



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 22 octobre 2020¹

Affaire C-537/19

**Commission européenne
contre**

République d'Autriche

« Recours en manquement – Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Contrat conclu entre une entité publique et une entreprise privée, ayant pour objet la location d'un immeuble non encore construit – Influence décisive de l'entité publique sur la conception de l'immeuble – Charge et appréciation de la preuve »

1. La Commission fait grief à la République d'Autriche d'avoir enfreint la directive 2004/18/CE² au motif que, le 25 mai 2012, une entité publique rattachée à la ville de Vienne [Stadt Wien – Wiener Wohnen (ci-après « Wiener Wohnen »)] a passé avec une entreprise privée, sans se conformer aux dispositions de cette directive, un marché public de travaux, que ses signataires ont qualifié de « location », en vue de bâtir sur des terrains appartenant à cette entreprise un immeuble de bureaux dénommé « Gate 2 »³.
2. La Commission s'appuie sur une série d'éléments qui, selon elle, feraient apparaître que Wiener Wohnen (dont la qualité de pouvoir adjudicateur n'est pas contestée) a exercé une influence décisive sur la conception et la réalisation de l'immeuble « Gate 2 ». Elle déduit de cette prémisse que, même si les parties étaient convenues d'une location d'immeuble, il s'agirait en réalité d'un marché public de travaux, dont le montant dépasse le seuil minimal fixé par la directive 2004/18.
3. La République d'Autriche conteste la thèse de la Commission au motif que l'article 16, sous a), de la directive 2004/18, en vertu duquel les marchés publics de location d'immeubles ne relèvent pas des procédures de passation des marchés prévues par celle-ci, trouverait à s'appliquer au présent cas d'espèce.

¹ Langue originale : l'espagnol.

² Directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114).

³ Le *Mietvertrag* (contrat de location ; ci-après le « contrat » ou le « contrat litigieux ») a été signé par Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, en tant que propriétaire du terrain et bailleur, et la Stadt Wien (ville de Vienne, Autriche), représentée par Wiener Wohnen, en tant que locataire. L'immeuble a ensuite été vendu, le 29 septembre 2014, à WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH, qui a succédé au propriétaire précédent dans les droits et obligations découlant du contrat.

I. Le cadre juridique

A. Le droit de l'Union : la directive 2004/18

4. L'article 2 de la directive 2004/18 (« Principes de passation des marchés ») énonce :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

5. L'article 16 de cette directive (« Exclusions spécifiques ») dispose :

« La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services :

- a) ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente directive ;

[...] »

6. L'article 28 de ladite directive (« Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées et du dialogue compétitif ») est ainsi libellé :

« Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive.

[...] »

B. Le droit autrichien

7. L'article 10, paragraphe 8, de la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen⁴ reproduit l'article 16, sous a), de la directive 2004/18.

II. La procédure précontentieuse

8. Dans sa lettre de mise en demeure du 25 juillet 2016, la Commission a soutenu que la conclusion du contrat, sans publicité préalable, violait les articles 2, 28 et 35 de la directive 2004/18.

9. Dans sa réponse du 26 septembre 2016, la République d'Autriche a admis que l'attribution du marché entraînait dans le champ d'application de la directive 2004/18 et qu'elle aurait dû lancer un appel d'offres conformément à celle-ci⁵.

⁴ Loi fédérale sur la passation des marchés publics (ci-après la « BVergG 2006 »).

⁵ Annexe A6 de la requête. La reconnaissance du manquement ressort en particulier des points 2, 3 et 6 de ce mémoire. Il a été indiqué au point 3 que tant la République d'Autriche que le pouvoir adjudicateur regrettaient le manquement.

10. Dans ses observations complémentaires du 27 février 2017⁶, la République d'Autriche, en vue de parvenir à un accord amiable, s'est efforcée de clarifier les circonstances de l'espèce et a, de nouveau, reconnu le manquement. Dans des observations successives⁷, elle a souligné qu'elle entendait garantir le respect du droit des marchés publics à l'avenir, notamment grâce à un registre des contrats.

11. Le 18 mai 2018, la Commission a adopté un avis motivé, après avoir pris acte de la reconnaissance du manquement par la République d'Autriche, et l'a invitée à prendre les mesures appropriées, qui n'avaient pas encore été mises en œuvre de manière satisfaisante.

12. Par un mémoire du 18 juillet 2018, la République d'Autriche a modifié l'approche qu'elle avait précédemment retenue et a contesté le manquement qui lui était imputé.

III. La procédure devant la Cour

13. Le 12 juillet 2019, la Commission a introduit un recours invitant la Cour à constater que « la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2, 28 et de l'article 35, paragraphe 2, de la directive 2004/18, en ce que [Wiener Wohnen] a attribué directement le marché du 25 [mai] 2012 relatif à l'immeuble de bureaux sis Guglgasse 2-4, à Vienne, sans réaliser de procédure de mise en concurrence et sans communiquer l'avis afférent ». Elle a également demandé la condamnation de la partie défenderesse aux dépens.

14. Le 19 septembre 2019, la République d'Autriche a déposé un mémoire en défense concluant au rejet du recours et à la condamnation de la Commission aux dépens.

15. La réplique et la duplique ont été déposées respectivement le 25 octobre 2019 et le 16 janvier 2020.

16. La Cour a décidé de ne pas tenir d'audience de plaidoiries, mais a posé des questions écrites à la République d'Autriche, qui y a répondu le 8 juillet 2020. La Commission a commenté cette réponse dans des observations du 24 juillet 2020.

IV. Analyse

A. Remarques liminaires

17. Le présent recours en manquement comporte deux aspects bien différenciés :

- le premier porte sur l'interprétation des règles en cause, à savoir essentiellement l'article 16, sous a), de la directive 2004/18, et sur la charge de la preuve ;
- le second concerne les faits et la qualification du contrat (s'agit-il seulement d'un contrat de bail ou également d'un marché de travaux ?).

18. Le rôle de la Cour dans la présente affaire va au-delà de la simple interprétation du droit de l'Union et s'apparente davantage à celui d'une juridiction civile chargée d'établir, en tenant compte des preuves produites, le déroulement des faits et le type de relation contractuelle ayant effectivement existé.

⁶ Annexe A7 de la requête.

⁷ Mémoires du 5 mai, du 13 septembre et du 25 octobre 2017 (annexes A8, A9 et A10 de la requête).

19. Mon analyse portera, en premier lieu, sur les aspects plus proprement juridiques. Ce sont ceux, paradoxalement, qui ont suscité le moins de controverses, peut-être parce qu'il existe déjà une jurisprudence de la Cour clarifiant le sens des dispositions applicables.

20. En second lieu, j'examinerai les arguments et les preuves avancés afin de me prononcer sur les faits et la qualification du contrat.

B. Éléments proprement juridiques

1. La jurisprudence de la Cour relative à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18

21. Aux termes de cette disposition, la directive 2004/18 ne s'applique pas aux « marchés publics de services [...] ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens [...] ».

22. La Cour ne se contente pas d'accepter, tout simplement, la qualification que les parties peuvent donner à leur relation contractuelle. La question de savoir si cette dernière appartient ou non, nonobstant le fait que les signataires du contrat ont qualifié celui-ci de « contrat de location », à la catégorie des marchés publics de travaux relevant de la directive 2004/18 doit être tranchée à la lumière de ce texte⁸.

23. Selon la Cour, « la définition de la notion de "marché public de travaux" [...] inclut toutes les opérations dans lesquelles un contrat à titre onéreux, indépendamment de sa qualification formelle, est conclu entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur, et a pour objet la réalisation, par ce dernier, d'un "ouvrage" au sens de [l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b)] de la [directive 93/37]. Le critère essentiel est à cet égard que cet ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les moyens utilisés en vue de cette réalisation étant indifférents »⁹.

24. Dans l'arrêt *Impresa Pizzarotti*, la Cour a ajouté que, « lorsqu'un contrat comporte à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments ayant trait à un autre type de marché, il convient de se référer à son objet principal pour déterminer sa qualification juridique et les règles de l'Union applicables »¹⁰.

25. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Helmut Müller*, la Cour s'est attachée au caractère onéreux et a souligné que la prestation reçue par le pouvoir adjudicateur dans un marché public de travaux, laquelle doit comporter un avantage économique direct pour ce dernier, « consiste dans la réalisation des travaux que le pouvoir adjudicateur vise à obtenir ». Cet avantage économique existe lorsque le pouvoir adjudicateur devient propriétaire des travaux faisant l'objet du marché, mais il « peut être également constaté s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique »¹¹.

8 Dans son arrêt du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne* (C-536/07, EU:C:2009:664, point 54), la Cour a déclaré que la « qualification juridique [de l'opération en cause] relève du domaine du droit communautaire et que la qualification donnée en droit national n'est pas pertinente à cet effet [...]. De même, la qualification d'un contrat donnée par les parties contractantes n'est pas non plus déterminante ». La Cour s'est prononcée dans le même sens dans l'arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, ci-après l'« arrêt *Impresa Pizzarotti* », EU:C:2014:2067, point 40) : « la question de savoir si une opération constitue, ou non, un marché public de travaux, au sens de la réglementation de l'Union, relève du droit de l'Union. La qualification du contrat envisagé de "contrat de location", mise en exergue par *Pizzarotti* et par le gouvernement italien, n'est pas déterminante à cet égard ».

9 Arrêt du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne* (C-536/07, EU:C:2009:664, point 55).

10 Arrêt *Impresa Pizzarotti*, point 41.

11 Arrêt du 25 mars 2010, *Helmut Müller* (C-451/08, EU:C:2010:168, points 48 à 51).

26. Cette disponibilité peut être obtenue au moyen d'un contrat de location, en fonction de ses clauses particulières. C'est ce que confirme le considérant 4 de la directive 2014/24/UE¹² qui, bien qu'inapplicable *ratione temporis* à la présente affaire, exclut de la même manière que la directive 2004/18 les contrats de location d'immeubles¹³.

27. L'arrêt *Impresa Pizzarotti* a précisément été rendu au sujet de la location d'un immeuble (destiné à abriter la cité judiciaire de Bari, Italie) non encore construit, location que la Cour, après en avoir analysé le contenu, a qualifié de « marché public de travaux », soumis à la législation de l'Union en la matière.

28. Parmi les éléments ayant conduit à cette conclusion, il y a lieu de noter que le contrat avait pour objet principal « la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur [...] alors même qu'il comporte un engagement de donner en location l'ouvrage concerné »¹⁴ et que le pouvoir adjudicateur avait « pris des mesures pour définir les caractéristiques de l'ouvrage ou du moins pour exercer une influence déterminante sur sa conception »¹⁵.

29. Dans cette affaire, la Cour a souligné que « l'objet principal dudit contrat résid[ait] dans cette réalisation, que présuppos[ait] [...] nécessairement la mise en location ultérieure de cet ouvrage », et que la réalisation de l'ouvrage projeté répondait « aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur »¹⁶. Elle en a déduit que la législation de l'Union en matière de marchés publics de travaux devait s'appliquer.

30. J'ajouterai que, selon ses propres termes, l'exclusion prévue à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18 concerne les locations de « bâtiments existants ». Il semble donc douteux qu'elle puisse s'étendre aux locations de bâtiments *non existants*, c'est-à-dire non encore construits¹⁷, bien que telle ait été l'interprétation retenue par la Cour dans l'arrêt *Impresa Pizzarotti*.

31. Afin que cette interprétation n'entraîne pas un élargissement démesuré de cette exclusion¹⁸, il convient d'éviter que le pouvoir adjudicateur dissimule, sous l'apparence d'un contrat de location à long terme, la commande directe (sans publicité ni procédure réglementée d'attribution) de la construction d'un immeuble répondant à ses besoins et dans la conception et la réalisation duquel il joue un rôle important.

12 Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

13 « [...] Les règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services à titre onéreux au moyen d'un marché public. Il convient de préciser que ces acquisitions de travaux, de fournitures ou de services devraient relever de la présente directive, qu'elles soient réalisées au moyen d'un achat, d'un *crédit-bail* ou d'autres formes contractuelles. [...] La notion d'acquisition devrait être entendue au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des travaux, fournitures ou services en question, *ne nécessitant pas nécessairement de transfert de propriété aux pouvoirs adjudicateurs* [...] » (Mise en italique par mes soins.)

14 Arrêt *Impresa Pizzarotti*, dispositif.

15 Ibidem, points 42 à 44, avec une citation du point 67 de l'arrêt du 25 mars 2010, *Helmut Müller* (C-451/08, EU:C:2010:168).

16 Ibidem, points 42 et 43, reprenant les considérations de l'arrêt du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne* (C-536/07, EU:C:2009:664, points 55 et 56).

17 C'est ce qu'a souligné l'avocat général Wahl dans ses conclusions dans l'affaire *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, EU:C:2014:335, points 53 et 60). Toutefois, la Cour n'a pas retenu cette thèse.

18 Au point 54 de son mémoire en réplique, la Commission met en garde contre un tel élargissement : « [L]e fait que Wiener Wohnen ait combiné les deux éléments dans un même contrat montre les risques d'une extension illimitée de l'application de l'article 16, point a), de la directive 2004/18 aux bâtiments encore à construire. Il en résulterait qu'un nombre excessif de marchés de travaux de construction, qui font partie des marchés publics les plus onéreux, pourraient bénéficier de la condition d'exclusion initialement prévue pour les seuls bâtiments existants, de sorte que ces marchés de travaux risqueraient de coûter plus cher aux contribuables ».

2. La preuve des faits et son appréciation

32. La jurisprudence de la Cour relative à la répartition de la charge de la preuve dans le cadre d'un recours en manquement peut être résumée comme suit :

- de manière générale, « il incombe à la Commission d'établir l'existence du manquement allégué. C'est elle qui doit apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification de l'existence de ce manquement, sans pouvoir se fonder sur une présomption quelconque »¹⁹ ;
- « [l]es États membres sont cependant tenus, en vertu [du principe de coopération loyale], de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission [...]. En particulier, il convient de tenir compte du fait que, s'agissant de vérifier l'application correcte en pratique des dispositions nationales destinées à assurer la mise en œuvre effective d'une directive, la Commission, qui ne dispose pas de pouvoirs propres d'investigation en la matière, est largement tributaire des éléments fournis par d'éventuels plaignants ainsi que par l'État membre concerné »²⁰ ;
- « [i]l s'ensuit notamment que, lorsque la Commission a fourni suffisamment d'éléments faisant apparaître certains faits situés sur le territoire de l'État membre défendeur, il incombe à celui-ci de contester de manière substantielle et détaillée les données ainsi présentées et les conséquences qui en découlent »²¹.

C. Les éléments de fait et la qualification du contrat

1. Les arguments de la Commission

33. Le contrat du 25 mai 2012 conclu par Wiener Wohnen ne correspondrait pas à une location d'immeuble « normale », car cette entité publique aurait contrôlé l'exécution des travaux de la même manière que l'aurait fait un maître d'ouvrage.

34. Le contrat s'appuie sur deux annexes²² qui contiennent des spécifications, fixées entre les parties, qui iraient bien au-delà de ce qui est habituellement convenu dans un contrat de location²³.

35. En 2012, Wiener Wohnen a chargé un prestataire de services²⁴ d'analyser le marché des immeubles de bureaux à Vienne. Selon cette analyse, parmi dix sites potentiellement appropriés, six remplissaient les critères et « Gate 2 » était le plus adéquat. Cette analyse reconnaît que Wiener Wohnen avait la possibilité d'influencer la planification du projet.

36. La République d'Autriche a admis que la construction du bâtiment « Gate 2 » aurait été incertaine si Wiener Wohnen n'avait pas conclu le contrat en question.

19 Arrêt du 9 décembre 2010, Commission/Espagne (C-340/09, non publié, EU:C:2010:758, point 36).

20 Arrêt du 18 octobre 2012, Commission/Royaume-Uni (C-301/10, EU:C:2012:633, point 71).

21 Arrêt du 18 octobre 2012, Commission/Royaume-Uni (C-301/10, EU:C:2012:633, point 72).

22 Les annexes sont intitulées « Descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 16 mai 2012 (ci-après le « descriptif »), et « Complément au descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 22 mai 2012 (ci-après le « complément »). En outre, des avenants ont été ajoutés au contrat de location le 25 octobre 2012, ainsi que les 16 et 17 septembre 2013.

23 La Commission cite à titre d'exemples, en particulier, une série d'exigences relatives à la façade, aux parois intérieures, aux constructions des sols et aux revêtements de sol, aux plafonds, aux installations techniques de bâtiment, aux postes de distribution, au chauffage au sol, aux pompes, à l'installation d'aération des toilettes, à l'élimination des eaux usées, aux matériaux qui doivent être utilisés pour les dispositifs électroniques et aux lignes directrices générales pour les systèmes électriques et de protection contre la foudre.

24 Immovent, Immobilien und Facility Management Consulting GmbH (ci-après « Immovent »).

37. C'est Wiener Wohnen, comme s'il s'agissait du maître d'ouvrage, qui a chargé SET Bauprojektierung GmbH, spécialisée dans l'élaboration de projets de construction, de contrôler la réalisation des travaux.

38. Dans son mémoire en réplique, la Commission fait valoir que :

- la construction de l'immeuble était l'objet principal du contrat, en tant que condition nécessaire à la location. Le poids de l'obligation de construction est mis en évidence, notamment, par la lourde pénalité infligée en cas de retard de livraison (30 000 euros par jour sans limitation dans le temps) ;
- l'immeuble a été construit conformément aux spécifications formulées par Wiener Wohnen. Avant la conclusion du contrat, le bâtiment n'avait pas encore été entièrement planifié ni autorisé sous sa forme définitive. Il a connu des aménagements importants en réponse, précisément, aux exigences de Wiener Wohnen ;
- il ne s'agissait pas d'un « immeuble standard », semblable à tout autre immeuble de bureaux. Bien que certaines spécifications indiquées dans le complément²⁵ puissent être qualifiées de spécifications « standards », c'est Wiener Wohnen qui a choisi, dans une large mesure, les solutions techniques et a ainsi déterminé la conception définitive du bâtiment. Même si plusieurs de ces spécifications renvoient aux normes ÖNORM²⁶, ces dernières ne sont que des recommandations, qui ne deviennent contraignantes que si le contrat le stipule ;
- les spécifications figurant dans le complément, du fait de leur nombre et de leur niveau de détail, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire²⁷ ;
- dans ces circonstances, il n'est pas étonnant qu'un article de presse intitulé *Eine Zentrale nach Maß* (« Un siège sur mesure ») ait fait état d'un éventuel contournement, par Wiener Wohnen, des règles de passation des marchés publics lors de la construction du bâtiment « Gate 2 »²⁸ ;
- la construction du pont reliant les ailes A et B du bâtiment, qui était prévue en tant qu'option dans le descriptif, est devenue une exigence ferme dans le complément. La décision de Wiener Wohnen, trois jours avant la signature du contrat, a été déterminante pour sa réalisation ;
- l'affirmation de la République d'Autriche selon laquelle la construction des étages 6 à 8 de l'aile B aurait été réalisée en tout état de cause n'est pas compatible avec le point 1.9 du contrat. La construction du pont et de ces étages dépendait exclusivement de Wiener Wohnen ;
- la cession d'espaces de bureaux à Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH n'est guère surprenante, car Wiener Wohnen pouvait sous-louer l'objet de la location à des services de la ville de Vienne ou à des personnes morales dans lesquelles celle-ci détient des participations majoritaires ;
- la longue durée du contrat est un indice de ce que le maître d'ouvrage cherche à s'assurer la récupération des investissements consentis pour la construction de l'immeuble.

25 Elles pourraient être qualifiées de spécifications « standards » dans la mesure où chaque bâtiment comprend, par exemple, une façade, des murs intérieurs, des sols et des canalisations d'eaux usées.

26 <https://www.austrian-standards.at/de/standardisierung/warum-standards/grundbegriffe/oenorm>

27 À titre d'exemple, la Commission indique qu'un locataire s'intéresse au bon fonctionnement des canalisations, mais pas au type de pose choisi ni à la question de savoir si pour les installations encastrées, les tuyaux d'évacuation sont en PE (polyéthylène) ou en ABS (acrylonitrile-butadiène-styrène).

28 L'article a été publié dans la presse autrichienne le 22 septembre 2016 (annexe C3 du mémoire en réplique). Non seulement il mentionne le contournement des règles de passation des marchés publics, mais il indique que Wiener Wohnen était fortement impliquée dans la planification et la construction de l'immeuble.

2. Les arguments de la République d'Autriche

39. La République d'Autriche, expliquant le contexte préalable à la conclusion du contrat, indique que Wiener Wohnen est le plus grand gestionnaire de logements municipaux d'Europe et que, à ce titre, elle assume des responsabilités à l'égard de plus de 500 000 personnes dans environ 200 000 logements municipaux.

40. Dans le cadre d'une réorientation stratégique de l'entreprise, il a été décidé de concentrer sur un seul site l'intégralité de ses locaux jusqu'alors répartis sur le territoire communal de Vienne. Le nouveau siège devait être disponible au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle organisation (à la fin de l'année 2014) et accueillir au moins 750 collaborateurs, voire, si l'extension prévue était construite, jusqu'à 1 000 collaborateurs.

41. Devant l'impossibilité d'acheter ou de construire un immeuble répondant à ses besoins²⁹, la seule solution qui s'offrait à Wiener Wohnen était de louer un immeuble de bureaux standard soit existant, soit déjà planifié.

42. Au début de l'année 2012, afin d'avoir une vision générale des immeubles de bureaux disponibles sur le marché viennois et répondant à ses exigences, Wiener Wohnen a chargé Immovement d'une analyse globale de ce marché.

43. Les critères de sélection comprenaient des exigences minimales : une surface utile supérieure à 20 000 m² ; la possibilité d'utiliser le rez-de-chaussée pour le service clients ; un nombre suffisant de places de parking (au moins 300), et une livraison des bureaux au plus tard à la fin du troisième trimestre de l'année 2014.

44. L'analyse d'Immovement a permis d'identifier dix immeubles de bureaux, dont certains étaient déjà réalisés ou en voie de construction, alors que d'autres étaient projetés, mais pas encore construits. Sur ces dix immeubles, six satisfaisaient aux exigences de Wiener Wohnen, « Gate 2 » étant le plus adapté.

45. Au moment de l'élaboration de cette analyse, la planification de l'immeuble « Gate 2 » était déjà achevée. Ses plans étaient disponibles, mais le projet n'avait pas encore été réalisé.

46. Hormis certaines demandes en matière de surface et de nombre de places de parking, les négociations relatives au contrat de location portaient principalement sur le montant du loyer et des frais de fonctionnement.

47. Les seuls aspects des travaux sur lesquels Wiener Wohnen pouvait intervenir étaient ceux relatifs à la subdivision des locaux et à l'occupation des bureaux, ainsi que ceux relatifs aux équipements de base des surfaces louées. Cette intervention était limitée par la structure du bâtiment et portait sur des détails mineurs concernant l'équipement.

48. Le descriptif et le complément ont uniquement énoncé les exigences auxquelles tous les immeubles de bureaux modernes doivent se conformer en vertu de règles impératives.

49. Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes en Autriche au moment de la conclusion du contrat, la location d'immeubles de bureaux non encore achevés, mais déjà entièrement planifiés relevait de l'exclusion prévue à l'article 10, point 8, de la BVergG 2006 [qui correspond à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18].

²⁹ En tant qu'institution chargée de la construction de logements sociaux, Wiener Wohnen est tenue d'investir, en principe, ses moyens financiers dans l'entretien et l'amélioration des immeubles d'habitation qu'elle gère.

50. D'après cette doctrine, l'ampleur de l'influence effective sur la conception de la construction est déterminante pour établir s'il s'agit d'un contrat de location ou d'un marché public de travaux. Dans ce contexte, l'existence de projets achevés et d'un permis de construire délivré avant l'engagement des négociations sur le loyer joue un rôle significatif.

51. Le bâtiment « Gate 2 » a été planifié en tant qu'immeuble de bureaux général, sans viser des groupes déterminés de locataires ni des besoins spécifiques.

52. Wiener Wohnen n'était pas la seule locataire de l'immeuble de bureaux³⁰. En outre, jusqu'à une date récente, des surfaces étaient sous-louées à Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH.

53. En ce qui concerne la durée du contrat, sa résiliation ordinaire ne peut intervenir, de manière générale, avant le 1^{er} octobre 2040 ni, pour les surfaces optionnelles de l'aile B, avant le 1^{er} avril 2041. Une résiliation unilatérale par Wiener Wohnen serait donc impossible – en dehors des motifs de résiliation extraordinaire – sans l'accord du bailleur.

54. S'agissant du contrôle de l'exécution des travaux, SET Bauprojektierung GmbH a été chargée d'assurer le respect des délais prévus pour la mise à disposition de l'immeuble en détectant suffisamment à l'avance les éventuels retards ou défauts. Ainsi, Wiener Wohnen pouvait prendre des mesures appropriées telles que, par exemple, la prolongation de certains contrats de location dans les immeubles encore occupés.

55. Ce contrôle s'appliquait uniquement aux espaces relevant du contrat de location, à l'exclusion des autres zones de l'immeuble telles que, par exemple, les centrales techniques de chauffage, les installations relatives aux ascenseurs, à la domotique ou aux parties communes ou extérieures.

56. La République d'Autriche défend également son point de vue en invoquant ces autres arguments, dont certains figurent dans son mémoire en duplique :

- l'analyse d'Immovement n'indique pas que les exigences de Wiener Wohnen allaient au-delà des souhaits habituels d'un locataire. Il est normal qu'un locataire qui a l'intention de s'engager sur une longue période à utiliser un grand immeuble de bureaux veuille, avant de se décider, savoir clairement dans quelle mesure le bailleur admet les éventuelles adaptations jugées nécessaires par le locataire ;
- le descriptif a été établi par le bailleur et le complément ne prévoit aucune exigence allant au-delà de ce qui est habituellement prévu pour un immeuble de bureaux. Ce dernier document contient un résumé des exigences réglementaires conformes à l'état de la technique, applicables à l'intégralité des immeubles de bureaux et dont l'application ne se limite pas à la ville de Vienne³¹ ; ces exigences auraient dû être respectées en tout état de cause ;
- s'agissant du permis de construire, Wiener Wohnen, en tant que locataire, n'a pas été impliquée dans la procédure de demande d'un tel permis et n'a pas eu la possibilité de prendre connaissance du dossier de permis de construire ou de produire des documents issus de cette procédure ;

³⁰ Il convient de noter que le Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (syndicat des employés municipaux – art, médias, sport, professions libérales), qui ne dépend ni de Wiener Wohnen ni de la ville de Vienne, était et continue à être locataire au rez-de-chaussée de l'aile B et y tient son propre centre d'information.

³¹ Il renvoie au « cahier des charges des bâtiments administratifs établi par le service MA34 » (service de la ville de Vienne chargé de la gestion de la construction et des bâtiments).

- le fait que Wiener Wohnen n'était pas la seule locataire de l'immeuble était connu depuis le début. La circonstance que d'autres personnes y ont loué des espaces et continuent de les utiliser montre que les surfaces de bureaux correspondent à des modèles standards qui peuvent être loués directement par des tiers aux conditions habituelles du marché et non pas seulement, comme le soutient la Commission, en tant que sous-locataires de Wiener Wohnen ;
- la durée du contrat (25 ans) est conforme à la réalité du marché immobilier. C'est uniquement dans ces conditions que les bailleurs sont prêts à louer d'importantes surfaces à des prix abordables ;
- pour Wiener Wohnen, le fait de renoncer à la possibilité de résiliation du contrat était un problème mineur, car un nouveau déménagement avec 1 000 collaborateurs était injustifiable, eu égard à son coût et à l'absence de sites alternatifs convenables ;
- il est simpliste de supposer, comme le fait la Commission, qu'une durée contractuelle de 20 ans suffirait à amortir les frais de construction, car c'est ignorer que le bailleur est également responsable de l'ensemble des travaux d'entretien et de réparation, doit supporter les coûts de financement et couvrir les frais de gestion, etc. ;
- la Commission semble ignorer que, en règle générale, au contrôle des travaux exercé par le maître d'ouvrage s'ajoute celui qui est effectué par le locataire lorsqu'il existe un plan de déménagement complexe.

3. Mon appréciation

57. En appliquant à la présente affaire la jurisprudence de la Cour (en particulier celle issue de l'arrêt *Impresa Pizzarotti*), il y a lieu de déterminer, grâce à une analyse des arguments et des éléments de preuve fournis, si, outre la location d'un immeuble non encore construit, il existait un marché public de travaux qui constituait, en réalité, l'objet principal du contrat.

58. Pour retenir cette qualification, il conviendra de vérifier si, dans le cadre du projet de construction définitivement approuvé et lors de la réalisation ultérieure du bâtiment, Wiener Wohnen a exercé une « influence déterminante » et si l'immeuble a été construit en réponse « aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur »³².

a) L'influence déterminante de Wiener Wohnen sur le projet final et sur la réalisation ultérieure des travaux de construction

59. Au moment de la conclusion du contrat (le 25 mai 2012), l'entreprise propriétaire du terrain n'avait entamé aucun travail de construction. En outre, elle ne disposait pas de permis pour construire l'immeuble³³.

60. En réponse à l'affirmation selon laquelle l'immeuble a été conçu à la suite de la conclusion du contrat, la République d'Autriche fait valoir que Wiener Wohnen n'a pas influencé cette conception et que le bâtiment était déjà planifié lorsque le contrat a été signé.

³² Voir points 21 à 31 des présentes conclusions.

³³ Au point 8 de sa réponse écrite à la question de la Cour, la République d'Autriche affirme que la demande de permis de construire a été déposée le 17 juillet 2012 et que le permis a été délivré le 13 novembre 2012.

61. Si tel était le cas, la logique aurait voulu que la République d'Autriche fournisse le projet architectural initial (de même que, le cas échéant, le permis de construire), où auraient figuré les spécifications et la date d'approbation de ce projet. Une telle preuve, à laquelle la partie défenderesse avait facilement accès, aurait permis d'établir que le projet complet existait au 25 mai 2012 et de vérifier que le bâtiment correspondait à celui-ci.

62. En l'absence de cette preuve, les éléments d'appréciation objectifs que j'exposerai ci-après, tirés du dossier, me portent à croire que ce projet n'était pas achevé et que la volonté de Wiener Wohnen a été décisive pour sa configuration finale et la construction du bâtiment.

63. Quand bien même admettrait-on que le propriétaire du terrain disposait, en mai 2012, d'un projet architectural initial, il n'en demeure pas moins que celui-ci a subi des modifications très importantes que Wiener Wohnen a exigées pour signer le contrat ou imposées ultérieurement et qu'elles ont été prises en compte dans la construction du bâtiment.

64. L'examen conjoint du descriptif et du complément³⁴ (annexe 1.3 du contrat) montre que Wiener Wohnen a non seulement imposé des contraintes déterminantes en matière de conception du bâtiment, mais qu'elle avait le pouvoir de décider (et a, de fait, décidé) de la structure finale de celui-ci.

65. Ainsi, le point 1.9 du contrat prévoyait une option permettant à Wiener Wohnen de décider la construction des étages 6 à 8 de l'aile B du bâtiment. Il a été fait usage de cette option le 25 octobre 2012³⁵.

66. Il en allait de même du pont rejoignant les deux ailes du bâtiment. Wiener Wohnen pouvait choisir de relier les ailes A et B par un pont, de manière à ce que l'immeuble présente la structure d'un système fermé.

67. Ces deux adjonctions constituent assurément un ajout architectural important qui modifie la structure de l'immeuble et qui, conformément aux stipulations du contrat³⁶, n'auraient pas été construites si Wiener Wohnen n'en avait pas décidé ainsi. La volonté de cette entité publique a donc été déterminante dans la construction du bâtiment sous la forme et avec les caractéristiques qu'elle souhaitait.

68. En outre, la comparaison des documents graphiques (photographies de maquettes et de plans) du projet, tels qu'ils figurent dans le descriptif, avec ce qui a été réellement construit montre, au premier regard, d'importantes différences. Dans ce document, les ailes A et B du bâtiment étaient de même hauteur et il n'y avait pas de pont de liaison : c'était Wiener Wohnen qui pouvait, à sa discrétion, modifier ces spécifications structurelles de l'immeuble.

69. Ainsi, Wiener Wohnen avait la capacité d'influencer (et a effectivement influencé) de manière décisive le projet de travaux initial, en imposant les changements architecturaux auxquels elle tenait.

70. La lecture de l'étude de marché commandée par Wiener Wohnen³⁷, à la suite de laquelle le terrain pour édifier le bâtiment « Gate 2 » a été choisi, permet de tirer la même conclusion.

34 La page de couverture du complément montre qu'il a été rédigé par Wiener Wohnen.

35 Premier avenant au contrat (annexe A3 de la requête).

36 Points 1.2 et 1.9.

37 Document produit par la République d'Autriche en réponse à l'avis motivé de la Commission.

71. Il est vrai que ce document (produit, je le répète, par la République d'Autriche) ne revêt pas un caractère officiel, mais il reflète les termes dans lesquels l'entreprise à laquelle Wiener Wohnen s'était adressée pour sélectionner le site a compris la position de sa cliente, et ce, en toute logique, sur la base des instructions ou des informations que cette dernière lui avait transmises.

72. Le « Management Summary » de ce document contient les affirmations suivantes :

- « [la] locataire [Wiener Wohnen] a encore la possibilité d'influer sur la planification du projet en fonction d'exigences spécifiques » ;
- « [e]st évaluée à travers ce critère [A10] la possibilité d'influer encore sur le fond de la planification du projet. Il ne s'agit pas seulement de prendre en compte les souhaits [de la] locataire pour l'aménagement intérieur, mais aussi les prémisses de planification de base pour les ouvertures extérieures et intérieures, la structure du bâtiment (trame des axes, longueur des ailes du bâtiment, etc.), la structure des pièces au rez-de-chaussée ou le système de fourniture et d'évacuation ainsi que le concept technique du bâtiment » (point 5.2.10) ;
- « [l]'agencement architectural de la façade n'est pas encore définitivement fixé pour ce projet [...] L'ensemble des corps de bâtiment [...] prévoit deux parties simples (ailes A + B), qui peuvent être reliées par la construction d'un pont » ;
- « [l]es exigences [de la] locataire quant aux accès principaux, à la structure du bâtiment et à la conception peuvent encore très bien être intégrées et prises en considération sur la base du stade de la planification du projet ».

73. Ces éléments d'appréciation confirment que la position contractuelle de Wiener Wohnen est conforme non pas à la position classique d'un simple locataire, mais à celle d'un véritable *maître d'ouvrage*, qui impose ses propres solutions en ce qui concerne le projet de construction et son exécution.

74. Dans le complément rédigé par Wiener Wohnen, cette entité définit des spécifications de l'ouvrage si détaillées, et dans certains cas si importantes, qu'elles vont au-delà de ce qui est normalement convenu entre un bailleur et un locataire. Contrairement à ce que soutient la République d'Autriche, ces spécifications ne se limitent pas à celles qui sont strictement obligatoires en vertu des règles d'urbanisme.

75. Il est vrai que, comme l'affirme la République d'Autriche, dans le cas d'un projet de développement immobilier de grande envergure non encore construit, le (futur) locataire peut négocier avec le bailleur certaines adaptations du bâtiment qui lui conviennent. Néanmoins, en l'espèce, les contraintes exigées étaient d'une telle ampleur et le rôle de Wiener Wohnen était si important qu'ils dépassaient les limites habituelles de la relation entre un bailleur et son locataire.

76. Le fait que Wiener Wohnen ait désigné ses propres techniciens pour contrôler l'exécution du projet, parallèlement au propriétaire, renforce la conviction que cette entité agissait en tant que *maître d'ouvrage*. Il ne s'agit pas là non plus d'un rôle qui incombe d'ordinaire au locataire d'un immeuble non encore construit, car il n'est pas habituel que ce dernier assume le contrôle d'un ouvrage dont il n'est pas propriétaire.

77. La République d'Autriche propose à cet égard une explication qui n'emporte pas ma conviction. Elle affirme que ce contrôle visait à garantir le respect des délais de livraison du bâtiment. C'est à cette fin, ajoute-t-elle, qu'elle a chargé une société extérieure (SET Bauprojektierung GmbH) de détecter d'éventuels retards suffisamment tôt pour que Wiener Wohnen puisse réagir.

78. La République d'Autriche fait valoir dans son mémoire en défense que SET Bauprojektierung GmbH était effectivement chargée de veiller au respect des délais, mais également de contrôler par sondages la qualité d'exécution des équipements. Ce contrôle consistait à surveiller la qualité et la quantité prévues dans le descriptif du bâtiment et à fournir régulièrement des rapports à Wiener Wohnen³⁸.

79. Ces fonctions vont au-delà d'une simple évaluation du respect du calendrier des travaux. De plus, l'argumentation même de la République d'Autriche, qui insiste sur l'importance des délais de livraison, souligne que la pénalité de retard s'élevait à 30 000 euros par jour : il s'agissait donc d'une indemnisation suffisamment élevée pour compenser des solutions transitoires, au cas où le bailleur n'aurait pas livré l'immeuble à temps.

b) La construction du bâtiment en réponse « aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur »

80. La Commission a soutenu que, sans la signature du contrat, le bâtiment n'aurait pas été construit. La République d'Autriche reconnaît, pour sa part, que la conclusion du contrat a été déterminante pour la construction de l'immeuble : « la location de l'immeuble de bureaux déjà planifié et prêt à être réalisé [a constitué], en définitive, le déclencheur pour la construction »³⁹.

81. Cette reconnaissance est un indice de ce que les besoins immobiliers du pouvoir adjudicateur ont, de fait, primé lors de l'exécution des travaux. Ce constat ne serait peut-être pas à lui seul suffisant pour confirmer le manquement reproché à la République d'Autriche, mais s'y ajoute le fait que les caractéristiques, structurelles ou autres, du bâtiment ont été précisément adaptées à ces mêmes besoins, comme je l'ai déjà mis en évidence.

82. La Commission produit, à l'annexe C5 du mémoire en réplique, un document émanant d'une entreprise (le groupe iC) à laquelle le nouvel acquéreur de l'immeuble (WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH) avait commandé un rapport. Ce document indique que « la planification et la construction de l'immeuble de bureaux Gate 2, sis Guglgasse 2-4, 1030 Vienne, *répondent entièrement aux besoins du seul locataire, Wiener Wohnen* »⁴⁰.

83. La République d'Autriche se borne, dans le mémoire en duplique, à remettre en cause la valeur juridique de ce document et à souligner que le groupe iC n'avait pas de relation contractuelle avec Wiener Wohnen. Cette réponse est insuffisante, car ce document montre que l'intervention du groupe iC a couvert la période allant du 15 janvier 2013 au 31 mars 2015, coïncidant donc avec le contrôle des travaux assuré par Wiener Wohnen.

84. Si le groupe iC effectuait ces mêmes tâches, il connaissait de manière approfondie le projet dont il devait surveiller l'exécution et était en mesure de formuler un avis éclairé sur ce point.

85. Cela étant, il convient d'ajouter qu'une entité publique telle que Wiener Wohnen peut, et doit même (pour servir l'intérêt général qui justifie son existence), disposer de bâtiments adaptés à ses besoins. Il n'y a rien d'anormal à cela et il est logique, par exemple, que, en fonction de ces besoins, tels qu'ils sont exprimés dans les clauses d'un document de marché, elle opte pour l'un quelconque des immeubles qui s'offrent à son choix.

³⁸ Mémoire en défense, point 27.

³⁹ Ibidem, point 46. Cette circonstance ne signifiait pas, selon elle, que le bâtiment ait été conçu ou construit conformément aux exigences du pouvoir adjudicateur.

⁴⁰ Mise en italique par mes soins.

86. Le reproche que l'on peut lui adresser (et c'est, en définitive, celui que la Commission formule) tient à ce que, dans ce choix, Wiener Wohnen se soustrait à la procédure publique d'appel d'offres, qui lui permet, avec toutes les garanties et au vu des offres présentées, de les comparer et d'opter pour la plus favorable aux intérêts publics. Telle est précisément la finalité de la directive 2004/18.

c) Autres éléments en présence

1) La durée du contrat

87. Selon la Commission, la longue durée du contrat (dont la résiliation ordinaire ne peut intervenir avant 2040)⁴¹ serait un indice supplémentaire qu'il y a plus qu'une location. La somme des loyers accumulés pendant une certaine période pourrait être considérée comme le paiement différé des travaux de construction eux-mêmes.

88. Cet argument aurait toutefois nécessité une étude économique plus approfondie tenant compte de la période d'amortissement du projet ainsi que des coûts d'entretien du bâtiment exposés par le propriétaire pendant la période contractuelle minimale. En l'absence de telles données, cet argument ne saurait prospérer.

2) L'utilisation du bâtiment

89. Le fait que le bâtiment « Gate 2 » était destiné à répondre aux besoins de Wiener Wohnen explique que cette entité publique l'ait occupé dans sa quasi-totalité, ce qui est cohérent au regard de son intervention dans la planification et la construction de l'immeuble.

90. La République d'Autriche ajoute, afin de prouver que Wiener Wohnen n'était pas l'occupante exclusive de l'immeuble, qu'il y avait également d'autres locataires dans certains bureaux du bâtiment.

91. Toutefois, cet argument n'est pas convaincant, car il est établi que Wiener Wohnen, expressément habilitée par une clause du contrat, pouvait céder l'usage de ses bureaux à des services de la ville de Vienne ou à des personnes morales dans lesquelles celle-ci détenait des participations majoritaires⁴². La seule chose que cet argument démontre est que le bâtiment, dans son ensemble, était destiné à répondre aux besoins publics de la ville de Vienne, y compris ceux de ses organismes ou administrations.

92. Cette utilisation exclusive n'est pas remise en cause par la présence dans l'immeuble d'un petit local (158,45 m²) loué en tant que centre d'information à un syndicat d'employés municipaux, ou d'autres espaces (2 590,15 m²) sous-loués à Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH⁴³. La surface sous-louée à ces entités, qui sont liées à la locataire principale, ne représente que 9,1 % de la surface totale de l'immeuble.

3) Le permis de construire

93. Les deux parties ont débattu de ce que la République d'Autriche a appelé, dans son mémoire en défense, l'« autorisation de base » (de construire)⁴⁴.

41 Après diverses vicissitudes, la durée minimale du contrat a finalement été fixée à 25 ans au point 2.4 du deuxième avenant au contrat de location, du 17 septembre 2013 (annexe A4 de la requête).

42 Point 10.1.1 du contrat.

43 Ces données proviennent de la réponse écrite de la République d'Autriche aux questions de la Cour.

44 Au point 28 du mémoire en duplique, la République d'Autriche admet que l'expression « autorisations de base », utilisée dans son mémoire en défense, ne désigne pas les autorisations visées dans la réglementation du Land de Vienne en matière de construction. Elle ajoute que, en réalité, l'autorisation de base correspond au permis de construire initialement délivré.

94. En réponse à la Commission qui avait insisté sur le fait que, au moment de la conclusion du contrat⁴⁵, le permis de construire n'avait pas été délivré, la République d'Autriche n'a opposé aucun argument solide, choisissant de présenter des allégations relativement vagues, qui ne clarifient pas cet élément de fait.

95. Dans son mémoire en réplique, la Commission s'est interrogée sur la raison pour laquelle la République d'Autriche n'avait pas produit le permis de construire, ce à quoi cet État membre a répondu, dans son mémoire en duplique, que Wiener Wohnen, en tant que locataire, n'avait pas été incluse dans la procédure de demande de permis de construire et n'avait pas la possibilité de prendre connaissance du dossier de permis de construire ou de produire des documents issus de cette procédure.

96. La réponse de la République d'Autriche, là encore, n'était guère satisfaisante. S'il était déjà difficile d'admettre que les services de l'urbanisme de la ville de Vienne (dont dépend, en définitive, Wiener Wohnen) refusent à cette dernière l'accès au dossier de permis de construire, même a posteriori, il est encore moins crédible que, confrontée à un recours en manquement devant la Cour, la République d'Autriche se trouve dans l'impossibilité d'obtenir (et de produire) ces documents.

97. C'est pourquoi la Cour a adressé, d'office, une question à la République d'Autriche afin que celle-ci clarifie ces points. Comme je l'ai déjà indiqué⁴⁶, sa réponse démontre que, au moment de la signature du contrat, le permis de construire n'avait même pas été demandé.

4) Les « actes propres » du gouvernement autrichien

98. La réaction de la République d'Autriche à la lettre de mise en demeure de la Commission a été de reconnaître le manquement allégué. Cette réaction était prévisible au vu des informations que cette lettre contenait.

99. Ce même aveu a été maintenu dans des écritures ultérieures de la République d'Autriche⁴⁷. Il lui était certes loisible de revenir par la suite sur sa position antérieure, au motif qu'elle l'aurait jugée erronée. Toutefois, ce revirement aurait exigé, pour être crédible, une justification plus solide que celle exposée dans les mémoires en défense et en duplique.

100. L'argument selon lequel la reconnaissance initiale du manquement visait à permettre le dialogue avec la Commission n'est guère convaincant. Les phases précontentieuses de la procédure en manquement permettent de parvenir à une solution consensuelle, qui ne dépend pas nécessairement d'un *aveu de culpabilité* initial.

101. En vertu du principe de coopération loyale, les États membres sont tenus d'assister la Commission dans l'accomplissement de sa mission. Un comportement consistant à admettre sans équivoque, à plusieurs reprises, l'infraction alléguée puis à changer d'attitude sans fournir d'explications suffisantes n'est pas conforme à ce principe.

⁴⁵ La Commission rappelle que la République d'Autriche, dans son mémoire en défense (point 41), a reconnu que l'existence d'un permis de construire délivré avant la conclusion du contrat était l'un des critères permettant d'apprécier si l'exclusion visée à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18 pouvait s'appliquer (voir point 50 des présentes conclusions).

⁴⁶ Voir point 59 et note 23 des présentes conclusions.

⁴⁷ Voir points 9 et 10 des présentes conclusions.

D. Récapitulation

102. Au vu de l'examen conjoint des allégations des parties et des éléments de preuve fournis, je suis convaincu que le contrat signé le 25 mai 2012 entre Vectigal Immobilien GmbH & Co KG et Wiener Wohnen avait pour objet principal la construction de l'immeuble « Gate 2 », dans la conception et la réalisation duquel l'entité publique a joué un rôle décisif afin de l'adapter à ses besoins.

103. Dans ce contexte, eu égard à la jurisprudence de la Cour interprétant l'article 16, sous a), de la directive 2004/18, l'action de Wiener Wohnen aurait dû être soumise, conformément aux articles 2, 28 et à l'article 35, paragraphe 2, de cette directive, à la procédure de passation des marchés publics de travaux.

V. Conclusion

104. Pour les raisons qui précèdent, je propose à la Cour de faire droit au recours introduit par la Commission européenne et de :

- constater que la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2, 28 et de l'article 35, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, en ce que Stadt Wien-Wiener Wohnen a attribué directement le marché du 25 mai 2012 relatif à l'immeuble de bureaux sis Guglgasse 2-4, à Vienne, sans réaliser de procédure de mise en concurrence et sans communiquer l'avis afférent ;
- condamner la République d'Autriche aux dépens.