Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 22 kwietnia 2021 r.*

Uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego – Dyrektywa 2004/18/WE – Zamówienia publiczne na roboty budowlane – Umowa między podmiotem publicznym a prywatnym przedsiębiorstwem dotycząca najmu niewybudowanego jeszcze budynku – Artykuł 1 – Wykonanie obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez najemcę – Artykuł 16 – Wyłączenie

W sprawie C-537/19

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie, na podstawie art. 258 TFUE, uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, wniesioną w dniu 12 lipca 2019 r.,

Komisja Europejska, którą reprezentowali L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers i P. Ondrůšek, w charakterze pełnomocników,

strona skarżąca,

przeciwko

Republice Austrii, którą reprezentowali początkowo M. Fruhmann, a następnie J. Schmoll, w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: E. Regan, prezes izby, M. Ilešič, E. Juhász (sprawozdawca), C. Lycourgos i I. Jarukaitis, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 22 października 2020 r.,

wydaje następujący

* Język postępowania: niemiecki.

Wyrok

1 W swojej skardze Komisja Europejska wnosi do Trybunału o stwierdzenie, że w zakresie, w jakim podmiot Stadt Wien-Wiener Wohnen (zwany dalej „Wiener Wohnen”) udzielił bezpośrednio zamówienia z dnia 25 maja 2012 r. dotyczącego budynku biurowego położonego przy Guglgasse 2–4 w Wiedniu (Austria) bez przeprowadzenia postępowania przetargowego i bez opublikowania związanego z nim ogłoszenia, Republika Austrii uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 2, 28 i art. 35 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

Ramy prawne

Prawo Unii

2 Motywy 2 i 24 dyrektywy 2004/18 stanowią:

„(2) Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi postanowieniami traktatu.

[…]

(24) W ramach usług zamówienia na nabycie lub najem nieruchomości lub praw do takich nieruchomości posiadają pewne specyficzne cechy, które sprawiają, iż zasady udzielania zamówień publicznych nie mają w tym przypadku zastosowania”.

3 Artykuł 1 tej dyrektywy, zatytułowany „Definicje”, przewidywał w ust. 2 lit. b):

„»Zamówienia publiczne na roboty budowlane« oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku I, lub obiektu budowlanego albo realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą. »Obiekt budowlany« oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną”.

4 Artykuł 2 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowił:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

5 Artykuł 16 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Wyłączenia szczególne”, stanowił:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi:

a) mających na celu nabycie lub dzierżawę, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich; niemniej jednak niniejsza dyrektywa obejmuje umowy o świadczenie usług finansowych, zawarte w dowolnej formie, równocześnie, przed lub po zawarciu umowy nabycia lub dzierżawy;

[…]”.

6 Artykuł 28 tej dyrektywy, zatytułowany „Zastosowanie procedury otwartej, ograniczonej i negocjacyjnej oraz dialogu konkurencyjnego” stanowił:

„Podczas udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów niniejszej dyrektywy.

Udzielają one takich zamówień publicznych, stosując procedury otwarte lub ograniczone. W szczególnych okolicznościach, jasno określonych w art. 29, instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień w drodze dialogu konkurencyjnego, w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których mowa wyraźnie w art. 30 i 31, mogą one stosować procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia lub bez jego publikacji”.

7 Artykuł 35 ust. 2 omawianej dyrektywy, zatytułowany „Ogłoszenia”, przewidywał:

„Instytucje zamawiające, które zamierzają udzielić zamówienia publicznego lub zawrzeć umowę ramową w drodze procedury otwartej, ograniczonej lub na warunkach określonych w art. 30 procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu, albo na warunkach określonych w art. 29 w drodze dialogu konkurencyjnego, powiadamiają o swoim zamiarze za pomocą ogłoszenia o zamówieniu”.

8 Dyrektywa 2004/18 została zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65) ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r.

Prawo austriackie

9 W dniu zawarcia przedmiotowej umowy najmu, czyli w dniu 25 maja 2012 r., właściwe przepisy krajowe znajdowały się w Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 (federalnej ustawie z 2006 r. o udzielaniu zamówień publicznych), w brzmieniu obowiązującym w tym dniu.

Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

10 W następstwie skargi otrzymanej w 2015 r. i nieformalnych kontaktów z austriackimi organami władzy Komisja w dniu 25 lipca 2016 r. skierowała do Republiki Austrii wezwanie do usunięcia uchybienia (postępowanie w sprawie naruszenia nr 2016/4074), w którym powołała się na naruszenie art. 2, 28 i 35 dyrektywy 2004/18 ze względu na bezpośrednie udzielenie przez Wiener Wohnen w dniu 25 maja 2012 r., bez przeprowadzenia postępowania przetargowego oraz bez ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z tą dyrektywą, zamówienia dotyczącego najmu na czas nieokreślony budynku biurowego nazwanego Gate 2 (zwanego dalej „budynkiem Gate 2”), wraz z parkingiem podziemnym, na działce przy Guglgasse 2–4 w Wiedniu.

11 Zgodnie z postanowieniami tej umowy wynajmujący, Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, właściciel tej działki w chwili zawarcia wspomnianej umowy, miał zamiar wybudować na tym gruncie budynek Gate 2.

12 Wynajęta nieruchomość składała się z dwóch skrzydeł (A i B), od parteru do piątego piętra. Mosty na pierwszym i piątym piętrze między tymi obydwoma skrzydłami były przewidziane jako opcja. Ponadto Wiener Wohnen dysponowała tytułem opcji („*call-option*") jednostronnym prawem do wynajęcia oprócz pierwszych pięciu pięter stanowiących już od początku wynajmowaną nieruchomość, także pięter od szóstego do ósmego w skrzydle B wspomnianego budynku. Aneks do umowy najmu z dnia 25 października 2012 r. potwierdził, że Wiener Wohnen skorzystała z tej opcji.

13 Omawiana umowa najmu została zawarta na czas nieokreślony. Przewidywała ona początkowo, że Wiener Wohnen może rozwiązać umowę w zwykły sposób dopiero 15 lat po rozpoczęciu wynajmu, a następnie co dziesięć lat. Poza zwykłym rozwiązaniem umowy możliwe było nadzwyczajne rozwiązanie umowy, jeżeli wynajmujący naruszał umowę najmu w sposób poważny lub ciągły, lub gdyby budynek Gate 2 nie mógł być wykorzystywany do uzgodnionego celu przez ponad sześć miesięcy.

14 Aneks drugi do wspomnianej umowy najmu z dnia 16 i 17 września 2013 r. odroczył termin pierwszej zwykłej możliwości rozwiązania umowy. Zgodnie z pkt 2.4 owego aneksu odpowiednie postanowienie od tej pory brzmiało następująco: „Najemca może w zwykły sposób rozwiązać umowę najmu jedynie po upływie 25, 35 i 45 lat (itp.) od rozpoczęcia najmu (z uwzględnieniem terminu wypowiedzenia, o którym mowa w pkt 2.2) (dwunastomiesięczny termin na koniec kwartału kalendarzowego)".

15 Po zajęciu nieruchomości Gate 2 Wiener Wohnen podnajmowała spółce Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH powierzchnie biurowe. Ponadto Gewerkschaft der Gemeindebediensteten (związek zawodowy pracowników komunalnych) również zainstalował w tej nieruchomości centrum informacyjne.

16 Republika Austrii odpowiedziała na wezwanie Komisji do usunięcia uchybienia pismem z dnia 26 września 2016 r., w którym przyznała, że bezpośrednie udzielenie zamówienia na rozpatrywaną umowę najmu jest objęte zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18 oraz że w konsekwencji należało przeprowadzić postępowanie przetargowe zgodne z tą dyrektywą. Państwo to oświadczyło, że żałuje popełnionego błędu, i podkreśliło, że Wiener Wohnen podejmie wszelkie środki w celu zapewnienia prawidłowego stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych w przyszłości.

17 Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika również, że Republika Austrii przedstawiła w uwagach uzupełniających z dnia 27 lutego 2017 r., a także w innych uwagach uzupełniających z dnia 5 maja, 13 września i 25 października 2017 r., w jaki sposób przestrzeganie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest obecnie zagwarantowane, w szczególności za pomocą rejestru umów.

18 Ze względu na dalsze trwanie zarzucanego naruszenia Komisja pismem z dnia 18 maja 2018 r. skierowała do Republiki Austrii uzasadnioną opinię, wzywając owe państwo członkowskie do przyjęcia środków niezbędnych do zastosowania się do tej opinii w terminie dwóch miesięcy od jej otrzymania.

19 Republika Austrii odpowiedziała na wspomnianą uzasadnioną opinię pismem z dnia 18 lipca 2018 r. Jeżeli chodzi o możliwość usunięcia zarzucanego naruszenia, to owe państwo członkowskie podniosło, że z uwagi na fakt, iż Wiener Wohnen zajmowała budynek Gate 2, natychmiastowe usunięcie tego naruszenia jest niemożliwe. Biorąc pod uwagę okoliczność, że rozpatrywana umowa najmu mogła być przedmiotem zwykłego wypowiedzenia najwcześniej w dniu 1 października 2040 r. w odniesieniu do skrzydła A tej nieruchomości oraz w dniu 1 kwietnia 2041 r. w odniesieniu do skrzydła B, Wiener Wohnen jest jednak gotowa rozpocząć negocjacje z wynajmującym dotyczące wcześniejszego rozwiązania owej umowy najmu. Ponadto Republika Austrii podkreśliła, że w chwili zawarcia

wspomnianej umowy zgodnie z dominującą opinią prawną w Austrii wyłączenie przewidziane w art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18 dotyczyło również wynajmu budynku biurowego jeszcze niewybudowanego, ale już zaprojektowanego i gotowego do realizacji. Ponieważ Wiener Wohnen chciała wynająć dokładnie taki budynek, podmiot ten działał w dobrej wierze.

20 Ponieważ Komisja uznała za niesatysfakcjonującą odpowiedź Republiki Austrii, wniosła niniejszą skargę.

W przedmiocie skargi

Argumentacja stron

21 Komisja utrzymuje, że zawarcie przez Wiener Wohnen, podmiot publiczny powiązany z miastem Wiedeń, z przedsiębiorstwem prywatnym umowy długoterminowego najmu budynku Gate 2, zanim budynek ten został zbudowany, stanowi bezpośrednie udzielenie zamówienia na roboty budowlane w celu wybudowania i wynajmu budynku biurowego ze względu na to, że Wiener Wohnen wywierała wpływ na planowanie robót dotyczących wspomnianego budynku, który wykraczał poza zwykłe wymagania najemcy nowego budynku.

22 Komisja przypomina, powołując się na wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 40–42), że kwestia, czy dana transakcja stanowi zamówienie publiczne na roboty budowlane, podlega prawu Unii oraz że jeżeli obiekt budowlany jest oferowany do wynajmu przed rozpoczęciem jego realizacji, głównym przedmiotem takiej transakcji jest realizacja tego zadania. Komisja podkreśla w tym względzie, że w dniu zawarcia rozpatrywanej umowy najmu budynek Gate 2 nie był przedmiotem wykonalnego pozwolenia na budowę.

23 Komisja dodaje, powołując się na pkt 43 tego wyroku Trybunału, że umowa nie jest objęta wyłączeniem przewidzianym w art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18. Wyłączenie to nie ma bowiem zastosowania wówczas, gdy wykonanie zaprojektowanego obiektu odpowiada precyzyjnym potrzebom instytucji zamawiającej. Z pkt 58 wyroku z dnia 29 października 2009 r., Komisja/Niemcy (C-536/07, EU:C:2009:664) wynika, że tak jest zwłaszcza w przypadku, gdy określone w zamówieniu specyfikacje odnoszą się do szczegółowego opisu budynku, który ma zostać zbudowany, jego jakości i wyposażenia oraz gdy wykraczają one w ten sposób znacznie poza zwyczajne wymagania najemcy w stosunku do nowej nieruchomości o znacznych rozmiarach.

24 Jeżeli chodzi o strukturę budynku Gate 2, Komisja uważa, że dwie interwencje Wiener Wohnen wywarły wpływ na projekt tego budynku. Chodzi o budowę mostów łączących piętra skrzydeł A i B tego budynku oraz o budowę w skrzydle B pięter od szóstego do ósmego.

25 W odniesieniu do pozostałych interwencji Wiener Wohnen Komisja podnosi, że w dokumentach zatytułowanych „Opis budynku i jego wyposażenia” z dnia 16 maja 2012 r. oraz „Uzupełnienie opisu budynku i jego wyposażenia” z dnia 22 maja 2012 r., obydwóch załączonych do rozpatrywanej umowy najmu, znajdują się liczne przykłady wskazujące na to, że uzgodnione przez strony tej umowy specyfikacje znacznie wykraczają poza to, co jest zazwyczaj uzgadniane z najemcą i że Wiener Wohnen wybrała w znacznym stopniu rozwiązania techniczne przyjęte w ramach ostatecznego projektu budynku Gate 2. Mimo iż wiele z tych specyfikacji odsyła do norm „ÖNORM”, to stanowią one jedynie zalecenia, które są wiążące tylko wtedy, gdy umowa tak przewiduje. Zazwyczaj najemca jest zainteresowany w prawidłowym funkcjonowaniu kanalizacji, lecz nie interesuje go wybór rodzaju instalacji, ani to, czy „w przypadku instalacji zamkniętych rury odpływowe są wykonane z PE, czy z ABS”.

26 W szczególności z okładki drugiego z tych dokumentów wynika, że został on sporządzony przez Wiener Wohnen, a w oświadczeniach prawnych znajdujących się na następnej stronie, wskazano, że: „Uzupełnienie [opisu budynku i jego wyposażenia], oparte na specyfikacji warunków dotyczących budynków administracyjnych opracowanej przez urząd MA34; określa ono potrzeby najemcy związane ze szczególnym użytkowaniem, jest pełne i szczegółowe i na zasadzie punktowych odstępstw zastępuje [opis budynku i wyposażenia] wynajmującego". Komisja wyjaśnia, że ze strony internetowej miasta Wiedeń wynika, iż chodzi o „zbiór zasad dotyczących wyposażenia budynków administracyjnych w tym mieście [i że] specyfikacje służą jako podstawa dla prac planistycznych i dla przetargów". Zdaniem Komisji w tych okolicznościach nie jest zaskakujące, że artykuł, który ukazał się w prasie austriackiej w 2016 r. i dotyczył możliwego obejścia przez Wiener Wohnen uregulowania dotyczącego zamówień publicznych przy okazji budowy budynku Gate 2, był zatytułowany „Eine Zentrale nach Maß" („Centrala na miarę").

27 Komisja utrzymuje, że Wiener Wohnen kontrolowała realizację budowy budynku Gate 2 na tej samej podstawie co deweloper. Przedsiębiorstwo to upoważniło SET Bauprojektierung GmbH, spółkę specjalizującą się w opracowywaniu projektów budowlanych, do sprawowania kontroli towarzyszącej procesowi szczególnej realizacji projektu budowlanego. Komisja wskazuje w tym kontekście, że strony uzgodniły, iż owa kontrola towarzysząca będzie się rozciągała również na zachowanie cech charakterystycznych nieruchomości, jakie zostały określone w rozpatrywanej umowie najmu. Powołuje się ona w tym względzie na załącznik A.1, część pierwszą załącznika 1.3 do tej umowy, który stanowi: „Funkcja kontrolna: przy realizacji projektu budowlanego Wiener Wohnen wykonuje funkcję kontroli towarzyszącej procesowi realizacji projektu budowlanego, jak również kontrolę towarzyszącą za pomocą spółki zewnętrznej".

28 Komisja zauważa ponadto, że bez zawarcia wspomnianej umowy nieruchomość Gate 2 nie zostałaby zbudowana. W rzeczywistości bowiem, po tym jak wynajmujący zakupił działkę od miasta Wiedeń, ukazały się artykuły prasowe w 2002 r. oraz komunikat prasowy miasta Wiedeń, opublikowany w 2005 r., które zapowiadały budowę tej nieruchomości na owej działce. Tymczasem w 2008 r. media doniosły, że projekt „[był] uśpiony od lat", a oferta powierzchni biurowych o większych rozmiarach była wyższa od popytu. Ponadto Republika Austrii przyznała, że wybudowanie budynku „Gate 2" byłoby niepewne, gdyby Wiener Wohnen nie zawarła omawianej umowy.

29 Komisja podkreśla fakt, że budynku Gate 2 nie można w żaden sposób uznać za budynek standardowy, który Wiener Wohnen zamierzała wynająć w stanie takim, jak zaprojektowany przez jego właściciela. Przypomina ona, że Wiener Wohnen upoważniła usługodawcę w 2012 r. do przeprowadzenia analizy wiedeńskiego rynku powierzchni biurowych. Zgodnie z tą analizą spośród dziesięciu nieruchomości, które mogły zostać wynajęte, z których sześć spełniało minimalne wymogi określone przez Wiener Wohnen, nieruchomość Gate 2 okazała się najbardziej odpowiednia. Komisja zwraca w szczególności uwagę na fakt, że w ramach „*management summary*" owej analizy stwierdzono w celu uzasadnienia umieszczenia na pierwszym miejscu tej nieruchomości, że „najemca ma jeszcze możliwość wywierania wpływu na planowanie projektu w zależności od szczególnych wymogów oraz [że] chęć oddzielenia wejścia do strefy biurowej i centrum usług dla klientów może zostać w optymalny sposób zaspokojona".

30 Komisja dodaje, że nieruchomość Gate 2 jest prawie wyłącznie użytkowana przez Wiener Wohnen. Obecność dwóch innych najemców, a mianowicie Wiener Wohnen Haus- & Außenbetreuung oraz Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (związku zawodowego pracowników komunalnych – sztuka, media, sport i wolne zawody) nie może uzasadniać zastosowania art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18 w świetle rozszerzonego prawa, jakim dysponowała Wiener Wohnen, do pozostawienia przedmiotu wynajmu służbom miasta Wiedeń lub osobom prawnym, w których miasto to posiada większościowe udziały. Ponadto wydaje się, że powierzchnia podnajmowana związkowi zawodowemu pracowników komunalnych w celu obsługi centrów informacyjnych jest bardzo niewielka.

31 Republika Austrii zauważa, że Wiener Wohnen jest największym zarządcą mieszkań komunalnych w Europie i w związku z tym ponosi dużą odpowiedzialność wobec ponad 500 000 osób mieszkających w około 200 000 mieszkań komunalnych. W ramach nowej strategii tego przedsiębiorstwa postanowiono skoncentrować w jednym miejscu wszystkie podległe mu oddziały, które wcześniej były rozlokowane na terenie całego miasta Wiedeń. Zdaniem tego państwa członkowskiego nowa siedziba miała być dostępna w chwili wejścia w życie nowej organizacji pod koniec 2014 r. lub na początku 2015 r. i powinna była pomieścić co najmniej 750 pracowników, a nawet, w przypadku realizacji planowanej rozbudowy – do 1000 pracowników.

32 W braku możliwości zakupu lub budowy budynku odpowiadającego jego potrzebom jedynym możliwym rozwiązaniem dla Wiener Wohnen był najem istniejącego budynku biurowego lub budynku, którego planowanie zostało już zakończone. Ponadto, jako podmiot odpowiedzialny za budowę mieszkań socjalnych Wiener Wohnen była co do zasady zobowiązana do inwestowania swoich zasobów finansowych w utrzymanie i ulepszanie zarządzanych przez siebie budynków mieszkalnych. Ponadto, biorąc pod uwagę cel tego przedsiębiorstwa, powierzchnie, które miały zostać wynajęte, miały być bezwarunkowo standardowymi powierzchniami biurowymi.

33 W celu pozyskania ogólnego obrazu wszystkich odpowiednich i dostępnych na rynku nieruchomości budynków biurowych, które spełniałyby jego wymogi, Wiener Wohnen zleciła na początku 2012 r. niezależnemu ekspertowi w dziedzinie nieruchomości ogólną analizę rynku i wiedeńskich lokali biurowych. Zdaniem Republiki Austrii przy opracowywaniu tej analizy planowanie budynku Gate 2 było już w pełni ukończone, ponieważ wszystkie plany były dostępne, ale projekt nie został jeszcze zrealizowany. Z tego względu Wiener Wohnen nie miała żadnego wpływu na koncepcję architektoniczną lub konkretne planowanie skrzydeł A i B tej nieruchomości. Oprócz wymogów w dziedzinie powierzchni i liczby miejsc parkingowych negocjacje w sprawie omawianej umowy najmu dotyczyły przede wszystkim wysokości czynszu oraz kosztów eksploatacji. Jednym z istotnych elementów negocjacji było oddanie w przewidzianym terminie owych dwóch skrzydeł, aby móc zorganizować przeprowadzkę około 1000 pracowników. Jedyne aspekty budowy, w które Wiener Wohnen mogła ingerować, dotyczyły podziału pomieszczeń i zajmowania biur, a także podstawowego wyposażenia wynajmowanych powierzchni.

34 W odniesieniu do podnoszonej przez Komisję interwencji w strukturę budynku Republika Austrii zauważa, że mosty stanowiły już od początku część projektu budynku Gate 2. Ponadto nie stanowiły one części wynajmowanych powierzchni. Jeśli chodzi o opcję dotyczącą wynajmu pięter od szóstego do ósmego skrzydła B, to państwo członkowskie twierdzi, że piętra te w każdym przypadku miały zostać wybudowane.

35 Dokument zatytułowany „Opis budynku i jego wyposażenia”, podobnie jak „uzupełnienie” tego dokumentu, ograniczały się do ustanowienia wymogów, z jakimi muszą być zgodne wszystkie nowoczesne budynki biurowe. Komisja nie wskazała żadnego elementu zawartego w tych dokumentach, który odbiegałby od wymogów przewidzianych w obowiązujących przepisach ustawowych lub dyrektywach i normach technicznych lub który nie byłby stosowany w danym sektorze działalności.

36 Zdaniem Republiki Austrii kontrola sprawowana przez zewnętrzną spółkę SET Bauprojektierung dotyczyła wyłącznie powierzchni będących przedmiotem umowy najmu, z wyłączeniem innych powierzchni budynku Gate 2, takich jak w szczególności ciepłowni, automatyki budynku, instalacji związanych z windami lub części wspólnych lub zewnętrznych. Komisja nie wzięła pod uwagę faktu, że w ramach dużych projektów przeprowadzki zazwyczaj ma miejsce nie tylko kontrola towarzysząca wykonywana przez dewelopera, ale również kontrola przeprowadzana przez najemcę.

37 Republika Austrii podkreśla również, że Wiener Wohnen nie była jedynym najemcą budynku Gate 2. W tym kontekście nie miało znaczenia to, czy powierzchnie wynajmowane pozostałym najemcom były mniejsze niż powierzchnia zajmowana przez Wiener Wohnen. Sama okoliczność, że najemcy inni niż

Wiener Wohnen wynajęli lokale w tej nieruchomości, wskazuje na to, że rozpatrywane powierzchnie biurowe to budynki standardowe, które mogą być wynajęte również przez osoby trzecie na zwykłych warunkach rynkowych.

38 „*Management summary*" nie potwierdza też stanowiska Komisji, ponieważ w żaden sposób nie wskazano w tym dokumencie, że wymogi sformułowane przez Wiener Wohnen wykraczały poza zwykłe wymagania najemcy. Jest rzeczą normalną, że najemca, który zamierza zobowiązać się do używania na podstawie umowy przez długi okres budynku biurowego dla ponad 1000 pracowników, przed podjęciem decyzji chce dokładnie wiedzieć, w jakim zakresie wynajmujący dopuszcza ewentualne dostosowania, które najemca uważa za konieczne.

39 W szczególności zdaniem Republiki Austrii dokument zatytułowany „Uzupełnienie opisu budynku i wyposażenia" jest jedynie „oparty" na „specyfikacji warunków dotyczących budynków administracyjnych opracowanej przez urząd MA34". Ten ostatni dokument zawiera podsumowanie wymogów ustawowych i normatywnych zgodnych ze stanem techniki, mających zastosowanie do wszystkich budynków biurowych i których stosowanie nie jest ograniczone do miasta Wiedeń. Opisane w owym „uzupełnieniu" środki powinny zatem zostać wdrożone również wówczas, gdyby umowa najmu została zawarta nie z Wiener Wohnen, lecz z przedsiębiorstwem prywatnym. W sytuacji gdy Komisja podnosi, że normy ekologiczne stanowią jedynie „zalecenia", nie uwzględnia ona mającego zastosowanie prawa. W rzeczywistości bowiem normy te stanowią zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Oberster Gerichtshof (sądu najwyższego, Austria) stan techniki, w odniesieniu do którego ustala się prawidłowe wykonanie techniczne. W konsekwencji stosowanie tych norm nie jest fakultatywne.

40 Krytyczne uwagi sformułowane przez Komisję w odniesieniu do okresu wynajmu przewidzianego w rozpatrywanej umowie, to jest 25 lat, nie uwzględniają rzeczywistości rynku nieruchomości. Jedynie w takich warunkach wynajmujący są gotowi wynajmować znaczne powierzchnie po przystępnych cenach. Dla Wiener Wohnen rezygnacja z możliwości rozwiązania umowy była mało istotnym problemem, ponieważ ponowna przeprowadzka 1000 pracowników była nierealna ze względu na koszt i brak odpowiednich alternatywnych lokalizacji.

Ocena Trybunału

41 Celem skargi Komisji jest zakwalifikowanie jako bezpośredniego, bez przeprowadzenia postępowania przetargowego i bez ogłoszenia o zamówieniu, udzielenia zamówienia dotyczącego położonej w Wiedniu nieruchomości Gate 2. Komisja twierdzi, że Wiener Wohnen, jako instytucja zamawiająca, zawarła w dniu 25 maja w 2012 r. z prywatnym przedsiębiorstwem długoterminową umowę najmu tego budynku jeszcze przed jego wybudowaniem. Wiener Wohnen wywierała wpływ na projekt budynku, który w znacznym stopniu wykraczał poza zwykłe wymagania najemcy takiej nieruchomości. Umowa ta, która nie może zostać objęta wyłączeniem przewidzianym w art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/18, powinna zostać zakwalifikowana jako „zamówienie na roboty budowlane" w rozumieniu tej dyrektywy. Wynikające stąd naruszenie dyrektywy 2004/18 będzie trwać tak długo, jak długo nadal będzie obowiązywała omawiana umowa najmu, która nie może zostać rozwiązana w zwykły sposób przed 2040 r.

42 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że dyrektywa 2004/18, podobnie jak i pozostałe dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych, ma na celu, jak wynika zasadniczo z jej motywu 2, zapewnienie poszanowania przy udzielaniu zamówień publicznych, między innymi, swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, jak również zasad z nich wynikających, takich jak w szczególności zasady równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości, oraz zapewnienie, by udzielanie zamówień publicznych było otwarte

na konkurencję (wyroki: z dnia 12 lipca 2001 r., Ordine degli Architetti i in., C-399/98, EU:C:2001:401, pkt 52, 75; z dnia 27 listopada 2019 r., Tedeschi i Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, pkt 33).

43 W tym względzie z orzecznictwa wynika, z jednej strony, że kwestia, czy transakcja stanowi bądź nie zamówienie publiczne na roboty budowlane w rozumieniu przepisów Unii, jest objęta zakresem prawa Unii. Zakwalifikowanie przez strony zamierzonej umowy jako „umowy najmu" nie ma decydującego znaczenia w tym zakresie (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

44 W ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane instytucja zamawiająca otrzymuje bowiem świadczenie polegające na wykonaniu robót budowlanych, które ma ona zamiar uzyskać i które stanowi dla niej bezpośrednie przysporzenie w sensie gospodarczym. Tymczasem takie przysporzenie o charakterze gospodarczym może zostać stwierdzone nie tylko wtedy, gdy przewidziano że instytucja zamawiająca stanie się właścicielem robót budowlanych lub obiektu budowlanego będącego przedmiotem zamówienia, lecz również wtedy, gdy przewidziano, że będzie ona miała tytuł prawny zapewniający jej możliwość dysponowania tymi obiektami budowlanymi w celu przeznaczenia go na potrzeby publiczne (zob. podobnie wyrok z dnia 25 marca 2010 r., Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 48–51).

45 Podobnie, do celów kwalifikacji omawianego zamówienia nie jest istotny fakt, że w umowie głównej nie przewidziano ewentualnie po stronie miasta Wiednia lub Wiener Wohnen opcji lub obowiązku odkupienia wzniesionych budynków (zob. podobnie wyrok z dnia 29 października 2009 r., Komisja/Niemcy, C-536/07, EU:C:2009:664, pkt 62).

46 Z drugiej strony, w wypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia, to należy się odnieść do jej głównego przedmiotu w celu ustalenia jego kwalifikacji prawnej i mających zastosowanie przepisów Unii (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

47 Jeśli chodzi o przedmiot odnośnej transakcji, to należy zauważyć, że rozpatrywana umowa została nazwana „umową najmu" oraz że zawiera ona rzeczywiście elementy należące do umowy najmu. Niemniej jednak trzeba zauważyć, że w chwili zawierania tej umowy budowa omawianego obiektu przewidzianego przez wspomnianą umowę jeszcze się nie rozpoczęła. W związku z tym bezpośrednim przedmiotem tej umowy nie mógł być najem nieruchomości. Przedmiotem tej umowy było wybudowanie wspomnianego obiektu, który następnie miał zostać oddany do dyspozycji Wiener Wohnen za pomocą „umowy najmu" (zob. podobnie wyrok z dnia 29 października 2009 r., Komisja/Niemcy, C-536/07, EU:C:2009:664, pkt 56).

48 W tym względzie należy zauważyć, jak stanowi motyw 24 dyrektywy 2004/18, że art. 16 lit. a) tej dyrektywy przewiduje wyłączenie z jej przedmiotowego zakresu stosowania oraz że w orzecznictwie Trybunału przyjęto wykładnię, zgodnie z którą wyłączenie to, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 30 opinii, może rozciągać się na najem nieistniejących, to znaczy, jeszcze niewybudowanych budynków.

49 Niemniej jednak, jak wynika z orzecznictwa Trybunału, instytucja zamawiająca nie może powoływać się na przewidziane w tym przepisie wyłączenie, jeżeli realizacja planowanego obiektu budowlanego stanowi „zamówienie publiczne na roboty budowlane" w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18, ponieważ realizacja ta odpowiada wymogom określonym przez ową instytucję zamawiającą (zob. analogicznie wyroki: z dnia 29 października 2009 r., Komisja/Niemcy, C-536/07, EU:C:2009:664, pkt 55; a także z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).

50 Jest tak również, w sytuacji gdy instytucja ta podjęła kroki w celu zdefiniowania cech obiektu budowlanego, albo przynajmniej, wywarcia decydującego wpływu na jego projekt (wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).

51 Ma to miejsce w szczególności w przypadku, gdy specyfikacja, której przestrzegania wymaga instytucja zamawiająca, wykracza poza zwykłe wymogi najemcy w odniesieniu do nieruchomości takiej jak dany obiekt budowlany (zob. podobnie wyrok z dnia 29 października 2009 r., Komisja/Niemcy, C-536/07, EU:C:2009:664, pkt 58).

52 Wreszcie, mimo że kwota wynagrodzenia przedsiębiorcy lub sposób jego uregulowania nie są czynnikami rozstrzygającymi dla kwalifikacji danej umowy, to jednak nie są one pozbawione znaczenia (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 października 2009 r., Komisja/Niemcy, C-536/07, EU:C:2009:664, pkt 60, 61; a także z dnia 10 lipca 2014 r., Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, pkt 49–51).

53 Jeśli chodzi o planowany budynek, to można stwierdzić istnienie decydującego wpływu na jego projektowanie, jeżeli można wykazać, że ów wpływ wywierany jest na strukturę architektoniczną tego budynku, taką jak jego rozmiar, ściany zewnętrzne i ściany nośne. Żądania dotyczące urządzenia wnętrza mogą być uznane za wskazujące na decydujący wpływ tylko wówczas, gdy wyróżniają się one ze względu na ich specyfikę lub zakres.

54 To na podstawie przytoczonego orzecznictwa należy ocenić skargę Komisji.

55 W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dotyczącym ciężaru dowodu w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego na podstawie art. 258 TFUE, to do Komisji należy wykazanie istnienia zarzucanego uchybienia. To ona powinna przedstawić Trybunałowi dowody niezbędne do zweryfikowania przez niego istnienia takiego uchybienia, przy czym nie może ona się opierać na jakimkolwiek domniemaniu [wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., Komisja/Włochy (dopłata do zakupu paliw silnikowych), C-63/19, EU:C:2021:18, pkt 74 i przytoczone tam orzecznictwo].

56 Niemniej państwa członkowskie zgodnie z art. 4 ust. 3 TUE są zobowiązane do ułatwiania Komisji wypełniania jej zadań, polegających w szczególności, zgodnie z art. 17 ust. 1 TUE, na czuwaniu nad stosowaniem postanowień traktatu FUE oraz środków przyjętych przez instytucje Unii na jego podstawie. W tym zakresie należy wziąć pod uwagę fakt, że jeśli chodzi o weryfikację tego, czy w praktyce właściwie zastosowano przepisy krajowe mające zapewnić skuteczne wykonanie dyrektywy, Komisja, która nie posiada własnych uprawnień do prowadzenia dochodzenia w tej dziedzinie, jest w znacznym stopniu uzależniona od dowodów dostarczonych przez ewentualnych skarżących oraz przez odnośne państwo członkowskie [wyrok z dnia 18 listopada 2020 r., Komisja/Niemcy (zwrot VAT – faktury), C-371/19, niepublikowany, EU:C:2020:936, pkt 66, 67 i przytoczone tam orzecznictwo]. Z powyższego wynika w szczególności, że jeżeli Komisja dostarczy wystarczającą liczbę dowodów wskazujących na to, że przepisy krajowe transponujące dyrektywę nie są prawidłowo stosowane w praktyce na terytorium pozwanego państwa członkowskiego, to do tego państwa należy zakwestionowanie co do istoty i w szczegółowy sposób przedstawionych w ten sposób danych i wynikających z nich konsekwencji [wyrok z dnia 28 marca 2019 r., Komisja/Irlandia (system zbierania i oczyszczania ścieków), C-427/17, niepublikowany, EU:C:2019:269, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo].

57 W niniejszej sprawie należy zauważyć, że Komisja nie podniosła, iż Wiener Wohnen zamierzała wywrzeć wpływ na plany właściciela gruntu, to jest Vectigal Immobilien, przed otrzymaniem w dniu 28 lutego 2012 r. analizy terenów (*Standortanalyse*), która została przeprowadzona przez upoważnionego przez niego eksperta ds. nieruchomości.

58 Wspomniany ekspert wskazał dziesięć obiektów dostępnych do wynajęcia, a po stwierdzeniu, że sześć projektów nieruchomości spełniało minimalne wymogi Wiener Wohnen, doszedł do wniosku, że projekt wybudowania budynku Gate 2 był najbardziej odpowiedni.

59 Jak wynika z analizy terenów z dnia 28 lutego 2012 r. i z dokumentu zatytułowanego „Bebauungsstudie" (ocena wykonalności) z dnia 23 stycznia 2012 r., cechy charakterystyczne budynku Gate 2 były już określone w tych dniach.

60 Należy stwierdzić, że struktura budynku Gate 2 opisana w owej ocenie wykonalności z dnia 23 stycznia 2012 r. oraz struktura znajdująca się w ocenie z dnia 4 maja 2012 r., która stanowi część rozpatrywanej umowy najmu, są zasadniczo identyczne, ponieważ najnowszy dokument zawiera również dodatkowe szczegóły, zwłaszcza w odniesieniu do wykorzystania niektórych powierzchni, ponieważ te dwa dokumenty zostały przygotowane przez to samo biuro architektów.

61 W związku z tym okoliczności te mogą potwierdzać tezę, zgodnie z którą – jak podnosi Republika Austrii – „w chwili negocjacji prowadzonych w celu zawarcia umowy najmu planowanie budynku [Gate 2] było już całkowicie zakończone [i że] Wiener Wohnen […] od początku nie miała żadnego wpływu na projekt architektoniczny lub konkretne planowanie skrzydeł A i B budynku [Gate 2]".

62 Niemniej jednak Komisja wskazuje na dwie okoliczności, z których jej zdaniem można wywnioskować, że Wiener Wohnen wywierała wpływ na projekt samej struktury tej nieruchomości.

63 Komisja odnosi się do budowy pięter od szóstego do ósmego skrzydła B oraz mostów łączących skrzydła A i B tego budynku.

64 Jeżeli chodzi o budowę wspomnianych pięter owego skrzydła B, to należy zauważyć, że rozpatrywana umowa najmu przewidywała opcję nie w odniesieniu do budowy, lecz w odniesieniu do wynajmowania dodatkowych powierzchni.

65 W rzeczywistości bowiem art. 1.9 umowy najmu stanowi, że Wiener Wohnen dysponowała tytułem opcji („*call-option*") jednostronnym prawem do wynajęcia oprócz pierwszych pięciu pięter stanowiących już od początku wynajmowaną nieruchomość, także pięter od szóstego do ósmego w skrzydle B budynku Gate 2. W postanowieniu tym przewidziano również, że jeżeli Wiener Wohnen nie skorzysta z tego prawa opcji, lub wykona je tylko częściowo, wynajmujący może według swojego uznania albo nie wybudować niechcianych pięter, albo je wybudować i wynająć osobom trzecim. W tym zakresie we wspomnianym postanowieniu wskazano, że w tym przypadku osoby trzecie będą miały prawo do korzystania z określonych ogólnych części budynku, takich jak wejście lub windy, i że w zamian za to Wiener Wohnen będzie korzystać z obniżenia czynszu.

66 Należy zauważyć, że budowa ta była już przewidziana w ocenie wykonalności z dnia 23 stycznia 2012 r., która zawiera szkic skrzydła B budynku Gate 2 obejmującego osiem pięter. Analiza terenów z dnia 28 lutego 2012 r. dotycząca owego skrzydła B wymienia dziewięć poziomów (parter i osiem pięter), oraz wreszcie rozpatrywana umowa najmu zawiera również w załączonej do niej ocenie wykonalności z dnia 4 maja 2012 r. szkic tego skrzydła B obejmujący osiem pięter.

67 W konsekwencji z informacji, którymi dysponuje Trybunał, wynika, że projekt pięter od szóstego do ósmego wspomnianego skrzydła B nie był przewidziany w celu zaspokojenia potrzeb określonych przez Wiener Wohnen.

68 Te same okoliczności można wskazać w odniesieniu do mostów łączących skrzydła A i B budynku Gate 2.

69 Ocena wykonalności z dnia 23 stycznia 2012 r. zawiera już wzmiankę „Option Brücke” (opcja most) pomiędzy tymi skrzydłami A i B. Analiza terenów zawiera część zdania, zgodnie z którą wspomniane skrzydła A i B „mogą zostać połączone poprzez budowę mostu”. W omawianej umowie najmu znajduje się ta sama wzmianka „Option Brücke” (opcja most) pomiędzy skrzydłami A i B budynku Gate 2.

70 W konsekwencji koncepcja mostu łączącego owe skrzydła A i B nie została również przewidziana w celu zaspokojenia potrzeb określonych przez Wiener Wohnen.

71 W związku z tym w niniejszej sprawie sam fakt, że Wiener Wohnen skorzystała z zaoferowanych jej opcji, to znaczy, że skorzystała z przewidzianych już możliwości, nie wystarcza do wykazania, że podmiot ten wywierał decydujący wpływ na projekt danego obiektu budowlanego.

72 Ponadto Komisja powołuje się na szereg innych okoliczności faktycznych, z których jej zdaniem można wywnioskować, że rozpatrywaną umowę najmu należy zakwalifikować jako zamówienie na roboty budowlane. Wskazuje ona na brak pozwolenia na budowę, długoterminową umowę najmu, kontrolę zleconą przez Wiener Wohnen w zakresie wykonania robót oraz na zbyt daleko idącą specyfikację obiektu budowlanego.

73 Należy zbadać te poszczególne elementy.

74 Jeżeli chodzi o brak pozwolenia na budowę w chwili zawierania umowy najmu, to należy zauważyć, że zgodnie z powszechną praktyką handlową duże projekty architektoniczne są wynajmowane na długo przed sfinalizowaniem szczegółowych planów budowy, tak że właściciel terenu lub deweloper wszczyna formalne postępowanie w sprawie uzyskania pozwolenia na budowę jedynie wówczas, gdy posiada on zobowiązania ze strony przyszłych najemców w odniesieniu do znacznej części projektowanego budynku. W tych okolicznościach fakt, że – tak jak w niniejszej sprawie – wystąpiono z wnioskiem o wydanie pozwolenia na budowę i otrzymano je dopiero po zawarciu omawianej umowy najmu, nie sprzeciwia się temu, aby uznać, iż w tym dniu budynek Gate 2 był już zaprojektowany i gotowy do realizacji. Zgodnie z praktyką i zwyczajami rynkowymi kompletny projekt architektoniczny nie następuje przed zaciągnięciem zobowiązania przez potencjalnych najemców. Ponadto wywieranie decydującego wpływu na projekt danego obiektu nie może wynikać z braku takiego kompletnego projektu architektonicznego.

75 W tym względzie należy zauważyć, że nawet jeśli „*management summary*” analizy wiedeńskiego rynku powierzchni biurowych wskazywał, że nieruchomość Gate 2 oferowała najemcy możliwość wpływania na planowanie projektu w zależności od szczególnych wymogów, stwierdzenie istnienia „zamówienia publicznego na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18 wymaga co najmniej wykazania rzeczywistego skorzystania z takiej możliwości.

76 Jeśli chodzi o czas trwania umowy najmu, wystarczy zauważyć, że w każdym razie aspekt ten nie może mieć wpływu na fakt, że dla uznania, iż realizacja planowanego obiektu stanowi „zamówienie publiczne na roboty budowlane”, muszą być spełnione przesłanki określone w orzecznictwie zawartym w pkt 49–51 niniejszego wyroku. Należy dodać, że fakt, iż umowa najmu została zawarta na długi okres, niezależnie od okoliczności niniejszej sprawy, nie jest sama w sobie nietypowa.

77 Ponadto w niniejszej sprawie można uwzględnić argument Republiki Austrii, zgodnie z którym, po pierwsze, obowiązek nierozwiązywania umowy najmu przez długi okres ma wpływ na wysokość czynszu, oraz po drugie, sam Wiener Wohnen zamierzała uniknąć nowej przeprowadzki, która byłaby kosztowna i poważnie zakłócałaby jego funkcjonowanie.

78 Jeżeli chodzi o argument Komisji, zgodnie z którym Wiener Wohnen upoważniła spółkę SET Bauprojektierung, specjalizującą się w opracowywaniu projektów budowlanych, do przeprowadzenia kontroli towarzyszącej procesowi wykonania konkretnego projektu budowlanego oraz że Wiener

Wohnen zleciła w ten sposób kontrolę przebiegu realizacji obiektu budowlanego, tak jakby to uczynił deweloper, to należy zauważyć, że nie jest to w żaden sposób nietypowe, że najemca podejmuje środki w celu zapewnienia, że przeprowadzka do nowego lokalu będzie mogła mieć miejsce w przewidywanej dacie, w szczególności, jeżeli tak jak w niniejszej sprawie chodzi o przeprowadzkę na dużą skalę. Skorzystanie z usług wyspecjalizowanej osoby trzeciej w tej dziedzinie pozwala bowiem na skuteczne monitorowanie terminów przewidzianych na udostępnienie nieruchomości, zapewnienie kontroli w celu wystarczającego wykrycia ewentualnych opóźnień lub braków oraz na podjęcie niezbędnych działań, jak na przykład przedłużenie niektórych umów najmu w określonych zajmowanych jeszcze nieruchomościach.

79 Poprzez taką kontrolę towarzyszącą Wiener Wohnen również nie wywierała decydującego wpływu na projekt budynku Gate 2.

80 Jeżeli chodzi o specyfikacje sformułowane przez Wiener Wohnen, to z akt sprawy posiadanych przez Trybunał wynika, że nieruchomość ta została zaprojektowana jako klasyczny budynek biurowy, bez wskazania określonych grup najemców ani szczególnych potrzeb. Skrzydła A i B wspomnianej nieruchomości są oparte na systemie siatki, powszechnie używanym dla budynków biurowych o takim rozmiarze, gwarantującym, że wewnętrzne zagospodarowanie pozostaje jak najbardziej elastyczne i dostosowane do przyszłych najemców.

81 W tym względzie zwyczajem jest, że przedsiębiorstwo, tak prywatne, jak i publiczne, zamierzające wynająć budynek biurowy, precyzuje pewne żądania co do cech, jakie budynek ten powinien w miarę możliwości posiadać, niezależnie od tego, czy chodzi o budynek, który ma zostać wybudowany, czy o zmianę najemcy, w związku z czym przeprowadzane są prace remontowe. Takie działania nie pozwalają na zmianę kwalifikacji umowy najmu na zamówienie na roboty budowlane.

82 W tych okolicznościach należy ustalić, czy specyfikacje sformułowane przez Wiener Wohnen miały na celu spełnienie żądań, które przekraczały to, czego najemca budynku takiego jak budynek Gate 2 może zazwyczaj wymagać, i prowadzą do uznania, że Wiener Wohnen wywierała decydujący wpływ na jego projektowanie.

83 Jak zauważyła Republika Austrii, w zakresie, w jakim Wiener Wohnen starała się zapewnić, że będą przestrzegane specyfikacje zawarte w normach technicznych mających zastosowanie na mocy przepisów prawnych lub że cechy charakterystyczne budynku będą zgodne ze zwykłym „stanem techniki" na danym rynku, w świetle którego ocenia się prawidłowe wykonanie techniczne budowy, wymogi te nie mogą być uznane za środki podjęte przez Wiener Wohnen w celu wywierania wpływu na planowanie budynku Gate 2 lub jako środki wykraczające poza to, czego zazwyczaj może wymagać najemca.

84 W szczególności w zakresie, w jakim żądania sformułowane przez Wiener Wohnen dotyczyły stosowania standardów, nawet jeśli nie były one wiążące, które zmierzały do osiągnięcia celów związanych z poprawą wydajności energetycznej przyszłej siedziby głównej tego podmiotu, a ogólniej, do ograniczenia śladu ekologicznego tej nieruchomości, żądania te również nie wykraczały poza to, czego zazwyczaj może domagać się najemca takiej nieruchomości.

85 Biorąc pod uwagę, że standardy ustawowe lub normatywne w wyżej wymienionych dziedzinach uległy znacznej zmianie w trakcie ostatnich dziesięcioleci, stając się za każdym razem bardziej wymagającymi, oraz że w dalszym ciągu ewoluują one w tym kierunku, nie można uznać za stanowiącą nadmiernie wygórowany wymóg ze strony podmiotu publicznego takiego jak Wiener Wohnen, który zmierza do wynajmowania przez długi okres budynku przeznaczonego dla jego centralnej administracji, woli posiadania budynku, którego cechy charakterystycznie nie będą się ograniczały do przestrzegania standardów obowiązujących w chwili zawierania rozpatrywanej umowy najmu, lecz które będą charakteryzować się pewną stabilnością w zakresie przestrzegania standardów mających zastosowanie na przestrzeni czasu.

86 O ile liczba tych żądań i stopień ich szczegółowości są wysokie, o tyle decydującym kryterium w tym kontekście jest jednak ustalenie, czy żądania te wykraczają poza zwyczajne wymagania najemcy w stosunku do nieruchomości takiej jak budynek Gate 2.

87 Tymczasem, o ile Komisja wykazała na podstawie dokumentów zatytułowanych „Opis budynku i jego wyposażenia" z dnia 16 maja 2012 r. oraz „Uzupełnienie opisu budynku i jego wyposażenia" z dnia 22 maja 2012 r., obydwóch załączonych do rozpatrywanej umowy najmu, że żądania przedstawione przez Wiener Wohnen były liczne i szczegółowe, wraz z konkretnymi przykładami na poparcie tego twierdzenia, o tyle z jej pism nie wynika, że Wiener Wohnen przedstawiła znaczną liczbę żądań, które skutkowały tym, z uwagi na to, że miały one na celu zaspokojenie szczególnych potrzeb tego podmiotu, iż ów podmiot wywierał decydujący wpływ na planowanie budynku Gate 2.

88 W skardze Komisja przytacza w tym kontekście pewne punkty dokumentu zatytułowanego „Opis budynku i jego wyposażenia". Zgodnie z tymi punktami „wszystkie windy kursują od piwnicy (garażu) do kolejnego wyższego piętra", „obiekt jest realizowany zgodnie z wytycznymi systemu certyfikacji ÖGNI – poziom złoty", „podłoga jest podniesiona o średnią wysokość ok. 10 cm i ma wartość nośną 5 kN/m^2", a „schładzanie jest zapewniane głównie przez termoaktywne elementy sufitowe pokryte lub powleczone farbą dyspersyjną".

89 Jednakże Komisja nie wyjaśnia, w jaki sposób żądanie, aby wszystkie windy łączyły wszystkie poziomy, w tym najwyższe piętra, rozpiętość, miałoby być nietypowym żądaniem. Zważywszy na to, jak podnosi Republika Austrii i czego nie kwestionuje Komisja, że taka specyfikacja wynika z obowiązku prawnego, nie można uznać, że odzwierciedla ona wywieranie decydującego wpływu na projekt budynku, który można przypisać Wiener Wohnen.

90 Podobnie w praktyce często zdarza się planowanie w budynkach biurowych podniesionej podłogi w celu zapewnienia w szczególności modułowości zagospodarowania wnętrza. Jeśli chodzi o średnią wysokość i siłę nośną podłogi, Komisja nie wyjaśniła również, na czym polega nietypowość przytoczonych specyfikacji. To samo dotyczy żądania, aby chłodzenie budynku Gate 2 było zapewnione głównie za pomocą termoaktywnych elementów sufitowych.

91 Jeśli chodzi o „system certyfikacji ÖGNI – poziom złoty", to Komisja wskazuje w ramach swojej oceny dokumentu zatytułowanego „Uzupełnienie do opisu budynku i jego wyposażenia", że we wprowadzeniu do tego dokumentu wskazano, iż „zadeklarowany przez wynajmującego i najemcę cel uzyskania certyfikatu »ÖGNI« – GOLD Green Building uważa się za uzgodniony i stanowi on bezwarunkowy wymóg dla realizacji w planowaniu i w budowie". Komisja twierdzi następnie, że argumentacja Republiki Austrii, zgodnie z którą owa certyfikacja została już wcześniej przewidziana przez wynajmującego i nie stanowi ona wymogu Wiener Wohnen, jest nieprawidłowa. W tym względzie należy zauważyć, że w analizie terenów z dnia 28 lutego 2012 r., przygotowanej przez biegłego w dziedzinie nieruchomości, znajduje się już wzmianka, zgodnie z którą została przewidziana certyfikacja „ÖGNI – poziom złoty" budynku Gate 2.

92 Należy zatem zakładać, że projekt budynku Gate 2 zgodnie z wymogami wynikającymi z tej certyfikacji nie jest wynikiem decydującego wpływu wywieranego przez Wiener Wohnen, lecz własnej inicjatywy wynajmującego, i został on przyjęty, jak przypomniano w pkt 57 niniejszego wyroku, przed wszczęciem negocjacji z Wiener Wohnen. Ponadto Komisja nie wskazuje w swoich pismach powodów, dla których certyfikat ten nie miałby również zostać wystawiony w interesie tego wynajmującego. Tymczasem jest oczywiste, że uzyskanie takiego certyfikatu podnosi wartość danej nieruchomości.

93 Niektóre z elementów wymienionych w dokumentach zatytułowanych „Opis budynku i jego wyposażenia" oraz „Uzupełnienie opisu budynku i jego wyposażenia" należy rozpatrywać w świetle zamiaru Wiener Wohnen posiadania przez długi okres budynku, w którym mogłyby pomieścić się wszystkie jego służby. Tym samym wymóg dotyczący rozmiaru dystrybucji energii elektrycznej, tak aby

istniała rezerwa na poziomie 25% dla każdej przyszłej rozbudowy, nie wydaje się wymogiem wykraczającym poza zwykłe wymogi najemcy w odniesieniu do nieruchomości takiej jak budynek Gate 2.

94 Natomiast z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, że ze względów ekonomicznych mających szczególne znaczenie dla niego Vectigal Immobilien, jako właściciel i deweloper budynku Gate 2, zadbał o zapewnienie, by budowa była realizowana w taki sposób, aby mógł on w przypadku całkowitego lub częściowego zwolnienia lokali przez Wiener Wohnen natychmiast wynająć odnośne powierzchnie osobom trzecim. Dlatego też zdaniem Republiki Austrii Vectigal Immobilien przewidział w szczególności w odniesieniu do całej powierzchni pod wynajem dostępnej na danym piętrze, liczne ściany działowe z autonomicznymi wyjściami ewakuacyjnymi i windami dla każdego piętra, tak aby w przyszłości dysponować możliwością wynajmu indywidualnych powierzchni lub wynajmu poszczególnych pięter oddzielnie.

95 Ostatecznie Komisja nie wykazała, że żądania przedstawione przez Wiener Wohnen jako przyszłego najemcę podważyły możliwość używania budynku Gate 2 jako budynku biurowego, który może mieć kolejnych, po tym podmiocie, najemców. W konsekwencji należy stwierdzić, że dostosowania wynikające z tych żądań nie wykraczają poza to, czego zazwyczaj może wymagać najemca.

96 Wreszcie, wbrew orzecznictwu przytoczonemu w pkt 52 niniejszego wyroku, skarga Komisji nie zawiera żadnej informacji ani o kosztach robót budowlanych w chwili ich zakończenia w 2014 r., ani o stosunku między tymi kosztami i zaktualizowaną wartością w chwili ukończenia tych robót a łączną kwotą czynszów za okres 20 lat.

97 Z ogółu powyższych rozważań wynika zatem, że Komisja nie wykazała w wymagany prawem sposób, że w zakresie, w jakim Wiener Wohnen udzieliła bezpośrednio zamówienia z dnia 25 maja 2012 r. dotyczącego budynku biurowego położonego przy Guglasse 2–4 w Wiedniu bez przeprowadzenia postępowania przetargowego i bez opublikowania odnośnego ogłoszenia, Republika Austrii uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 2, 28 i art. 35 ust. 2 dyrektywy 2004/18.

98 W konsekwencji skargę Komisji należy oddalić.

W przedmiocie kosztów

99 Zgodnie z art. 138 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Republika Austrii wniosła o obciążenie kosztami postępowania Komisji, a Komisja przegrała sprawę, należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzeka, co następuje:

1) Skarga zostaje oddalona.

2) Komisja Europejska zostaje obciążona kosztami postępowania.

Podpisy