



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 22. listopada 2020.¹

Predmet C-537/19

**Europska komisija
protiv**

Republike Austrije

„Tužba zbog povrede obveze – Javna nabava – Direktiva 2004/18/EZ – Ugovor između javnog tijela i privatnog poduzeća, čiji je predmet zakup još neizgrađene zgrade – Odlučujući utjecaj javnog tijela na projekt zgrade – Teret i ocjena dokazivanja”

1. Komisija prigovara Republici Austriji da je povrijedila Direktivu 2004/18/EZ² jer je 25. svibnja 2012. javno tijelo, koje je povezano sa Stadt Wien-Wiener Wohnen (Grad Beč, Austrija; u daljnjem tekstu: Wiener Wohnen), s privatnim poduzećem sklopilo ugovor o javnim radovima, koji su njegovi potpisnici kvalificirali kao ugovor o zakupu, radi izgradnje poslovne zgrade naziva „Gate 2” na zemljištima u vlasništvu navedenog poduzeća, pri čemu javno tijelo nije poštovalo odredbe te direktive³.
2. Komisija se oslanja na niz elemenata na temelju kojih je, prema njezinu mišljenju, očito da je Wiener Wohnen (čija priroda javnog naručitelja nije sporna) imao odlučujući utjecaj na projekt i izgradnju nekretnine „Gate 2”. Iz te pretpostavke proizlazi da je, iako su strane sklopile ugovor kao ugovor o zakupu nekretnine, zapravo riječ o ugovoru o javnim radovima čiji iznos prelazi najniži prag utvrđen Direktivom 2004/18.
3. Republika Austrija osporava Komisijin argument jer smatra da je primjenjiv članak 16. točka (a) Direktive 2004/18 kojim se iz postupaka za sklapanje ugovora, predviđenih tom direktivom, izuzimaju ugovori o javnoj nabavi za zakup zgrada.

¹ Izvorni jezik: španjolski

² Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

³ *Mietvertrag* (ugovor o zakupu; u daljnjem tekstu: ugovor ili sporni ugovor) potpisali su Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, kao vlasnik zemljišta i zakupodavac, i Stadt Wien (Grad Beč, Austrija) koji je zastupao Wiener Wohnen, kao zakupnik. Vlasništvo nad zgradom naknadno je preneseno (29. rujna 2014.) društvu WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH koje je subrogacijom stupilo u pravni položaj prethodnog vlasnika.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2004/18

4. U skladu s člankom 2. („Načela sklapanja ugovora“):

„Javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i nediskriminirajuće i djeluju na transparentan način.”

5. Članak 16. („Posebna izuzeća”) glasi kako slijedi:

„Ova Direktiva ne primjenjuje se na ugovore o javnoj nabavi za:

(a) stjecanje ili zakup, bilo kakvim financijskim sredstvima, zemljišta, postojećih zgrada ili druge nepokretne imovine ili prava koja se njih tiču; međutim, ugovori o financijskim uslugama sklopljeni istodobno, prije ili nakon ugovora o stjecanju ili zakupu, u bilo kojem obliku, podliježu ovoj Direktivi;

[...].”

6. Člankom 28. („Korištenje otvorenih, ograničenih i pregovaračkih postupaka i natjecateljskog dijaloga”) utvrđuje se:

„Prilikom sklapanja njihovih ugovora o javnoj nabavi javni naručitelji primjenjuju nacionalne postupke prilagođene za potrebe ove Direktive.

[...]”

B. Austrijsko pravo

7. Člankom 10. stavkom 8. Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen⁴ preuzet je tekst članka 16. točke (a) Direktive 2004/18.

II. Predsudski postupak

8. Komisija je u svojem pismu opomene od 25. srpnja 2016. tvrdila da su sklapanjem ugovora bez prethodne objave povrijeđeni članci 2., 28. i 35. Direktive 2004/18.

9. Republika Austrija je u odgovoru od 26. rujna 2016. priznala da je dodjela ugovora obuhvaćena područjem primjene Direktive 2004/18 i da je trebala provesti postupak javne nabave u skladu s tom direktivom⁵.

10. Republika Austrija je u svojim dodatnim očitovanjima od 27. veljače 2017.⁶, s ciljem postizanja nagodbe, pokušala objasniti okolnosti slučaja i ponovno je priznala svoju povredu obveze. U naknadnim je očitovanjima⁷ naglasila da namjerava zajamčiti poštovanje prava javne nabave u budućnosti, osobito uspostavom registra ugovora.

⁴ Savezni zakon o javnoj nabavi (u daljnjem tekstu: BVergG iz 2006.)

⁵ Prilog A6 tužbi. Konkretno, priznavanje povrede istaknuto je u točkama 2., 3. i 6. tog odgovora. U točki 3. navedeno je da Republika Austrija i javni naručitelj žale zbog povrede obveze.

⁶ Prilog A7 tužbi

⁷ Dopisi od 5. svibnja, 13. rujna i 25. listopada 2017. (Prilozi A8, A9 i A10 tužbi)

11. Komisija je 18. svibnja 2018. sastavila obrazloženo mišljenje nakon što je uzela u obzir da je Republika Austrija priznala povredu obveze te ju je pozvala da poduzme prikladne mjere koje dotad nisu bile donesene na zadovoljavajući način.

12. Republika Austrija je u dopisu od 18. srpnja 2018. izmijenila svoje prethodno stajalište te je odbacila povredu obveze koja joj se stavlja na teret.

III. Postupak pred Sudom

13. Komisija je 12. srpnja 2019. podnijela tužbu i od Suda zatražila da utvrdi da je „Republika Austrija povrijedila svoje obveze iz članaka 2., 28. i članka 35. stavka 2. Direktive 2004/18, time što je Grad Beč-Wiener Wohnen izravno dodijelio ugovor od 25. svibnja 2012. u vezi s poslovnom zgradom na adresi Guglgasse 2-4 u Beču, bez provedbe natječajnog postupka dodjele i odgovarajuće objave obavijesti”. Zatražila je i da se tuženiku naloži snošenje troškova.

14. Republika Austrija usprotivila se tužbi 19. rujna 2019. te je zatražila da se ona odbije i da se Komisiji naloži snošenje troškova.

15. Replika i odgovor na repliku zaprimljeni su 25. listopada 2019. odnosno 16. siječnja 2020.

16. Sud je odlučio da neće održati raspravu, ali je Republici Austriji uputio nekoliko pitanja na koja je tražio pisani odgovor i na koja je ona odgovorila 8. srpnja 2020. Komisija je komentirala taj odgovor u dopisu od 24. srpnja 2020.

IV. Analiza

A. Uvodne napomene

17. Predmetna tužba zbog povrede obveze obuhvaća dva vrlo različita aspekta:

- aspekt koji se odnosi na tumačenje predmetnih pravila, najprije članka 16. točke (a) Direktive 2004/18, i teret dokazivanja; i
- aspekt koji se odnosi na činjenice i kvalifikaciju ugovora (samo o zakupu ili i o radovima?).

18. U ovom sporu uloga Suda nadilazi puko tumačenje prava Unije i sličnija je ulozi građanskog suda koji, uzimajući u obzir podnesene dokaze, treba utvrditi razvoj činjenica i vrstu ugovornog odnosa o kojoj je zaista riječ.

19. Moja će se analiza kao prvo odnositi na čisto pravne aspekte. To su paradoksalno aspekti o kojima se najmanje raspravljalo, možda zato što već postoji sudska praksa Suda koja razjašnjava smisao primjenjivih pravila.

20. Kao drugo, odvagnuti ću podnesene argumente i dokaze kako bih se očitovao o činjenicama i kvalifikaciji ugovora.

B. Čisto pravni elementi

1. Sudska praksa Suda u pogledu članka 16. točke (a) Direktive 2004/18

21. U skladu s tom odredbom, Direktiva se ne primjenjuje na „ugovore o javnoj nabavi za [...] stjecanje ili zakup, bilo kakvim financijskim sredstvima, zemljišta, postojećih zgrada ili druge nepokretne imovine ili prava koja se njih tiču”.

22. Sud ne može samo tako prihvatiti kvalifikaciju koju strane daju svojem ugovornom odnosu. Na pitanje pripada li taj odnos kategoriji ugovora o radovima na koji se primjenjuje Direktiva 2004/18, neovisno o tome što su ga potpisnici nazvali ugovorom o zakupu, treba odgovoriti u skladu s potonjom direktivom⁸.

23. Prema mišljenju Suda, „definicija pojma ‚ugovor o javnim radovima’ [...] obuhvaća sve transakcije u kojima se sklapa naplatni ugovor, neovisno o njegovoj kvalifikaciji, između javnog naručitelja i izvođača i čiji je predmet izvođačeva realizacija rada u smislu [članka 1. stavka 2. točke (b)] te direktive. U tom je smislu ključan kriterij to da rad mora biti izveden u skladu s uvjetima koje je odredio javni naručitelj, dok je način izvedbe tog rada nebitan”⁹.

24. U presudi Impresa Pizzarotti Sud je dodao da „kada ugovor sadrži i elemente koji se odnose na ugovor o javnim radovima i elemente koji se odnose na drugu vrstu ugovora, potrebno je vidjeti koji je osnovni predmet tog ugovora kako bi se utvrdila njegova pravna kvalifikacija i primjenjivi propisi Unije”¹⁰.

25. U presudi Helmut Müller, Sud se usredotočio na pitanje naplate i pojasnio da usluga koju javni naručitelj primi na temelju ugovora o javnim radovima, a koja mu mora pružiti izravnu gospodarsku korist, „predstavlja izvođenje radova koje javni naručitelj predviđa da će dobiti”. Ta gospodarska korist postoji kada javni naručitelj postane vlasnik radova koji su predmet ugovora, ali ona se „može utvrditi i [...] ako se utvrdi da javni naručitelj ima zakonsko pravo koje mu osigurava raspolaganje radovima koji su predmet ugovora, u pogledu njihove javne namjene”¹¹.

26. To se raspolaganje može postići ugovorom o zakupu u skladu s njegovim posebnim odredbama. Tako je potvrđeno uvodnom izjavom 4. Direktive 2014/24/EU¹² koja, iako nije primjenjiva *ratione temporis* na ovaj predmet, sadržava isto izuzeće ugovora o zakupu zgrada kao i Direktiva 2004/18¹³.

27. Konkretno, presuda Impresa Pizzarotti donesena je u pogledu zakupa još neizgrađene zgrade (u kojoj je trebao biti smješten sudski kompleks u Bariju, Italija) koji je Sud nakon analize njegova sadržaja kvalificirao kao ugovor o javnim radovima na koji se primjenjuje zakonodavstvo Unije u tom području.

⁸ U presudi od 29. listopada 2009., Komisija/Njemačka (C-536/07, EU:C:2009:664, t. 54.) utvrđeno je da je „pravna kvalifikacija ugovora uređena pravom Zajednice i [...] kvalifikacija koja mu je dana na temelju nacionalnog prava nije relevantna u te svrhe. Isto tako, ni pravna kvalifikacija ugovora koju su dale strane nije odlučujuća”. U istom je smislu donesena presuda od 10. srpnja 2014., Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067; u daljnjem tekstu: presuda Impresa Pizzarotti, t. 40.): „pitanje predstavlja li transakcija ugovor o javnim radovima u smislu prava Unije, uređeno [je] pravom Unije. Nazivanje tog planiranog ugovora ‚ugovorom o zakupu’, što su istaknuli Pizzarotti i talijanska vlada, nije od odlučujućeg značenja u tom smislu”.

⁹ Presuda od 29. listopada 2009., Komisija/Njemačka (C-536/07; EU:C:2009:664, t. 55.)

¹⁰ Presuda Impresa Pizzarotti, t. 41.

¹¹ Presuda od 25. ožujka 2010., Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, t. 48. do 51.)

¹² Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68. i SL 2016., L 311, str. 26.)

¹³ „Pravila Unije o javnoj nabavi ne obuhvaćaju sve oblike trošenja javnih sredstava, već samo one koji su namijenjeni za stjecanje radova, robe ili usluga koji se uzimaju u obzir u okviru ugovora o javnoj nabavi. Trebalo bi razjasniti da bi takva stjecanja radova, robe ili usluga trebali biti podložni ovoj Direktivi, neovisno o tome provode li se kupnjom, putem *leasinga* ili drugih ugovornih oblika [...] Pojam stjecanja trebao bi se tumačiti u širem okviru u smislu postizanja koristi iz dotičnih radova, robe ili usluga, što ne podrazumijeva nužno prijenos vlasništva javnim naručiteljima” (bez isticanja u izvorniku).

28. Među elementima koji su doveli do tog rezultata može se izdvojiti to da je glavni predmet ugovora bilo „izvršenje radova koji odgovaraju uvjetima koje je odredio javni naručitelj [...], čak i kada sadrži obvezu davanja u zakup predmetnih radova”¹⁴ i da je javni naručitelj „poduzeo mjere u svrhu definiranja značajki rada ili barem u svrhu vršenja odlučujućeg utjecaja na njegovo oblikovanje”¹⁵.

29. U tom je predmetu Sud istaknuo da je „osnovni predmet spomenutog ugovora izgradnja tih građevina, što nužno podrazumijeva njihovo kasnije davanje u zakup” i da izvođenje planiranih radova ispunjava „uvjete koje je odredio javni naručitelj”¹⁶. Iz tog zaključujem da je na ugovor o javnim radovima trebalo primijeniti zakonodavstvo Unije.

30. Dodat ću da se izuzeće iz članka 16. točke (a) Direktive 2004/18, u skladu s njegovim tekstem, odnosi na zakup „postojećih zgrada”. Stoga se čini dvojbenim da se proširuje na zakup *nepostojećih*, odnosno neizgrađenih zgrada¹⁷ iako je Sud u presudi Impresa Pizzarotti prihvatio potonje tumačenje.

31. Kako to tumačenje ne bi dovelo do prekomjernog proširenja izuzeća¹⁸, treba isključiti da javni naručitelj prikriva, prividnim dugoročnim ugovorom o zakupu, izravno naručivanje (bez objave i propisnog postupka za sklapanje ugovora) izgradnje zgrade u skladu sa svojim uvjetima i u čijem projektiranju te izvođenju radova ima relevantnu ulogu.

2. Dokazivanje činjenica i njihova ocjena

32. Sudska praksa Suda u pogledu raspodjele tereta dokazivanja u tužbama zbog povrede obveze može se sažeti kako slijedi:

- Općenito, „na Komisiji je da dokaže navodnu povredu obveze. Komisija Sudu mora dostaviti podatke potrebne za njegovo ispitivanje postojanja te povrede i pritom se ne može pozvati ni na kakvu presumpciju”¹⁹.
- „Međutim, države članice su na temelju [načela lojalne suradnje] obvezne olakšati Komisiji izvršavanje njezinih zadaća [...]. Osobito treba uzeti u obzir činjenicu da, što se tiče provjere pravilne primjene u praksi nacionalnih odredbi namijenjenih osiguranju djelotvorne provedbe direktive, Komisija, koja ne raspolaže vlastitim istražnim ovlastima u tom području, uvelike ovisi o podacima koje dostave mogući podnositelji pritužbe i država članica na koju se to odnosi”²⁰.
- „Iz toga konkretno proizlazi da, kada Komisija podnese dovoljno dokaza iz kojih su vidljive određene činjenice na državnom području tužene države članice, na toj je državi članici da utemeljeno i detaljno ospori podnesene podatke i posljedice koje iz njih proizlaze”²¹.

14 Izreka presude Impresa Pizzarotti

15 *Ibidem*, t. 42. do 44., uz upućivanje na točku 67. presude od 25. ožujka 2010., Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168)

16 *Ibidem*, t. 42. i 43. i upućivanje na utvrđenja u presudi od 29. listopada 2009., Komisija/Njemačka (C-536/07, EU:C:2009:664, t. 55. i 56.)

17 Tako je istaknuo nezavisni odvjetnik N. Wahl u svojem mišljenju u predmetu Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:335, t. 53. i 60.). Sud, međutim, nije prihvatio tu tezu.

18 Komisija u točki 54. svoje replike upozorava na to proširenje: „Činjenica da je Wiener Wohnen spojio dva elementa u istom ugovoru upućuje na opasnost od neograničenog proširenja primjene članka 16. točke (a) Direktive 2004/18 na neizgrađene zgrade. Ta praksa dovela bi do toga da bi se na preveliki broj ugovora o javnim radovima, koji su obično najskuplji, primijenilo izuzeće koje je prvotno predviđeno samo za postojeće zgrade, zbog čega bi ti ugovori mogli više koštati porezne obveznike”.

19 Presuda od 9. prosinca 2010., Komisija/Španjolska (C-340/09, neobjavljena, EU:C:2010:758, t. 36.)

20 Presuda od 18. listopada 2012., Komisija/Ujedinjena Kraljevina (C-301/10, EU:C:2012:633, t. 71.)

21 *Ibidem*, t. 72.

C. Činjenični elementi i kvalifikacija ugovora

1. Komisijini argumenti

33. Ugovor od 25. svibnja 2012., koji je potpisao Wiener Wohnen, ne odgovara „uobičajenom” zakupu nekretnine jer je to javno tijelo nadziralo izvođenje radova isto kao što bi to učinio investitor.

34. Ugovor se oslanja na dva priloga²² koji sadržavaju specifikacije koje su dogovorile strane i koje nadilaze ono što se uobičajeno ugovara ugovorom o zakupu²³.

35. Wiener Wohnen je 2012. od jednog pružatelja usluga²⁴ naručio analizu tržišta poslovnih zgrada u Beču. Prema toj analizi, od deset potencijalno prikladnih lokacija, šest je ispunjavalo uvjete, a „Gate 2” je bila najprikladnija. U toj se analizi priznaje da je Wiener Wohnen mogao utjecati na planiranje projekta.

36. Republika Austrija priznala je da bi izgradnja nekretnine „Gate 2” bila upitna da Wiener Wohnen nije sklopio sporni ugovor.

37. Wiener Wohnen je, kao da je riječ o investitoru, društvu SET Bauprojektierung GmbH, koje je specijalizirano za izradu građevinskih projekata, povjerio nadzor nad izvođenjem radova.

38. Komisija u replici tvrdi da:

- Izgradnja nekretnine bila je glavni predmet ugovora kao nužni uvjet za zakup. Težina obveze izgradnje naglašena je, na primjer, težinom ugovorne kazne za kašnjenja u primopredaji (30 000 eura dnevno bez ograničenja).
- Nekretnina je izgrađena u skladu sa specifikacijama koje je sastavio Wiener Wohnen. Prije sklapanja ugovora zgrada još nije bila u potpunosti projektirana niti konačno odobrena. Unesene su znatne prilagodbe, konkretno, na zahtjev Wiener Wohnena.
- Nije bila riječ o „standardnoj nekretnini”, poput bilo koje druge poslovne zgrade. Iako su neke specifikacije iz „Dopune” takve prirode²⁵ upravo je Wiener Wohnen u velikoj mjeri odabrao tehnička rješenja i na taj način odredio konačni koncept zgrade. Iako se u više tih specifikacija upućuje na norme ÖNORM²⁶, one su samo preporuke koje su obvezujuće isključivo ako je tako određeno ugovorom.
- Zbog svojeg broja i razine detalja specifikacije iz „Dopune” uvelike nadilaze uobičajene zahtjeve zakupnika²⁷.

22 Naslov priloga od 16. svibnja 2012. je „Opis zgrade i njezine opreme” (u daljnjem tekstu: Opis), a priloga od 22. svibnja 2012. „Dopuna opisa zgrade i njezine opreme” (u daljnjem tekstu: „Dopuna”). Osim toga, ugovoru o zakupu su priloženi i dodaci od 25. listopada 2012. te od 16. i 17. rujna 2013.

23 Komisija kao primjere konkretno navodi niz zahtjeva koji se odnose na fasadu, unutarnje zidove, konstrukciju i podne obloge, stropove, tehničke instalacije, trafostanice, podno grijanje, crpke, sanitarne instalacije, odvod otpadnih voda, materijale koje treba upotrebljavati za elektroničke uređaje te opće smjernice za električne i protupožarne sustave.

24 Immovent, Immobilien und Facility Management Consulting, GmbH (u daljnjem tekstu: Immovent)

25 Mogle bi se kvalificirati kao „standardne” u smislu da svaka zgrada uključuje, na primjer, fasadu, unutarnje zidove, pod i sustav cijevi za odvodnju otpadnih voda.

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

27 Na primjer, ističe da bi zakupnika zanimalo rade li cijevi dobro, ali ne i odabrana vrsta instalacije ni jesu li, u slučaju spojenih instalacija, odvodne cijevi od polietilena (PE) ili akrilonitril-butadien-stirena (ABS).

- U tim okolnostima nije iznenađujuće da se u jednom novinskom članku naslovljenom *Eine Zentrale nach Maß* (Centar po mjeri) upućuje na to da je Wiener Wohnen možda zaobišao pravila o javnoj nabavi pri izgradnji zgrade „Gate 2”²⁸.
- Mogućnost izgradnje mosta koji spaja krila A i B zgrade bila je predviđena u „Opisu” te je prenesena u „Dopunu” kao čvrst zahtjev. Odluka Wiener Wohnena tri dana prije potpisivanja ugovora bila je odlučujuća za njegovo izvršenje.
- Tvrdnja Republike Austrije da bi se katovi 6. do 8. krila B u svakom slučaju izgradili nije u skladu s odredbom 1.9. ugovora. Izgradnja mosta i tih katova ovisila je isključivo o Wiener Wohnenu.
- Prijenos poslovnih prostora na Wiener Wohnen Haus & „Außenbetreuung GmbH” nije iznenađujući jer ih je Wiener Wohnen mogao davati u zakup službama Grada Beča ili pravnom osoba u kojima on ima većinski udio.
- Dugo trajanje ugovora upućuje na to da investitor želi osigurati povrat ulaganja u izgradnju zgrade.

2. Argumenti Republike Austrije

39. Prilikom objašnjavanja konteksta koji je prethodio sklapanju ugovora, Republika Austrija navodi da je Wiener Wohnen najveći upravitelj općinskih stanova u Europi i da kao takav preuzima odgovornost prema više od 500 000 ljudi u otprilike 200 000 općinskih stanova.

40. U okviru strateškog preusmjeravanja poduzeća odlučeno je da će se svi njegovi prostori koji su prethodno bili raspodijeljeni po gradu Beču preseliti na jedno mjesto. Novo sjedište trebalo je biti dostupno u trenutku stupanja na snagu nove organizacije (krajem 2014.) i prihvatiti barem 750 zaposlenika, a nakon planiranog proširenja, do 1000.

41. Budući da nije postojala mogućnost kupnje ili izgradnje nekretnine u skladu s njegovim potrebama²⁹, jedino rješenje do kojeg je došao Wiener Wohnen bilo je zakupiti standardnu postojeću ili već isplaniranu poslovnu zgradu.

42. Početkom 2012., kako bi stekao opću predodžbu o poslovnim nekretninama koje su bile dostupne na bečkom tržištu i koje su ispunjavale njegove zahtjeve, Wiener Wohnen angažirao je društvo Immovement radi izrade sveobuhvatne analize tog tržišta.

43. Kriteriji za odabir obuhvaćali su sljedeće minimalne zahtjeve: korisnu površinu od više od 20 000 m², mogućnost korištenja prizemlja kao službe za korisnike, dovoljan broj parkirnih mjesta (barem 300) i primopredaju ureda najkasnije krajem trećeg tromjesečja 2014.

44. Analizom društva Immovement utvrđeno je deset poslovnih nekretnina od kojih su neke već bile izgrađene ili su bile u izgradnji, a neke su bile projektirane, ali još neizgrađene. Od tih deset nekretnina, šest je ispunjavalo zahtjeve Wiener Wohnena, pri čemu je zgrada „Gate 2” bila najprikladnija.

45. U trenutku izrade te analize planiranje nekretnine „Gate 2” već je bilo dovršeno. Planovi su bili spremni, ali projekt još nije bio proveden.

²⁸ Članak je objavljen u austrijskom tisku 22. rujna 2016. (Prilog C3 replici) i u njemu se osim upućivanja na zaobilaznje pravila o javnoj nabavi navodi da je Wiener Wohnen intenzivno sudjelovao u planiranju i izgradnji nekretnine.

²⁹ Kao tijelo zaduženo za izgradnju socijalnih stanova, Wiener Wohnen bio je u načelu obvezan uložiti svoja financijska sredstva u održavanje i poboljšanje stambenih zgrada kojima upravlja.

46. Osim određenih zahtjeva u pogledu površine i broja parkirnih mjesta, pregovori u pogledu ugovora o zakupu odnosili su se prije svega na iznos zakupnine i operativnih troškova.

47. Jedini aspekti radova u koje je Wiener Wohnen mogao intervenirati uključivali su podjelu prostora i korištenje ureda, kao i osnovnu opremu zakupljenih površina. Ta je intervencija bila ograničena strukturom zgrade i odnosila se na manje pojedinosti opreme.

48. „Opisom” i „Dopunom” utvrđeni su samo zahtjevi koje na temelju obveznih pravila moraju poštovati sve moderne poslovne zgrade.

49. U skladu s pravnom teorijom i sudskom praksom koje su prevladavale u Austriji u trenutku sklapanja ugovora, zakup poslovnih nekretnina čija izgradnja još nije dovršena, ali koje su u potpunosti planirane, bio je obuhvaćen izuzećem predviđenim člankom 10. točkom 8. BVergG-a iz 2006. (koji odgovara članku 16. točki (a) Direktive 2004/18).

50. U skladu s istom pravnom teorijom, opseg stvarnog utjecaja na građevinski projekt bio je odlučujući za utvrđivanje toga je li riječ o ugovoru o zakupu ili ugovoru o radovima. U tom kontekstu, postojanje dovršenih projekata i građevinske dozvole izdane prije početka pregovora o zakupu ima značajnu ulogu.

51. Što se tiče nekretnine „Gate 2”, ona je bila planirana kao glavna poslovna zgrada koja nije uključivala posebne skupine zakupnika ni posebne uvjete.

52. Wiener Wohnen nije bio jedini zakupnik te poslovne zgrade³⁰. Osim toga, do nedavno je dio površina bio u podzakupu društva Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH.

53. Što se tiče trajanja ugovora, on se općenito ne može redovno raskinuti do 1. listopada 2040., a za površine koje su opcionalno zakupljene u krilu B, do 1. travnja 2041. Stoga Wiener Wohnen ne može jednostrano raskinuti ugovor bez suglasnosti zakupodavca, osim u slučaju izvanrednog raskida.

54. Što se tiče nadzora nad izvođenjem radova, svrha angažmana društva SET Bauprojektierung GmbH bila je osigurati poštovanje rokova predviđenih za stavljanje nekretnine na raspolaganje i dovoljno rano otkriti moguća kašnjenja ili nedostatke. Tako je Wiener Wohnen mogao poduzeti odgovarajuće mjere kao što su, na primjer, produljenje određenih ugovora o zakupu nekretnina koje su još bile u upotrebi.

55. Taj se nadzor odnosio isključivo na prostore koji su bili predmet ugovora o zakupu, isključujući ostale dijelove nekretnine poput, na primjer, kotlovnica za sustav grijanja, instalacija koje se odnose na dizala, automatizaciju ili zajedničke ili vanjske dijelove.

56. Republika Austrija potkrepljuje svoje stajalište sljedećim argumentima, od kojih su neki uključeni u njezin odgovor na repliku:

- Analiza društva Immovent ne upućuje na to da su uvjeti Wiener Wohnena prelazili uobičajene želje zakupnika. Uobičajeno je da zakupnik, čija je namjera obvezati se na korištenje velike poslovne zgrade tijekom dugog razdoblja, prije donošenja svoje odluke jasno želi znati u kojoj mjeri zakupodavac prihvaća moguće prilagodbe koje zakupnik smatra potrebnima.

³⁰ Ističe da je Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (Sindikata općinskih zaposlenika – umjetnost, mediji, sport i slobodna zanimanja), koji ne ovisi ni o Wiener Wohnenu ni o Gradu Beču, bio i još jest zakupnik prizemlja krila B i da tamo ima svoj informacijski centar.

- „Opis” je sastavio zakupodavac, a „Dopuna” ne sadržava nijedan uvjet koji je drukčiji od uvjeta koji su uobičajeno predviđeni za poslovnu zgradu. Potonji dokument uključuje sažetak regulatornih zahtjeva u skladu s tehničkim stanjem, koji su primjenjivi na sve poslovne nekretnine i koji ne vrijede samo za Grad Beč³¹ a trebalo ih je u svakom slučaju poštovati.
- Što se tiče građevinske dozvole, Wiener Wohnen, kao zakupnik, nije sudjelovao u postupku podnošenja zahtjeva za izdavanje građevinskih dozvola i ne može imati uvid u spis građevinske dozvole niti podnositi dokumente u tom postupku.
- Od početka se znalo da Wiener Wohnen nije bio jedini zakupnik zgrade. Činjenica da su druge osobe zakupile prostore u zgradi i da ih još upotrebljavaju dokazuje da površine ureda odgovaraju standardnim modelima koje mogu izravno zakupiti treće osobe pod uobičajenim tržišnim uvjetima, a ne samo, kao što to smatra Komisija, podzakupnici Wiener Wohnena.
- Trajanje ugovora (25 godina) u skladu je sa stvarnim stanjem na tržištu nekretnina. Samo su pod tim uvjetima zakupodavci spremni dati u zakup znatne površine po pristupačnim cijenama.
- Prema mišljenju Wiener Wohnena, odricanje od mogućnosti raskida ugovora bio je manji problem jer je ponovna selidba 1000 zaposlenika bila neprihvatljiva s obzirom na njezin trošak i nepostojanje alternativnih odgovarajućih mjesta.
- Prejednostavno je pretpostaviti, kao što to čini Komisija, da je trajanje ugovora od 20 godina dovoljno kako bi se amortizirali troškovi izgradnje jer ne uzima u obzir da je zakupodavac odgovoran i za sve radove održavanja i popravka, da mora snositi troškove financiranja, pokrivati troškove upravljanja itd.
- Čini se da Komisija nije uzela u obzir da, osim što nadzor nad radovima obavlja investitor, obično ga provodi i zakupnik kada je riječ o složenom planu selidbe.

3. Ocjena

57. Primjenom sudske prakse Suda (osobito pravne teorije iz presude Impresa Pizzarotti) u ovom predmetu treba analizom argumenata i podnesenih dokaza razjasniti je li osim zakupa još neizgrađene zgrade postojao i ugovor o javnim radovima koji je zapravo glavni predmet ugovora.

58. Kako bi se došlo do te kvalifikacije valja provjeriti je li u konačno odobrenom građevinskom projektu i naknadnoj izgradnji zgrade Wiener Wohnen imao „odlučujući utjecaj” i je li ta nekretnina izgrađena kao odgovor na „uvjete koje je odredio javni naručitelj”³².

a) Odlučujući utjecaj Wiener Wohnena na konačni projekt i naknadno izvođenje radova na zgradi

59. U trenutku sklapanja ugovora (25. svibnja 2012.) poduzeće koje je vlasnik zemljišta još nije započelo s građevinskim radovima. Osim toga, nije imalo dozvolu za izgradnju zgrade³³.

60. Kako bi opovrgnula tvrdnju da je projekt zgrade izrađen kao posljedica potpisivanja ugovora, Republika Austrija tvrdi da Wiener Wohnen nije utjecao na taj projekt i da je nekretnina već bila isplanirana kada je ugovor potpisan.

31 Upućuje na „specifikaciju za administrativne zgrade koju je izradila služba MA34” (Služba za upravljanje gradnjom i graditeljstvom u Beču).

32 Vidjeti gore točke 21. do 31. ovog mišljenja.

33 U točki 8. svojeg pisanog odgovora na pitanje Suda, Republika Austrija tvrdi da je zahtjev za izdavanje dozvole podnesen 17. srpnja 2012. i da je dozvola izdana 13. studenoga 2012.

61. Da je to bio slučaj, logično bi bilo da je Republika Austrija dostavila originalni arhitektonski projekt (i, ovisno o slučaju, građevinsku dozvolu) u kojem su navedene specifikacije i datum njegova odobrenja. Tim bi se dokazom, koji je lako dostupan tuženiku, potvrdilo da je cijeli projekt postojao 25. svibnja 2012. i moglo bi se provjeriti da je ono što je izgrađeno u skladu s njim.

62. U nedostatku tog dokaza, objektivni elementi prosudbe koje ću iznijeti u nastavku, a koji su preuzeti iz spisa, navode me na zaključak da taj projekt nije bio konačan i da je volja Wiener Wohnena bila odlučujuća za njegovu konačnu verziju i izgradnju zgrade.

63. Čak i ako se prihvati da je vlasnik zemljišta u svibnju 2012. imao prvotni arhitektonski projekt, činjenica je da je on pretrpio vrlo značajne izmjene koje je Wiener Wohnen zahtijevao da bi potpisao ugovor ili koje je naknadno naložio te da su se one odrazile u izgradnji zgrade.

64. Ispitivanje dokumenata „Opis” i „Dopuna”³⁴ (Prilog 1.3. ugovoru), koji su ocijenjeni kao cjelina, pokazuje da Wiener Wohnen nije samo naložio odlučujuće prilagodbe projekta zgrade nego je mogao i odlučivati (što je i učinio) o tome kako će izgledati njezina konačna struktura.

65. Tako je odredbom 1.9. ugovora bila predviđena mogućnost da Wiener Wohnen ugovori izgradnju 6. do 8. kata krila B. Ta je mogućnost ostvarena 25. listopada 2012.³⁵

66. Isto se dogodilo s mostom koji je spaja dva krila zgrade. Wiener Wohnen mogao je odabrati da krila A i B budu spojena mostom kako bi zgrada imala strukturu zatvorenog sustava.

67. Te su dvije dopune nedvojbeno važan arhitektonski dodatak koji utječe na strukturu zgrade i koje se, u skladu s ugovorom³⁶ ne bi gradile da se Wiener Wohnen s time nije složio. Volja tog javnog tijela bila je stoga odlučujuća za izgradnju zgrade koja ima oblik i značajke po njegovoj želji.

68. Osim toga, usporedbom grafičkih dokumenata (fotografije maketa i planova) projekta, kako su navedeni u „Opisu”, sa stvarno izgrađenim, na prvi su pogled vidljive velike razlike. U tom su dokumentu krila A i B zgrade iste visine i nema mosta koji ih povezuje, a upravo je Wiener Wohnen prema vlastitom nahodjenju mogao mijenjati te strukturne specifikacije nekretnine.

69. Stoga je Wiener Wohnen mogao odlučujuće utjecati (što je i učinio) na izmjene prvotnog građevinskog projekta na način da je naložio arhitektonske promjene koje je smatrao svrsishodnima.

70. Do istog se zaključka dolazi tumačenjem istraživanja tržišta koje je naručio Wiener Wohnen³⁷, na temelju kojeg je odabrano zemljište za izgradnju zgrade „Gate 2”.

71. Točno je da taj dokument (koji je, ponavljam, podnijela Republika Austrija) nije služben, ali odražava način na koji je poduzeće, kojem se Wiener Wohnen obratio radi odabira zemljišta, shvaćalo položaj svojeg nalogodavca, logično, na temelju uputa ili informacija koje mu je Wiener Wohnen dostavio.

72. „Management Summary” tog dokumenta sadržava sljedeće tvrdnje:

- „Zakupnik [Wiener Wohnen] još može utjecati na planiranje projekta tako da bude u skladu s traženim specifikacijama”.

³⁴ Na omotu „Dopune” vidljivo je da je izradu osigurao Wiener Wohnen.

³⁵ Prvi dodatak ugovoru (Prilog A3 tužbi)

³⁶ Odredbe 1.2. i 1.9.

³⁷ Dokument je podnijela Republika Austrija u odgovoru na Komisijino obrazloženo mišljenje.

- „Tim se kriterijem [A10] ocjenjuje mogućnost utjecaja na temeljna pitanja planiranja. Taj utjecaj ne podrazumijeva samo uzimanje u obzir volje zakupnika u pogledu unutarnjeg uređenja nego i pridržavanje osnovnih pretpostavki koje se odnose na planiranje, poput pristupnih putova te vanjske i unutarnje opreme, strukture zgrade (označivanje prostora, dužina fasade itd.), strukture prostora u prizemlju, sustava opskrbe i evakuacije, kao i tehničkog koncepta izgradnje” (točka 5.2.10.).
- „U ovom projektu još nije utvrđeno konačno arhitektonsko rješenje za fasadu [...] Cijeli objekt uključuje samo dva bloka (blok A i blok B) koji se mogu povezati mostom izgrađenim u tu svrhu.”
- „Zakupnikovi zahtjevi u pogledu osnovnih aspekata pristupnih putova i opreme, strukture zgrade i koncepta mogu se učinkovito uključiti i razmotriti s obzirom na stanje planiranja projekta.”

73. Ti elementi prosudbe potkrjepljuju činjenicu da ugovorni položaj Wiener Wohnena ne odgovara tipičnom ugovornom položaju običnog zakupnika nego stvarnog *naručitelja* koji nalaže vlastita rješenja pri izradi projekta zgrade i njegovoj izvedbi.

74. U „Dopuni” koju je sastavio, Wiener Wohnen je naveo toliko detaljne specifikacije radova, a u nekim slučajevima toliko relevantne, da prekoračuju ono što inače dogovaraju zakupodavac i zakupnik. Suprotno tvrdnjama Republike Austrije, te se specifikacije ne ograničavaju na one koje su strogo obvezne prema urbanističkim pravilima.

75. Točno je da, kao što to tvrdi Republika Austrija, u slučaju razvoja još neizgrađenih nekretnina velikih dimenzija, (budući) zakupnik može s vlasnikom pregovarati o tome da se na zgradi učine određene prilagodbe koje su mu u interesu. Međutim, u ovom predmetu zahtijevane prilagodbe bile su takvog opsega i uloga Wiener Wohnena bila je toliko relevantna da prekoračuju ono što je uobičajeno u odnosu između zakupodavca i zakupnika.

76. Uvjerenje da je Wiener Wohnen postupao kao *naručitelj* dodatno je potvrđeno okolnošću da je osim vlasnika i on imenovao svoje tehničare za nadzor nad provedbom projekta. Ni to nije funkcija koju inače ima zakupnik još neizgrađene nekretnine jer nije uobičajeno da preuzme nadzor nad radovima koji nisu njegovi.

77. Republika Austrija nudi objašnjenje u tom pogledu koje ne smatram uvjerljivim. Tvrdi da je cilj tog nadzora bio osigurati poštovanje rokova primopredaje zgrade. Zbog toga je, dodaje, angažirala vanjsko poduzeće (SET Bauprojektierung GmbH) kako bi dovoljno rano utvrdilo moguća kašnjenja i omogućilo Wiener Wohnenu da reagira.

78. Republika Austrija u svojem odgovoru na tužbu ističe da je društvo SET Bauprojektierung GmbH stvarno bilo zaduženo za osiguranje poštovanja rokova, ali i za kontrolu kvalitete izvedbe opreme pomoću ispitivanja. Kontrola je podrazumijevala nadzor kvalitete i količine predviđene Opisom zgrade te je uključivala redovno podnošenje izvješća Wiener Wohnenu³⁸.

79. Te funkcije nadilaze jednostavnu ocjenu poštovanja rokova za izvođenje radova. Štoviše, Republika Austrija je, ističući važnost rokova primopredaje, u svojoj argumentaciji naglasila da je ugovorna kazna za kašnjenje iznosila 30 000 eura dnevno; riječ je, naime, o naknadi koja je dovoljno visoka da se njome mogu podmiriti prijelazna rješenja ako vlasnik pravodobno ne preda nekretninu.

³⁸ Odgovor na tužbu, t. 27.

b) Izgradnja zgrade kao odgovor na „uvjete koje je odredio javni naručitelj”

80. Komisija je tvrdila da se bez potpisivanja ugovora zgrada ne bi izgradila. Republika Austrija pak priznaje da je sklapanje ugovora bilo odlučujuće za izgradnju nekretnine: „Zakup poslovne zgrade koja je već bila isplanirana i spremna za realizaciju [pokrenuo je], u konačnici, izgradnju”³⁹.

81. To priznanje upućuje na to da su potrebe javnog naručitelja za nekretninom stvarno bile prevladavajuće za izvođenje radova. To samo po sebi možda ne bi bilo dovoljno za potvrdu povrede obveze koja se stavlja na teret Republici Austriji, ali tome se dodaje činjenica da su strukturni i drugi oblici elemenata zgrade prilagođeni, kao što sam to već istaknuo, upravo tim potrebama.

82. U Prilogu C5 replici, Komisija je podnijela dokument koji je izdalo poduzeće (Grupa IC) od kojeg je novi stjecatelj zgrade (WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH) naručio izradu izvješća. U tom se dokumentu navodi da „su planiranje i izgradnja poslovne zgrade Gate 2, koja se nalazi na adresi Guglgasse 2-4, 1030 Beč, u potpunosti u skladu s potrebama jedinog zakupnika, Wiener Wohnena”⁴⁰.

83. Republika Austrija u odgovoru na repliku samo lišava taj dokument pravne vrijednosti i ističe da poduzeće Grupa IC nije imalo ugovorni odnos s Wiener Wohnenom. To je nedovoljan odgovor jer je u dokumentu jasno navedeno da je intervencija Grupe IC trajala od 15. siječnja 2013 do 31. ožujka 2015. te se stoga preklapala s nadzorom nad radovima Wiener Wohnena.

84. Ako je Grupa IC obavljala iste zadaće, bila je detaljno upoznata s projektom čiju je izvedbu trebala nadzirati i bila je u poziciji izdati utemeljeno mišljenje u tom pogledu.

85. S obzirom na prethodno navedeno, treba dodati da javno tijelo poput Wiener Wohnena može, čak i mora (kako bi ispunilo opći interes kojim se opravdava njegovo postojanje), računati na zgrade prilagođene njegovim potrebama. Ništa u tom pogledu nije neuobičajeno i bilo bi logično, na primjer, da se, s obzirom na te potrebe koje su odražene u odredbama specifikacija, odabere bilo koju nekretninu koja je ušla u izbor.

86. Prigovor koji mu se može uputiti (a koji je u konačnici i Komisijin prigovor) jest da za taj odabir nije proveo postupak javne nabave u kojem sa svim jamstvima i s obzirom na podnesene ponude može te ponude međusobno usporediti kako bi se odlučio za onu koja najviše ide u prilog javnim interesima. Upravo je to smisao Direktive 2004/18.

c) Drugi elementi koji se uzimaju u obzir

1) Trajanje ugovora

87. Prema Komisijinu mišljenju, dugo trajanje ugovora (koji se ne može redovno raskinuti do 2040.)⁴¹ dodatan je pokazatelj da nije riječ samo o zakupu. Zbroj svih zakupnina u određenom razdoblju mogao bi se tumačiti kao odgođena naknada za same građevinske radove na zgradi.

88. Međutim, taj bi argument zahtijevao temeljitiju ekonomsku studiju kojom bi se uzelo u obzir trajanje amortizacije radova, kao i troškovi vlasnika za održavanje zgrade tijekom minimalnog ugovornog razdoblja. Budući da nema tih podataka, argument se ne može prihvatiti.

³⁹ *Ibidem*, t. 46. Prema njezinu mišljenju, ta okolnost ne znači da je zgrada bila projektirana ili izgrađena u skladu sa zahtjevima javnog naručitelja.

⁴⁰ Bez isticanja u izvorniku

⁴¹ Nakon različitih poteškoća, odredbom 2.4. drugog dodatka ugovoru o zakupu od 17. rujna 2013. (Prilog A4 tužbi) konačno je određeno minimalno trajanje od 25 godina.

2) Namjena zgrade

89. Činjenica da je zgrada „Gate 2” bila namijenjena ispunjavanju potreba Wiener Wohnena objašnjava da ju je to javno tijelo zapravo zauzelo gotovo u cijelosti, što je u skladu s njegovom intervencijom u planiranje i izgradnju zgrade.

90. Republika Austrija, kao dokaz da to tijelo nije bilo isključivi zakupnik te zgrade, navodi da su u nekim uredima zgrade bili i drugi zakupnici.

91. Međutim, taj argument nije uvjerljiv jer je nesporno da je Wiener Wohnen mogao prenijeti korištenje svojih ureda službama Grada Beča ili pravnim osobama u kojima Grad Beč ima većinski udio, za što je bio izričito ovlašten odredbom ugovora⁴². Njime se samo dokazuje da je zgrada u cjelini bila namijenjena javnim potrebama Grada Beča, uključujući potrebe njegovih tijela ili instrumentalnih subjekata.

92. Ta isključivost nije dovedena u pitanje postojanjem malog ureda (158,45 m²) u zgradi, koji je dan u zakup Sindikatu općinskih zaposlenika kao informacijski centar, ili drugih prostora (2590,15 m²), koji su dani u podzakup društvu Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH⁴³. Površina koja je dana u podzakup tim subjektima, koji su povezani s glavnim zakupnikom, iznosi samo 9,1 % ukupne površine zgrade.

3) Građevinska dozvola

93. Obje su stranke raspravljale o tome što je Republika Austrija u svojem odgovoru na tužbu nazvala „osnovno odobrenje” (za gradnju)⁴⁴.

94. Republika Austrija nije osporila nijednim čvrstim argumentom Komisijino ustrajanje na činjenici da građevinska dozvola nije izdana trenutku sklapanja ugovora⁴⁵, nego je odlučila dati neprecizne argumente koji ne pojašnjavaju to činjenično pitanje.

95. Komisija se u replici pitala zašto Republika Austrija nije priložila građevinske dozvole, a ona je u odgovoru na repliku odgovorila da Wiener Wohnen kao zakupnik nije sudjelovao u postupku izdavanja tih dozvola i da nije ovlašten pristupiti spisu niti podnositi dokumente u tom postupku.

96. Odgovor Republike Austrije ponovno nije bio zadovoljavajući. Iako je već bilo teško priznati da su urbanistička tijela Grada Beča (o kojem u konačnici ovisi Wiener Wohnen) Wiener Wohnenu uskratili pravo na pristup urbanističkom spisu, čak i *a posteriori*, još je manje vjerodostojna činjenica da Republika Austrija, suočena s tužbom zbog povrede obveze pred Sudom, nije mogla dobiti (i podnijeti) te dokumente.

97. Zbog toga je Sud po službenoj dužnosti postavio pitanje Republici Austriji kako bi u tom pogledu iznijela pojašnjenja. Kao što sam to već naveo⁴⁶, njezin odgovor dokazuje da u trenutku potpisivanja ugovora građevinska dozvola nije bila ni zatražena.

42 Odredba 10.1.1. ugovora

43 Ti podaci proizlaze iz pisanog odgovora Republike Austrije na pitanja Suda.

44 Republika Austrija u točki 28. replike priznaje da izraz „osnovna odobrenja”, koji je upotrijebila svojem odgovoru na tužbu, nije u skladu s izrazima iz propisa o gradnji Land Wien (Savezna pokrajina Beč, Austrija). Dodaje da zapravo osnovno odobrenje odgovara prvotnoj građevinskoj dozvoli.

45 Komisija podsjeća da je Republika Austrija u svojem odgovoru na tužbu (točka 41.) priznala da je postojanje građevinske dozvole prije ugovora bio jedan od kriterija za ocjenu primjene izuzeća iz članka 16. točke (a) Direktive 2004/18 (vidjeti točku 50. ovog mišljenja).

46 Vidjeti točku 59. i bilješku 23. ovog mišljenja.

4) „*Venire contra factum proprium*” Republike Austrije

98. Republika Austrija je na Komisijino pismo opomene reagirala priznanjem povrede obveze koja joj se stavlja na teret. Bila je to uvjerljiva reakcija s obzirom na podatke navedene u tom pismu.

99. To se priznanje zadržalo i u naknadnim dopisima Republike Austrije⁴⁷. Točno je da Republika Austrija može naknadno odstupiti od svojeg prethodnog stajališta ako ga smatra pogrešnim. Međutim, kako bi bila vjerodostojna, ta promjena stajališta zahtijeva čvršće opravdanje od onog iznesenog u odgovoru na tužbu i odgovoru na repliku.

100. Tvrdnja da je povreda obveze prvotno priznata kako bi se omogućio dijalog s Komisijom, nije previše uvjerljiva. Predsudske faze tužbe zbog povrede obveze omogućuju postizanje sporazumnog rješenja koje nije nužno uvjetovano prvotnim *priznanjem krivnje*.

101. Svrha načela lojalne suradnje država članica s Komisijom jest da joj države članice olakšaju obavljanje zadaće. Postupanje koje se nakon nedvosmislenog i opetovanog priznanja povrede koja se stavlja na teret pretvori u promjenu nedovoljno objašnjenog stajališta, nije u skladu s tim načelom.

D. Sažetak

102. Zajedničko ispitivanje argumenata stranaka i podnesenih dokaza navodi me na zaključak da je glavni predmet ugovora koji su 25. svibnja 2012. potpisali Vectigal Immobilien GmbH BremCo KG i Wiener Wohnen bila izgradnja zgrade „Gate 2” u čiji je projekt i izgradnju javno tijelo interveniralo na odlučujući način kako bi ih uskladilo sa svojim potrebama.

103. U tim okolnostima, s obzirom na sudsku praksu Suda kojom se tumači članak 16. točka (a) Direktive 2004/18, Wiener Wohnen je u skladu s člancima 2., 28. i člankom 35. stavkom 2. te direktive trebao provesti postupak za sklapanje ugovora koji je predviđen za ugovore o javnim radovima.

V. Zaključak

104. Zbog navedenih razloga, predlažem Sudu da prihvati Komisijinu tužbu i da:

- Utvrdi da je Republika Austrija povrijedila svoje obveze iz članka 2., 28. i članka 35. stavka 2. Direktive 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama, time što je Grad Beč-Wiener Wohnen izravno dodijelio ugovor od 25. svibnja 2012. u vezi s poslovnom zgradom na adresi Guglgasse 2-4 u Beču, bez provedbe natječajnog postupka dodjele i odgovarajuće objave obavijesti.
- Naloži Republici Austriji snošenje troškova.

⁴⁷ Vidjeti točke 9. i 10. ovog mišljenja.