Nämnda expert identifierade tio objekt som kunde hyras ut och efter att ha konstaterat att sex byggprojekt uppfyllde Wiener Wohnens minimikrav kom han fram till att projektet att uppföra byggnaden Gate 2 var det mest lämpliga.

59 Såsom framgår av platsanalysen av den 28 februari 2012 och av handlingen med rubriken ”Genomförbarhetsstudie” (”*Bebauungsstudie*”) av den 23 januari 2012, hade särdragen hos byggnaden Gate 2 redan fastställts vid dessa datum.

60 Domstolen konstaterar att utformningen av byggnaden Gate 2, som beskrivs i denna genomförbarhetsstudie av den 23 januari 2012, och utformningen enligt genomförbarhetsstudien av den 4 maj 2012, som utgör en del av det aktuella hyreskontraktet, i huvudsak är identiska. Den senaste handlingen innehåller också ytterligare preciseringar, bland annat vad gäller användningen av vissa ytor, då dessa båda handlingar har sammanställts av samma arkitektbyrå.

61 Dessa omständigheter stöder följaktligen uppfattningen att, såsom Republiken Österrike har gjort gällande, ”planeringen av byggnaden [Gate 2] var fullständigt avslutad redan vid tidpunkten för förhandlingarna om ingåendet av hyreskontraktet [och att] Wiener Wohnen… redan från början inte hade något inflytande över den arkitektoniska utformningen eller den konkreta planeringen av … A- och B-flyglar[na] [till byggnaden Gate 2]”.

62 Kommissionen har emellertid identifierat två omständigheter som den anser kan leda till slutsatsen att Wiener Wohnen har utövat ett inflytande över själva projekteringen av byggnadens utformning.

63 Kommissionen avser uppförandet av sjätte till åttonde våningsplanen i B-flygeln och de broar som förbinder byggnadens A- och B-flyglar.

64 Vad beträffar uppförandet av nämnda våningsplan i B-flygeln, ska det påpekas att det i det aktuella hyreskontraktet inte förutsågs någon valmöjlighet för uppförandet, utan för att hyra ytterligare utrymmen.

65 Det anges nämligen i artikel 1.9 i hyreskontraktet att Wiener Wohnen, som en valmöjlighet (”*call-option*”), hade en ensidig rätt att, utöver de fem första våningsplanen som den uthyrda egendomen utgjordes av från början, hyra sjätte till åttonde våningsplanen i B-flygeln i byggnaden Gate 2. Det förutsågs även i denna bestämmelse att hyresvärden, om Wiener Wohnen inte utnyttjar denna valmöjlighet eller endast gör det delvis, är fri att antingen inte uppföra de våningsplan som inte önskas eller att uppföra dessa våningsplan och hyra ut dem till tredje man. I detta hänseende preciseras det även i nämnda bestämmelse att tredje man i ett sådant fall har rätt att använda vissa allmänna delar av byggnaden, såsom entrén eller hissarna, och att Wiener Wohnen i gengäld bör få en nedsättning av hyran.

66 Det ska påpekas att detta uppförande förutsågs redan i genomförbarhetsstudien av den 23 januari 2012, som innehåller en skiss av B-flygeln i byggnaden Gate 2 som omfattade åtta våningsplan. I platsanalysen av den 28 februari 2012 avseende denna B-flygel omnämns nio nivåer (en bottenvåning och åtta våningsplan), och slutligen innehåller det aktuella hyreskontraktet, i den genomförbarhetsstudie av den 4 maj 2012 som bifogats kontraktet, även en skiss av denna B-flygel som omfattade åtta våningsplan.

67 Det framgår följaktligen av de uppgifter som domstolen har tillgång till att projekteringen av sjätte till åttonde våningsplanen i nämnda B-flygel inte var avsedd att tillgodose ett behov som Wiener Wohnen hade specificerat.

68 Samma omständigheter kan anföras såvitt avser de broar som förbinder A- och B-flyglarna i byggnaden Gate 2.

69 ”*Option Brücke*” (”valmöjlighet bro”) mellan dessa A- och B-flyglar omnämndes redan i genomförbarhetsstudien av den 23 januari 2012. Platsanalysen innehåller en del av en mening enligt vilken nämnda A- och B-flyglar ”kan förenas genom en bro som byggs i detta syfte”. I det aktuella hyreskontraktet omnämns också ”*Option Brücke*” (”valmöjlighet bro”) mellan A- och B-flyglarna i byggnaden Gate 2.

70 Följaktligen var inte heller projekteringen av den bro som förbinder A- och B-flyglarna avsedd att tillfredsställa ett behov som Wiener Wohnen hade specificerat.

71 Enbart den omständigheten att Wiener Wohnen har utnyttjat de erbjudna valmöjligheterna, det vill säga att den har utnyttjat de möjligheter som redan förutsågs, är följaktligen inte tillräcklig för att visa att denna enhet har utövat ett avgörande inflytande över projekteringen av det aktuella byggnadsverket.

72 Kommissionen har vidare hänvisat till flera andra faktiska omständigheter av vilka det enligt kommissionen är möjligt att dra slutsatsen att det aktuella hyreskontraktet ska omkvalificeras som ett byggentreprenadkontrakt. Kommissionen har gjort gällande avsaknaden av bygglov, ett långfristigt hyreskontrakt, den av Wiener Wohnens upprättade kontrollen av byggentreprenadens utförande och den omständigheten att byggnadsverket getts en alltför specifik karaktär.

73 Det finns anledning att pröva dessa olika omständigheter.

74 Vad beträffar avsaknaden av bygglov vid ingåendet av hyreskontraktet ska det påpekas att enligt en allmän kommersiell praxis hyrs stora arkitektoniska projekt ut långt innan de detaljerade byggplanerna har färdigställts, vilket innebär att platsens ägare eller byggherren endast inleder det formella förfarandet för att erhålla bygglov när vederbörande förfogar över åtaganden från framtida hyresgäster för en betydande del av den planerade byggnadens ytor. Den omständigheten att bygglovet, såsom i förevarande fall, inte söktes och beviljades förrän efter den tidpunkt då det aktuella hyreskontraktet ingicks utgör under dessa omständigheter inte hinder för att anse att byggnaden Gate 2 vid denna tidpunkt redan var planerad och färdig att uppföras. I enlighet med praxis och sedvänja på marknaden är ett fullständigt arkitektoniskt projekt inte en förutsättning för att potentiella hyresgäster ska göra åtaganden. Ett utövande av ett avgörande inflytande över det aktuella byggnadsverkets projektering kan inte heller följa av att det saknas ett sådant fullständigt arkitektoniskt projekt.

75 Även om det i ”*management summary*” i platsanalysen avseende kontorsytorna på marknaden i Wien angavs att byggnaden Gate 2 gav hyresgästen möjlighet att påverka planeringen av projektet på grundval av specifika krav, krävs det för att det ska kunna konstateras att det föreligger ett ”offentligt byggentreprenadkontrakt”, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, åtminstone att en sådan möjlighet faktiskt har förverkligats.

76 Vad beträffar hyreskontraktets löptid är det tillräckligt att påpeka att denna aspekt i vart fall inte kan påverka den omständigheten att det, för att anse att utförandet av det planerade byggnadsverket utgör ett ”offentligt byggentreprenadkontrakt”, är de villkor som följer av den rättspraxis som anges i punkterna 49–51 i förevarande dom som ska vara uppfyllda. Det ska tilläggas att den omständigheten att ett hyreskontrakt ingås för en lång period, oberoende av omständigheterna i det enskilda fallet, inte är ovanlig i sig.

77 I förevarande fall kan domstolen dessutom ta fasta på det argument från Republiken Österrike som innebär dels att skyldigheten att inte säga upp hyreskontraktet under en lång period påverkar hyresbeloppet, dels att Wiener Wohnen själv önskade undvika en ny flytt som skulle bli kostsam och allvarligt störa dess funktion.

78 Vad beträffar kommissionens argument att Wiener Wohnen uppdrog åt SET Bauprojektierung, som specialiserat sig på att utarbeta byggprojekt, att utöva en uppföljande kontroll av byggprojektets specifika genomförande och att Wiener Wohnen således har låtit kontrollera uppföljningen av byggnadsverkets uppförande på det sätt som en byggherre skulle ha gjort, ska det påpekas att det inte på något sätt är ovanligt att en hyresgäst vidtar åtgärder för att säkerställa att inflyttningen i lokalerna kan äga rum det avsedda datumet, i synnerhet när det, såsom i detta fall, rör sig om en omfattande inflyttning. Den omständigheten att tjänsterna av en tredje man som är specialiserad på området används gör det nämligen möjligt att effektivt följa upp de frister som angetts för att ställa byggnaden till förfogande, säkerställa en kontroll i syfte att i tillräckligt god tid i förväg upptäcka eventuella förseningar eller brister och vidta nödvändiga åtgärder, såsom exempelvis en förlängning av vissa hyreskontrakt i vissa byggnader som fortfarande används.

79 Genom en sådan uppföljande kontroll utövade Wiener Wohnen inte heller något avgörande inflytande över projekteringen av byggnaden Gate 2.

80 Vad beträffar de specifikationer som angetts av Wiener Wohnen, framgår det av handlingarna i målet att denna byggnad har utformats som en klassisk kontorsbyggnad, utan att det är fråga om bestämda grupper av hyresgäster eller särskilda behov. Byggnadens A- och B-flyglar följer ett rutsystem som är vanligt för kontorsfastigheter i denna byggnads storlek, vilket garanterar att den inre dispositionen förblir så flexibel som möjligt och anpassad för framtida hyresgäster.

81 I detta avseende är det vanligt att ett företag, oavsett om det är privat eller offentligt, som söker hyra en kontorsbyggnad låter klargöra vissa önskemål vad gäller de särdrag som denna plats, i den mån det är möjligt, ska ha, oavsett om det rör sig om en byggnad som fortfarande ska uppföras eller om ett byte av hyresgäst i samband med vilket återställningsarbeten utförs. Sådana åtgärder gör det inte möjligt att omklassificera ett hyreskontrakt till ett byggentreprenadkontrakt.

82 Under dessa omständigheter ska det fastställas huruvida de specifikationer som Wiener Wohnen angav syftade till att uppfylla krav som gick längre än vad som vanligtvis kan krävas av den som hyr en sådan byggnad som Gate 2 och medför att Wiener Wohnen ska anses ha utövat ett avgörande inflytande över dess projektering.

83 Såsom Republiken Österrike har påpekat kan dessa krav – i den mån Wiener Wohnen har försökt säkerställa att de specifikationer som anges i de tekniska normer som är tillämpliga enligt lagbestämmelser iakttas, eller att byggnadens särdrag överensstämmer med den ”tekniska utveckling” som är vanligt förekommande på den berörda marknaden, med avseende på vilken det bedöms huruvida uppförandet motsvarar ett korrekt teknisk genomförande – inte anses utgöra åtgärder som Wiener Wohnen har vidtagit för att utöva ett inflytande över projekteringen av byggnaden Gate 2 eller krav som går längre än vad som vanligtvis kan krävas av en hyresgäst.

84 I synnerhet gick de krav som framställts av Wiener Wohnen inte heller längre än vad som vanligtvis kan krävas av den som hyr en sådan byggnad, eftersom de avsåg tillämpningen av standarder, även om dessa inte är bindande, och syftade till att uppnå mål för att förbättra energiprestandan för denna enhets framtida huvudkontor och, mer allmänt, minska byggnadens ekologiska avtryck.

85 Eftersom standarder i lagar och andra författningar som finns på ovannämnda områden i betydande mån har utvecklats under de senaste årtiondena, genom att hela tiden ha blivit strängare, och fortsätter att utvecklas i den riktningen, kan det inte anses utgöra ett orimligt krav från en offentlig enhet som Wiener Wohnen, som under en lång period önskar hyra en byggnad som är avsedd att hysa sin centrala förvaltning, att vilja förfoga över en byggnad vars särart inte endast uppfyller de krav som gällde när det aktuella hyreskontraktet ingicks, utan med avseende på vilken iakttagandet av gällande standarder även har en viss tidsbeständighet.

86 Även om det finns många sådana krav och dessa är mycket detaljerade, är det ändå så att det avgörande kriteriet i detta sammanhang är huruvida kraven går längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som Gate 2-byggnaden.

87 Även om kommissionen, på grundval av de handlingar som rubricerats ”Beskrivning av byggnaden och dess utrustning”, av den 16 maj 2012, och ”Komplettering till beskrivningen av byggnaden och dess utrustning”, av den 22 maj 2012, vilka båda har bifogats det aktuella hyreskontraktet, har konstaterat att Wiener Wohnen hade framställt många detaljerade krav, och kommissionen har angett konkreta exempel till stöd för detta, framgår det inte av dess handlingar att Wiener Wohnen skulle ha framställt ett icke försumbart antal krav som, genom att de syftade till att tillgodose Wiener Wohnens egna behov, skulle ha inneburit att denna enhet utövade ett avgörande inflytande över projekteringen av byggnaden Gate 2.

88 I sin ansökan har kommissionen i detta sammanhang citerat vissa punkter i handlingen med rubriken ”Beskrivning av byggnaden och dess utrustning”. I dessa punkter anges att ”samtliga hissar går från källarvåningen (garage) till den våning som varje gång är den högsta”, ”arbetet utförs i enlighet med

riktlinjerna för certifieringssystemet ÖGNI – nivå guld", "[g]olvet [är] upphöjt med en genomsnittlig bruttohöjd på cirka 10 cm, och en bärkraft på 5 kN/m^2" och "nedkylning säkerställs huvudsakligen genom termoaktiva takdelar med ytor som övertäckts eller övermålats med en dispersionsfärg".

89 Kommissionen har emellertid inte förklarat på vilket sätt kravet att alla hissar ska gå mellan samtliga nivåer, inklusive till den högsta våningen, utgör ett ovanligt krav. Eftersom en sådan specifikation följer av en lagstadgad skyldighet, såsom Republiken Österrike har gjort gällande, utan att kommissionen har bestritt detta, kan den inte anses ge uttryck för att Wiener Wohnen har utövat ett avgörande inflytande över projekteringen av byggnaden.

90 På samma sätt är det vanligt förekommande att förutse ett upphöjt golv i kontorsbyggnader, bland annat för att säkerställa modulsystem för inredning. Vad beträffar golvets genomsnittliga bruttohöjd och golvets bärkraft, har kommissionen inte heller förklarat på vilket sätt de angivna specifikationerna är ovanliga. Detsamma gäller kravet att nedkylningen av byggnaden Gate 2 huvudsakligen ska säkerställas genom termoaktiva takdelar.

91 Såvitt avser "certifieringssystemet ÖGNI – nivå guld" har kommissionen i samband med sin analys av handlingen "Beskrivning av byggnaden och dess utrustning" påpekat att det i inledningen till denna handling anges att "[d]et av hyresvärden och hyresgästen angivna syftet att erhålla intyget 'ÖGNI – GOLD Green Building' ska anses vara överenskommet och utgör ett ovillkorligt krav för utförandet vid planeringen och uppförandet". Kommissionen har därefter hävdat att Republiken Österrikes argument, att denna certifiering redan från början omfattades av hyresvärdens avsikt och inte utgjorde ett krav från Wiener Wohnen, är felaktigt. Det ska härvidlag påpekas att det redan i platsanalysen av den 28 februari 2012, som sammanställts av en fastighetsexpert, anges att certifieringen "ÖGNI – nivå guld" förutses för byggnaden Gate 2.

92 Det kan följaktligen antas att projekteringen av byggnaden Gate 2 i enlighet med de krav som följer av denna certifiering inte är resultatet av ett avgörande inflytande som utövats av Wiener Wohnen, utan av ett eget initiativ av hyresvärden, vilket, såsom det har erinrats om i punkt 57 ovan, togs innan förhandlingarna med Wiener Wohnen inleddes. Vidare har kommissionen i sina skrivelser inte angett skälen till varför detta intyg inte heller utfärdats i hyresvärdens intresse. Det är emellertid uppenbart att erhållandet av ett sådant intyg stärker den aktuella fastighetens värde.

93 Vissa av de inslag som nämns i de handlingar som rubricerats "Beskrivning av byggnaden och dess utrustning" och "Komplettering till beskrivningen av byggnaden och dess utrustning" ska förstås mot bakgrund av Wiener Wohnens avsikt att under en lång period förfoga över en plats som omfattar samtliga dess tjänster. Kravet på eldistributionens storlek, för att det ska sparas ett utrymme på 25 procent för varje framtida utvidgning, förefaller således inte vara ett krav som går längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som Gate 2.

94 Det framgår däremot av handlingarna i målet att Vectigal Immobilien, i egenskap av ägare till och byggherre för byggnaden Gate 2, av ekonomiska skäl som var av särskild betydelse för Vectigal Immobilien, var angelägen om att säkerställa att uppförandet utfördes på ett sådant sätt att det var möjligt för Vectigal Immobilien att omedelbart på nytt hyra ut de berörda ytorna till tredje man, för det fall Wiener Wohnen helt eller delvis upphörde att hyra lokalerna. Enligt Republiken Österrike har Vectigal Immobilien på detta sätt bland annat förutsett att det, för samtliga ytor som ska hyras ut och som finns tillgängliga på ett visst våningsplan, ska finnas flera skiljeväggar med nödutgångar och tillgång till fristående hissar till varje våningsplan, för att kunna hyra ut enskilda ytor eller hyra ut de olika våningsplanen separat i framtiden.

95 Kommissionen har till sist inte visat att de krav som Wiener Wohnen framställt i egenskap av framtida hyresgäst har medfört att det kan ifrågasättas huruvida hyresgäster som träder i denna enhets ställe kan använda sig av byggnaden Gate 2 som en kontorsbyggnad. Följaktligen ska den slutsatsen dras att de anpassningar som följer av dessa krav inte går längre än vad som en hyresgäst vanligtvis kan kräva.

96 Slutligen innehåller kommissionens talan, i motsats till den rättspraxis som nämns i punkt 52 ovan, inte några uppgifter vare sig om kostnaden för arbetena dagen då dessa avslutades år 2014 eller om förhållandet mellan denna kostnad och det diskonterade nuvärdet, den dagen, för totalbeloppet avseende hyrorna under en period av 20 år.

97 Av det ovan anförda följer således att kommissionen inte har styrkt att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2, 28 och 35.2 i direktiv 2004/18, genom att Wiener Wohnen direkt tilldelade kontraktet av den 25 maj 2012 avseende kontorsbyggnaden på Guglgasse 2–4 i Wien, utan att genomföra ett konkurrensutsatt förfarande och utan att tillkännage ett meddelande om ett sådant förfarande.

98 Kommissionens talan ska följaktligen ogillas.

Rättegångskostnader

99 Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Republiken Österrike har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet ska Republiken Österrikes yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

1) Talan ogillas.

2) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter