



Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (peti senat)

z dne 22. aprila 2021 *

„Neizpolnitev obveznosti države – Direktiva 2004/18/ES – Javna naročila gradenj – Pogodba med javnim subjektom in zasebnim podjetjem, ki se nanaša na najem še nezgrajene stavbe – Člen 1 – Izvedba gradnje, ki ustreza zahtevam najemnika – Člen 16 – Izključitev“

V zadevi C-537/19,

zaradi tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 258 PDEU, vložene 12. julija 2019,

Evropska komisija, ki jo zastopajo L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers in P. Ondrůšek, agenti,

tožeča stranka,

proti

Republiki Avstriji, ki jo je sprva zastopal M. Fruhmann, nato J. Schmoll, agenta,

tožena stranka,

SODIŠČE (peti senat),

v sestavi E. Regan, predsednik senata, M. Ilešič, E. Juhász (poročevalec), C. Lycourgos in I. Jarukaitis, sodniki,

generalni pravobranilec: M. Campos Sánchez-Bordona,

sodni tajnik: A. Calot Escobar,

na podlagi pisnega postopka,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 22. oktobra 2020

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Evropska komisija s tožbo Sodišču predlaga, naj ugotovi, da Republika Avstrija s tem, da je Stadt Wien-Wiener Wohnen (v nadaljevanju: Wiener Wohnen) neposredno, brez izvedbe postopka javnega razpisa in brez ustreznega obvestila o javnem naročilu, oddalo naročilo z dne 25. maja 2012 v zvezi s poslovno stavbo na Guglgasse 2–4 na Dunaju (Avstrija), ni izpolnila obveznosti iz členov 2,

* Jezik postopka: nemščina.

28 in 35(2) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

Pravni okvir

Pravo Unije

2 V uvodnih izjavah 2 in 24 Direktive 2004/18 je bilo navedeno:

„(2) Za oddajo naročil, sklenjenih v državah članicah v imenu države, regionalnih ali lokalnih in drugih oseb javnega prava, veljajo načela iz Pogodbe in zlasti načelo prostega pretoka blaga, načelo svobode ustanavljanja in načelo svobode opravljanja storitev ter načela, ki iz teh izhajajo, kot so načelo enakopravnosti, načelo nediskriminacije, načelo vzajemnega priznavanja, načelo sorazmernosti in načelo transparentnosti. Vendar je za naročila nad določeno vrednostjo priporočljivo na podlagi teh načel sprejeti določbe o usklajevanju nacionalnih postopkov za dodeljevanje teh naročil na ravni Skupnosti, da bi zagotovili njihovo uresničevanje in jamčili odpiranje javnih naročil konkurenci. Te usklajevalne določbe bi se zato morale razlagati v skladu z zgoraj navedenimi pravili in načeli ter z drugimi pravili iz Pogodbe.

[...]

(24) Glede na storitve imajo naročila za nakup ali najem nepremičnine ali pravic do nepremičnine posebne značilnosti, zaradi katerih je uporaba pravil za javna naročila neustrezna.“

3 Člen 1 te direktive, naslovljen „Definicije“, je v odstavku 2(b) določal:

„Javna naročila gradenj‘ so javna naročila, katerih predmet je bodisi izvedba bodisi izvedba in projektiranje gradenj, povezanih z eno od dejavnosti v skladu s pomenom iz Priloge I, ali gradnja ali izvedba neke gradnje s katerimi koli sredstvi, ki ustreza zahtevam naročnika. ‚Gradnja‘ pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju svoje gospodarske in tehnične funkcije.“

4 Člen 2 navedene direktive, naslovljen „Načela za oddajo naročil“, je določal:

„Naročniki morajo obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno.“

5 Člen 16 Direktive 2004/18, naslovljen „Posebne izključitve“, je določal:

„Ta direktiva se ne uporablja za javna naročila storitev v zvezi s [z]:

(a) nakupom ali najemom zemljišča s kakršnimi koli finančnimi sredstvi, že zgrajenih stavb ali drugih nepremičnin ali pravic, ki so z njimi povezane; ta direktiva kljub temu velja za naročila finančnih storitev, ki se v kakršni koli obliki sklenejo istočasno, prej ali po sklenitvi pogodbe o nakupu ali najemu;

[...]“.

- 6 Člen 28, naslovljen „Uporaba odprtih in omejenih postopkov, postopkov s pogajanjem ter konkurenčnega dialoga“, je določal:

„Pri oddaji javnih naročil morajo naročniki uporabljati nacionalne postopke, ki so prilagojeni namenom te direktive.

Naročniki morajo javna naročila oddati ob uporabi odprtega ali omejenega postopka. V posebnih razmerah, ki so izrecno določene v členu 29, lahko naročniki oddajo svoja javna naročila s pomočjo konkurenčnega dialoga. V posebnih primerih in razmerah, izrecno navedenih v členih 30 in 31, lahko uporabijo postopek s pogajanjem z ali brez predhodne objave.“

- 7 Člen 35 navedene direktive, naslovljen „Obvestila“, je v odstavku 2 določal:

„Naročniki – ki želijo oddati javno naročilo ali skleniti okvirni sporazum v odprtem postopku, omejenem postopku ali pod pogoji iz člena 30 v postopku s pogajanjem po predhodni objavi ali pod pogoji iz člena 29 v konkurenčnem dialogu – morajo sporočiti svojo namero v javnem razpisu [obvestilu o javnem naročilu].“

- 8 Direktiva 2004/18 je bila nadomeščena z Direktivo 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65) z učinkom od 18. aprila 2016.

Avstrijsko pravo

- 9 Na dan sklenitve zadevne najemne pogodbe, 25. maja 2012, so bile nacionalne določbe, ki se uporabljajo, v Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 (zvezni zakon o javnem naročanju iz leta 2006) v različici, ki je veljala na ta datum.

Predhodni postopek

- 10 Komisija je na podlagi pritožbe, prejete leta 2015, in neformalnih stikov z avstrijskimi organi 25. julija 2016 Republiki Avstriji poslala uradni opomin (postopek za ugotavljanje kršitev št. 2016/4074), v katerem se je sklicevala na kršitev členov 2, 28 in 35 Direktive 2004/18, ker je družba Wiener Wohnen – brez postopka javnega razpisa in brez obvestila o javnem naročilu v skladu s to direktivo – 25. maja 2012 neposredno oddala naročilo za sklenitev najemne pogodbe za nedoločen čas, ki se nanaša na poslovno stavbo, imenovano „Gate 2“ (v nadaljevanju: stavba Gate 2), vključno s podzemno garažo, na parceli na naslovu Guglgasse 2–4, na Dunaju.
- 11 V skladu s to pogodbo je imel najemodajalec, družba Vectigal Immobilien GmbH & Co KG, lastnica te parcele ob sklenitvi navedene pogodbe, namen na tem zemljišču zgraditi stavbo Gate 2.
- 12 Najeti objekt je bil sestavljen iz dveh kril (A in B), od pritličja do petega nadstropja. Mostovi med tema kriloma od prvega do petega nadstropja so bili predvideni kot možnost. Poleg tega je imela družba Wiener Wohnen enostransko pravico, kot opcijo („Call-Option“), da poleg prvih petih nadstropij, ki so bila od začetka predmet najema, najame nadstropja od šest do osem v krilu B navedene stavbe. Z dodatkom k najemni pogodbi z dne 25. oktobra 2012 je bilo potrjeno, da je družba Wiener Wohnen to opcijo uporabila.
- 13 Zadevna najemna pogodba je bila sklenjena za nedoločen čas. Prvotno je določala, da lahko družba Wiener Wohnen pogodbo redno odpove le petnajst let po začetku najema in nato vsakih deset let. Poleg te redne odpovedi je bila mogoča tudi izredna odpoved, če najemodajalec resno in vztrajno krši najemno pogodbo ali če stavba Gate 2 več kot šest mesecev ni bila uporabna za dogovorjeno uporabo.

- 14 Z drugim dodatkom k navedeni najemni pogodbi z dne 16. in 17. septembra 2013 je bil rok prve možnosti redne odpovedi podaljšan. V točki 2.4 tega dodatka je bila ustrezna klavzula odtlej oblikovana tako: „Najemnik lahko redno odpove to najemno pogodbo, vendar šele ob poteku 25 let, 35 let in 45 let (itd.) od začetka najema (ob upoštevanju odpovednega roka iz točke 2.2) (dvanajstmesečni odpovedni rok ob koncu četrtertletja koledarskega leta)“.
- 15 Družba Wiener Wohnen je po tem, ko je zasedla stavbo Gate 2, nekatere poslovne prostore oddala v podnajem družbi Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH. Poleg tega je Gewerkschaft der Gemeindebediensteten (sindikat občinskih uslužbencev) v tej zgradbi namestil tudi informacijski center.
- 16 Republika Avstrija je na uradni opomin Komisije odgovorila z dopisom z dne 26. septembra 2016, v katerem je priznala, da neposredna oddaja naročila za sklenitev zadevne najemne pogodbe spada na področje uporabe Direktive 2004/18 in da bi bilo zato treba v skladu s to direktivo izvesti javni razpis. Ta država članica je obžalovala storjeno napako in poudarila, da bo družba Wiener Wohnen storila vse, da bo v prihodnje zagotovila pravilno uporabo prava Unije na področju javnih naročil.
- 17 Iz spisa, predloženega Sodišču, je razvidno tudi, da je Republika Avstrija v dodatnem stališču z dne 27. februarja 2017 in v drugih dodatnih stališčih z dne 5. maja, 13. septembra in 25. oktobra 2017 navedla, kako naj bi bilo spoštovanje prava Unije na področju javnih naročil odslej zagotovljeno, zlasti prek registra pogodb.
- 18 Glede na nadaljevanje očitane kršitve je Komisija z dopisom z dne 18. maja 2018 Republiki Avstriji poslala obrazloženo mnenje, v katerem je to državo članico pozvala, naj v dveh mesecih od prejema tega mnenja sprejme ukrepe, potrebne za uskladitev z njim.
- 19 Republika Avstrija je na navedeno obrazloženo mnenje odgovorila z dopisom z dne 18. julija 2018. Glede možnosti odprave očitane kršitve je ta država članica trdila, da glede na to, da je bila družba Wiener Wohnen nastanjena v stavbi Gate 2, takojšnja odprava navedene kršitve ni bila mogoča. Glede na to, da je bilo mogoče najemno pogodbo redno odpovedati najprej 1. oktobra 2040 za krilo A te stavbe in 1. aprila 2041 za njeno krilo B, pa naj bi bila družba Wiener Wohnen pripravljena začeti pogajanja z najemodajalcem o predčasni odpovedi te najemne pogodbe. Poleg tega je Republika Avstrija poudarila, da se je ob sklenitvi navedene pogodbe v skladu s prevladujočim pravnim mnenjem v Avstriji izključitev iz člena 16(a) Direktive 2004/18 nanašala tudi na najem še nezgrajene poslovne stavbe, a že načrtovane in pripravljene za gradnjo. Ker pa je družba Wiener Wohnen želela najeti prav tako stavbo, naj bi ravnala v dobri veri.
- 20 Ker Komisija z odgovorom Republike Avstrije ni bila zadovoljna, je vložila to tožbo.

Tožba

Trditve strank

- 21 Komisija trdi, da to, da je družba Wiener Wohnen, javni subjekt, povezan z mestom Dunaj, z zasebnim podjetjem sklenila dolgoročno najemno pogodbo v zvezi s stavbo Gate 2, preden je bila ta zgrajena, pomeni neposredno oddajo naročila gradenj za gradnjo in najem poslovne stavbe, ker je družba Wiener Wohnen vplivala na načrtovanje del v zvezi z navedeno stavbo, ki je precej presevalo običajne zahteve najemnika nove stavbe.

- 22 Komisija ob sklicevanju na sodbo z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, točke od 40 do 42), opozarja, da vprašanje, ali neka transakcija pomeni javno naročilo gradenj, spada na področje prava Unije in da če je gradnja ponujena v najem pred začetkom njene izvedbe, je njen glavni predmet ta izvedba. V zvezi s tem poudarja, da na dan sklenitve zadevne najemne pogodbe za stavbo Gate 2 ni bilo izdano izvršljivo gradbeno dovoljenje.
- 23 Komisija ob sklicevanju na točko 43 iste sodbe Sodišča dodaja, da ta pogodba ne spada pod izključitev iz člena 16(a) Direktive 2004/18. Ta izključitev naj se namreč ne bi uporabila, če izvedba načrtovane gradnje ustreza natančnim zahtevam naročnika. Iz točke 58 sodbe z dne 29. oktobra 2009, Komisija/Nemčija (C-536/07, EU:C:2009:664), naj bi izhajalo, da je to zlasti takrat, kadar se specifikacije, določene v pogodbi, nanašajo na natančen opis stavbe, ki jo je treba zgraditi, njeno kakovost in opremo, ter tako precej presegajo običajne zahteve najemnika v zvezi z novo stavbo določene velikosti.
- 24 Komisija v zvezi s strukturo stavbe Gate 2 meni, da sta dva posega družbe Wiener Wohnen vplivala na zasnovo te stavbe. Šlo naj bi za gradnjo mostov, ki povezujejo nadstropja njenih kril A in B, ter gradnjo od šestega do osmega nadstropja krila B.
- 25 V zvezi z drugimi poseganji družbe Wiener Wohnen Komisija trdi, da so v dokumentih, naslovljenih „Opis stavbe in njene opreme“ z dne 16. maja 2012 in „Dodatek k opisu stavbe in njene opreme“ z dne 22. maja 2012, pri čemer sta oba priložena k zadevni najemni pogodbi, številni primeri, ki kažejo na to, da so specifikacije, dogovorjene med strankama te pogodbe, precej presegale tisto, kar se običajno dogovori z najemnikom, in da je družba Wiener Wohnen pretežno izbrala tehnične rešitve v okviru končne zasnove stavbe Gate 2. Čeprav naj bi se nekatere od teh specifikacij sklicevale na standarde „ÖNORM“, pa pomenijo ti zgolj priporočila in naj bi bili zavezujoči le, če je tako določeno v pogodbi. Običajno naj bi najemnika zanimalo le dobro delovanje kanalizacije, ne pa vrsta izbrane napeljave ali to, ali „so pri zaprtih delih napeljave odtočne cevi iz PE ali iz ABS“.
- 26 Natančneje, iz naslovnice drugega od teh dokumentov naj bi bilo razvidno, da je tega sestavila družba Wiener Wohnen, v pravnih pojasnilih na naslednji strani pa naj bi bilo navedeno to: „Dopolnilo [k opisu stavbe in njene opreme], ki temelji na specifikaciji za upravne stavbe, ki jo pripravi služba MA 34; v njem so navedene najemnikove posebne zahteve v zvezi z uporabo ter dopolnjen, podrobno razdelan in z natančnimi odstopanji nadomeščen [opis stavbe in njene opreme] najemodajalca“. Komisija pojasnjuje, da je iz spletišča mesta Dunaj razvidno, da gre za „celoto pravil o opremi upravnih stavb tega mesta [in da so te] specifikacije podlaga za načrtovanje in javne razpise“. Po mnenju Komisije v teh okoliščinah ni presenetljivo, da je bil članek, ki je bil leta 2016 objavljen v avstrijskem tisku in ki se nanaša na to, da obstaja možnost, da je družba Wiener Wohnen lahko obšla predpise o javnih naročilih pri gradnji stavbe Gate 2, naslovljen „Eine Zentrale nach Maß“ („Centralni sedež po meri“).
- 27 Komisija trdi, da je družba Wiener Wohnen izvedbo gradnje stavbe Gate 2 nadzirala tako kot nosilec projekta. Ta družba naj bi družbo SET Bauprojektierung GmbH, specializirano za izdelavo gradbenih projektov, pooblastila za spremljevalni nadzor postopka za posebno izvedbo gradbenega projekta. Komisija v zvezi s tem navaja, da sta se stranki dogovorili, da se ta spremljevalni nadzor razteza tudi na spoštovanje značilnosti nepremičnine, kot so opredeljene v zadevni najemni pogodbi. V zvezi s tem se sklicuje na prilogo A.1, prvi del, priloge 1.3 k tej pogodbi, ki določa: „Nadzorna funkcija: družba Wiener Wohnen za izvedbo gradbenega projekta izvaja funkcijo spremljevalnega nadzora postopka v zvezi z izvedbo gradbenega projekta in zagotovi spremljevalni nadzor s strani zunanje družbe“.
- 28 Komisija poleg tega opozarja, da stavba Gate 2 brez sklenitve navedene pogodbe ne bi bila zgrajena. Zatem, ko je najemodajalec zemljišče kupil od mesta Dunaj, naj bi bila namreč gradnja te stavbe na tem zemljišču napovedana v časopisnih člankih iz leta 2002 in v sporočilu za javnost mesta Dunaj, objavljenem leta 2005. Leta 2008 pa naj bi mediji poročali, da je bil projekt „speč že več let“, saj je bila

ponudba večjih poslovnih prostorov večja od povpraševanja. Republika Avstrija naj bi poleg tega priznala, da bi gradnja stavbe Gate 2 ostala negotova, če družba Wiener Wohnen ne bi sklenila zadevne najemne pogodbe.

- 29 Komisija vztraja, da stavbe Gate 2 nikakor ni mogoče opredeliti kot standardno stavbo, ki jo je nameravala družba Wiener Wohnen najeti v stanju, kot ga je načrtoval lastnik. Opozarja, da je družba Wiener Wohnen leta 2012 ponudnika storitev pooblastila za izvedbo analize lokacij dunajskega trga poslovnih prostorov. V skladu s to analizo se je med desetimi prostori, ki jih je bilo mogoče vzeti v najem, od katerih jih je šest izpolnjevalo minimalne zahteve, ki jih je opredelila družba Wiener Wohnen, stavba Gate 2 izkazala za najprimernejši objekt. Komisija opozarja zlasti na dejstvo, da je v „management summary“ te analize, za utemeljitev postavitve te stavbe na prvo mesto, navedeno, da „ima najemnik še vedno možnost, da na podlagi posebnih zahtev vpliva na načrtovanje projekta in [da] je mogoče optimalno zadostiti želji po ločitvi vhodov v območje pisarn in v center storitev za stranke“.
- 30 Komisija dodaja, da stavbo Gate 2 skoraj izključno uporablja družba Wiener Wohnen. Prisotnost dveh drugih najemnikov, in sicer družbe Wiener Wohnen Haus- & Außenbetreuung in Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (sindikatski sindikat občinskih uslužbencev – umetnost, mediji, šport, svobodni poklici), naj ne bi upravičila uporabe člena 16(a) Direktive 2004/18, ob upoštevanju obsežne pravice, ki jo je imela družba Wiener Wohnen, da objekt najema prepusti službam mesta Dunaj ali pravnim osebam, v katerih ima zadnjenavedeno večinske deleže. Poleg tega naj bi se zdelo, da je površina, dana v podnajem sindikatu občinskih uslužbencev, ki naj bi služila informacijskemu centru, zelo majhna.
- 31 Republika Avstrija pojasnjuje, da je družba Wiener Wohnen največja upravljavka občinskih stanovanj v Evropi in da ima kot taka veliko odgovornost v razmerju do več kot 500.000 oseb, nastanjenih v približno 200.000 občinskih stanovanjih. V okviru spremembe strateške usmeritve te družbe je bilo odločeno, da bodo vse njene podružnice, ki so bile prej v različnih delih mesta Dunaja, odslej na eni sami lokaciji. Po navedbah te države članice bi moral biti nov sedež na voljo ob začetku veljavnosti nove organizacije konec leta 2014 ali v začetku leta 2015 in bi moral imeti možnost sprejeti vsaj 750 delavcev, po izvedbi načrtovane razširitve pa celo 1000 delavcev.
- 32 Če ne bi bilo možnosti nakupa ali gradnje stavbe, ki ustreza njenim potrebam, naj bi bila edina mogoča rešitev za družbo Wiener Wohnen najem obstoječe poslovne stavbe ali take, katere načrtovanje je že bilo končano. Poleg tega naj bi morala družba Wiener Wohnen kot subjekt, zadolžen za gradnjo socialnih stanovanj, svoja finančna sredstva načeloma vlagati v vzdrževanje in izboljševanje stanovanjskih stavb, s katerimi upravlja. Prav tako naj bi morali biti ob upoštevanju cilja te družbe prostori, ki jih je bilo treba najeti, absolutno običajni pisarniški prostori.
- 33 Da bi imela družba Wiener Wohnen splošen pregled vseh ustreznih in razpoložljivih poslovnih stavb na nepremičninskem trgu, ki izpolnjujejo njegove zahteve, naj bi na začetku leta 2012 neodvisnega nepremičninskega strokovnjaka zadolžila za splošno analizo trga in lokacij dunajskih poslovnih prostorov. Po navedbah Republike Avstrije je bilo med pripravo te analize načrtovanje stavbe Gate 2 že v celoti dokončano, saj so bili vsi načrti na voljo, projekt pa še ni bil izveden. Zato naj družba Wiener Wohnen ne bi imela nobenega vpliva na arhitekturno zasnovo ali konkretno načrtovanje kril A in B te stavbe. Predmet pogajanj v zvezi z najemno pogodbo je bil poleg nekaterih zahtev glede površine in števila parkirnih mest predvsem znesek najemnine in obratovalnih stroškov. Eden od bistvenih elementov pogajanj naj bi bila predaja teh dveh kril na predvidene datume, da bi se lahko organizirala selitev približno 1000 delavcev. Edini vidiki gradnje, na katere naj bi družba Wiener Wohnen lahko vplivala, so se nanašali na razdelitev prostorov in razporejenost po pisarnah ter osnovno opremo najetih površin.

- 34 V zvezi s strukturnimi poseganji, ki jih zatrjuje Komisija, Republika Avstrija trdi, da so bili mostovi od začetka del projekta stavbe Gate 2. Poleg tega naj ne bi bili del najetih površin. Glede možnosti najema od šestega do osmega nadstropja krila B ta država članica trdi, da bi morala biti ta nadstropja vsekakor zgrajena.
- 35 Dokument z naslovom „Opis stavbe in njene opreme“ kot tudi „dopolnitev“ k temu dokumentu naj bi določala zgolj zahteve, ki jih morajo izpolnjevati vse sodobne poslovne stavbe. Komisija naj ne bi ugotovila nobenega elementa iz teh dokumentov, ki bi odstopal od pogojev, določenih z zakonskimi določbami ali s smernicami in tehničnimi standardi, ki se uporabljajo, ali ki naj se v zadevnem sektorju dejavnosti ne bi uporabljal.
- 36 Po navedbah Republike Avstrije se je nadzor, ki ga je izvajala zunanja družba SET Bauprojektierung, nanašal le na prostore, ki so bili predmet najemne pogodbe, ne pa na druge prostore stavbe Gate 2, kot so zlasti tehnične centrale za ogrevanje, inštalacije v zvezi z avtomatizacijo stavbe in dvigali ter njenimi skupnimi ali zunanjimi deli. Komisija naj ne bi upoštevala dejstva, da je v okviru velikih selitvenih projektov običajno, da se poleg spremljevalnega nadzora, ki ga izvaja nosilec projekta, opravijo tudi preverjanja, ki jih izvede najemnik.
- 37 Republika Avstrija poudarja tudi, da družba Wiener Wohnen ni bila edina najemnica stavbe Gate 2. V zvezi s tem naj ne bi bilo pomembno, ali so bili prostori, ki so jih najemali drugi najemniki, manjši od tistih, ki jih je zasedala družba Wiener Wohnen. Samo dejstvo, da so najemniki, ki niso družba Wiener Wohnen, najeli prostore v tej stavbi, naj bi dokazovalo, da zadevni pisarniški prostori ustrezajo prostorom standardnih poslovnih stavb, ki jih lahko pod običajnimi tržnimi pogoji najamejo tudi tretje osebe.
- 38 Tudi „management summary“ naj ne bi potrjeval stališča Komisije, saj v tem dokumentu nikakor ni bilo navedeno, da zahteve družbe Wiener Wohnen presegajo običajne želje najemnika. Povsem normalno naj bi bilo, da želi najemnik, ki se namerava zavezati, da bo v daljšem obdobju pogodbeno uporabljal poslovno stavbo za več kot 1000 delavcev, pred sprejetjem odločitve jasno vedeti, v kolikšnem obsegu najemodajalec dopušča morebitne prilagoditve, ki jih najemnik šteje za potrebne.
- 39 Natančneje, po navedbah Republike Avstrije dokument, naslovljen „Dopolnitev opisa stavbe in njene opreme“, „temelji“ le na „specifikaciji za upravne stavbe, ki jo pripravi služba MA 34“. Ta specifikacija naj bi bila že povzetek predpisanih zahtev, usklajenih s stanjem tehnike, ki se uporabljajo za vse poslovne stavbe in katerih uporaba naj ne bi bila omejena na mesto Dunaj. Ukrepi, opisani v navedenem „dopolnilu“, naj bi morali biti torej izvedeni tudi, če najemna pogodba ne bi bila sklenjena z družbo Wiener Wohnen, temveč z zasebnim podjetjem. Če Komisija trdi, da so ekološki standardi le „priporočila“, naj ne bi upoštevala zakonodaje, ki se uporablja. Ti predpisi naj bi namreč v skladu z ustaljeno sodno prakso Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče, Avstrija) pomenili stanje tehnike, v zvezi s katero je določena pravilna tehnična izvedba. Zato naj uporaba teh predpisov ne bi bila fakultativna.
- 40 Očitki Komisije v zvezi s trajanjem najema, določenim v zadevni pogodbi, to je 25 let, naj bi bili v nasprotju z realnimi razmerami na nepremičninskem trgu. Samo pod takimi pogoji naj bi bili najemodajalci pripravljene oddati velike površine v najem po dostopnih cenah. Za družbo Wiener Wohnen naj izguba možnosti odpovedi navedene pogodbe ne bi bila težava, saj naj bi bila nova selitev 1000 delavcev zaradi stroškov in neobstoja ustreznih alternativnih lokacij malo verjetna.

Presoja Sodišča

- 41 Predmet tožbe Komisije je opredelitev pogodbe, ki se nanaša na stavbo Gate 2 na Dunaju, za neposredno oddajo naročila brez postopka javnega razpisa ali obvestila o javnem naročilu. Komisija navaja, da je družba Wiener Wohnen kot javni naročnik z zasebnim podjetjem 25. maja 2012 sklenila

dolgoročno pogodbo o najemu te stavbe, še preden je bila ta zgrajena. Družba Wiener Wohnen naj bi imela na zasnovo stavbe vpliv, ki naj bi bistveno presegal običajne zahteve najemnika take stavbe. To pogodbo, ki naj ne bi spadala pod izključitev iz člena 16(a) Direktive 2004/18, naj bi bilo treba opredeliti kot „javno naročilo gradenj“ v smislu te direktive. Kršitev Direktive 2004/18, ki naj bi iz tega izhajala, naj bi trajala, dokler obstaja zadevna najemna pogodba, ki je ni mogoče redno odpovedati pred letom 2040.

- 42 Najprej je treba opozoriti, da je cilj Direktive 2004/18, tako kot drugih direktiv na področju javnih naročil, kot je v bistvu razvidno iz njene uvodne izjave 2, zagotoviti spoštovanje zlasti prostega pretoka blaga, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev pri oddaji javnih naročil, ter načel, ki iz teh izhajajo, zlasti načela enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije, sorazmernosti in preglednosti ter zagotoviti odpiranje javnih naročil konkurenci (sodbi z dne 12. julija 2001, Ordine degli Architetti in drugi, C-399/98, EU:C:2001:401, točki 52 in 75, in z dne 27. novembra 2019, Tedeschi in Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, točka 33).
- 43 V zvezi s tem je iz sodne prakse na eni strani razvidno, da vprašanje, ali transakcija pomeni javno naročilo gradenj v smislu ureditve Unije, spada na področje prava Unije. Opredelitev predvidene pogodbe kot „najemne pogodbe“, ki sta jo navedli stranki, v zvezi s tem ni odločilna (sodba z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, točka 40 in navedena sodna praksa).
- 44 Javni naročnik namreč v okviru javnega naročila gradenj prejme storitev izvedbe gradenj, ki jo želi prejeti in ki je v njegovem neposrednem gospodarskem interesu. Tak gospodarski interes pa je mogoče ugotoviti ne le takrat, kadar je določeno, da bo naročnik postal lastnik gradenj ali gradnje, ki so predmet naročila, ampak tudi, če je predvideno, da bo imel pravni naslov, ki mu bo zagotovil, da bodo te gradnje na voljo za javno uporabo (glej v tem smislu sodbo z dne 25. marca 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, točke od 48 do 51).
- 45 Prav tako za opredelitev zadevnega naročila ni pomembno dejstvo, da glavna pogodba morebiti ne določa možnosti ali obveznosti, da mesto Dunaj ali družba Wiener Wohnen odkupita zgrajene stavbe (glej v tem smislu sodbo z dne 29. oktobra 2009, Komisija/Nemčija, C-536/07, EU:C:2009:664, točka 62).
- 46 Na drugi strani se je treba, kadar pogodba hkrati vsebuje elemente, ki se nanašajo na javno naročilo gradenj, in elemente, ki se nanašajo na drugo vrsto naročila, pri njeni pravni opredelitvi in pri določitvi pravil Unije, ki se uporabijo, opreti na glavni predmet pogodbe (sodba z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, točka 41 in navedena sodna praksa).
- 47 Glede predmeta zadevne transakcije je treba navesti, da je zadevna pogodba poimenovana „najemna pogodba“ in da dejansko vsebuje elemente najemne pogodbe. Vendar je treba ugotoviti, da se na dan sklenitve te pogodbe izvedba gradnje, na katero se nanaša navedena pogodba, še ni začela. Zato neposredni cilj te pogodbe ni mogel biti dajanje nepremičnin v najem. Cilj te pogodbe je bila gradnja navedenega objekta, ki ga je bilo nato treba dati na voljo družbi Wiener Wohnen z „najemno pogodbo“ (glej v tem smislu sodbo z dne 29. oktobra 2009, Komisija/Nemčija, C-536/07, EU:C:2009:664, točka 56).
- 48 V zvezi s tem je treba ugotoviti, kot je navedeno v uvodni izjavi 24 Direktive 2004/18, da člen 16(a) te direktive določa izključitev iz njenega stvarnega področja uporabe in da razlaga, v skladu s katero se ta izključitev, kot je generalni pravobranilec navedel v točki 30 sklepnih predlogov, lahko razširi na najem neobstoječih stavb, torej še nezgrajenih stavb, izhaja iz sodne prakse Sodišča.

- 49 Vendar, kot je razvidno iz sodne prakse Sodišča, se naročnik ne more sklicevati na izključitev iz te določbe, če izvedba načrtovane gradnje pomeni „javno naročilo gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18, ker ta izvedba ustreza potrebam, ki jih je natančno navedel ta naročnik (glej po analogiji sodbi z dne 29. oktobra 2009, Komisija/Nemčija, C-536/07, EU:C:2009:664, točka 55, in z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, točka 43 in navedena sodna praksa).
- 50 Tako je, če je zadnjenavedeni sprejel ukrepe za opredelitev značilnosti gradnje ali vsaj za izvajanje odločilnega vpliva na njeno zasnovo (sodba z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, točka 44 in navedena sodna praksa).
- 51 Tako je zlasti, kadar specifikacije, ki jih zahteva naročnik, presegajo običajne zahteve najemnika glede stavbe, kakršna je zadevna gradnja (glej v tem smislu sodbo z dne 29. oktobra 2009, Komisija/Nemčija, C-536/07, EU:C:2009:664, točka 58).
- 52 Nazadnje, čeprav znesek plačila podjetniku ali načini njegova plačila niso odločilni elementi za opredelitev zadevne pogodbe, niso neupoštevni (glej v tem smislu sodbi z dne 29. oktobra 2009, Komisija/Nemčija, C-536/07, EU:C:2009:664, točki 60 in 61, ter z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, točke od 49 do 51).
- 53 V zvezi s predvideno stavbo je mogoče odločilen vpliv na njeno zasnovo ugotoviti, če je mogoče dokazati, da se ta vpliv izvaja na arhitekturno strukturo te stavbe, kot so njena velikost, njeni zunanji zidovi in njeni nosilni zidovi. Za zahteve v zvezi z notranjimi ureditvami je mogoče šteti, da dokazujejo odločilen vpliv le, če so posebne zaradi svoje natančnosti ali obsega.
- 54 Tožbo Komisije je treba presoјati na podlagi zgoraj navedene sodne prakse.
- 55 V zvezi s tem je treba opozoriti, da mora v skladu z ustaljeno sodno prakso glede dokaznega bremena v okviru postopka zaradi neizpolnitve obveznosti na podlagi člena 258 PDEU obstoj zatrjevane neizpolnitve obveznosti dokazati Komisija. Ta mora Sodišču predložiti elemente, ki jih to potrebuje, da preveri obstoj te neizpolnitve, pri čemer se Komisija ne more opreti na nikakršno domnevo (sodba z dne 14. januarja 2021, Komisija/Italija (Prispevek za nakup goriv), C-63/19, EU:C:2021:18, točka 74 in navedena sodna praksa).
- 56 Vendar morajo države članice v skladu s členom 4(3) PEU Komisiji olajšati izpolnjevanje njene naloge, ki je v skladu s členom 17(1) PEU zlasti skrb za uporabo določb Pogodbe DEU in določb, ki jih institucije Unije sprejmejo na njeni podlagi. V zvezi s tem je treba upoštevati dejstvo, da je Komisija, ki nima lastnih preiskovalnih pooblastil na tem področju, pri preverjanju pravilne uporabe nacionalnih določb, namenjenih zagotovitvi učinkovitega izvajanja direktive, v praksi zelo odvisna od dokazov, ki so jih predložili morebitni pritožniki in zadevna država članica (sodba z dne 18. novembra 2020 Komisija/Nemčija (Vračilo DDV – Računi), C-371/19, neobjavljena, EU:C:2020:936, točki 66 in 67 ter navedena sodna praksa). Iz tega zlasti sledi, da če je Komisija predložila dovolj dokazov, ki kažejo, da nacionalne določbe, s katerimi je bila prenesena direktiva, v praksi niso pravilno uporabljene na ozemlju tožene države članice, mora ta vsebinsko in podrobno izpodbijati tako predložene dokaze in posledice, ki iz tega izhajajo (sodba z dne 28. marca 2019, Komisija/Irska (Sistem za zbiranje in čiščenje odpadnih vod), C-427/17, neobjavljena, EU:C:2019:269, točka 39 in navedena sodna praksa).
- 57 V obravnavanem primeru je treba najprej poudariti, da Komisija ni trdila, da je družba Wiener Wohnen, preden je 28. februarja 2012 prejela analizo lokacije (Standortanalyse), ki jo je opravil nepremičninski strokovnjak, ki ga je ta pooblastila, poskušala vplivati na načrte lastnika zemljišča, in sicer družbo Vectigal Immobilien.
- 58 Navedeni strokovnjak je opredelil deset prostih objektov za najem in, potem ko je ugotovil, da šest projektov stavb izpolnjuje minimalne zahteve družbe Wiener Wohnen, ugotovil, da je projekt gradnje stavbe Gate 2 najprimernejši.

- 59 Kot izhaja iz analize lokacije z dne 28. februarja 2012 in dokumenta z naslovom „Študija izvedljivosti“ („Bebauungsstudie“) z dne 23. januarja 2012, so bile značilnosti stavbe Gate 2 na ta datuma že določene.
- 60 Ugotoviti je treba, da sta struktura stavbe Gate 2, opisana v tej študiji izvedljivosti z dne 23. januarja 2012, in struktura iz študije z dne 4. maja 2012, ki je del zadevne najemne pogodbe, v bistvu enaki, pri čemer je novejši dokument vseboval tudi dodatna pojasnila, zlasti glede uporabe nekaterih površin, saj je ta dva dokumenta pripravil isti arhitekturni biro.
- 61 Zato ti elementi potrjujejo trditev, da je bilo načrtovanje stavbe Gate 2, kot trdi Republika Avstrija, „v času pogajanj za sklenitev najemne pogodbe že v celoti končano [in da] družba Wiener Wohnen [...] od vsega začetka ni imela nobenega vpliva na arhitekturno zasnovo ali konkretno načrtovanje kril A in B stavbe [Gate 2]“.
- 62 Vendar Komisija opredeljuje dve okoliščini, iz katerih je po njenem mnenju mogoče sklepati, da je družba Wiener Wohnen vplivala na samo zasnovo strukture te stavbe.
- 63 Komisija se sklicuje na gradnjo od šestega do osmega nadstropja krila B in mostov, ki povezujejo krila A in B navedene stavbe.
- 64 V zvezi z gradnjo navedenih nadstropij tega krila B je treba poudariti, da zadevna najemna pogodba ni določila opcije za gradnjo, temveč za najem dodatnih prostorov.
- 65 V členu 1.9 najemne pogodbe je namreč navedeno, da je imela družba Wiener Wohnen kot opcijo („call-option“) enostransko pravico, da poleg prvih petih nadstropij, ki so bila od začetka predmet najema, najame nadstropja od šest do osem krila B stavbe Gate 2. V tej določbi je določeno tudi, da če družba Wiener Wohnen ne uveljavi te opcije ali jo uveljavi le delno, lahko najemodajalec bodisi ne zgradi neželenih nadstropij bodisi jih zgradi in jih odda tretjim osebam. V zvezi s tem je v navedeni določbi pojasnjeno tudi, da imajo tretje osebe v tem primeru pravico uporabljati nekatere splošne dele stavbe, kot je vhod ali dvigala, in da bi morala biti družba Wiener Wohnen v zameno upravičena do znižanja najemnine.
- 66 Poudariti je treba, da je bila ta gradnja določena že v študiji izvedljivosti z dne 23. januarja 2012, ki vsebuje skico krila B stavbe Gate 2 z osmimi nadstropji. V analizi lokacije z dne 28. februarja 2012 v zvezi s tem krilom B je navedenih devet etaž (pritličje in osem nadstropij), in nazadnje, zadevna najemna pogodba v študiji izvedljivosti z dne 4. maja 2012, ki ji je priložena, vsebuje tudi skico tega krila B z osmimi nadstropji.
- 67 Zato iz informacij, s katerimi razpolaga Sodišče, izhaja, da zasnova od šestega do osmega nadstropja krila B ni bila načrtovana za to, da bi ustrezala zahtevi družbe Wiener Wohnen.
- 68 Enake okoliščine je mogoče ugotoviti v zvezi z mostovi, ki povezujejo krila A in B stavbe Gate 2.
- 69 Študija izvedljivosti z dne 23. januarja 2012 že vsebuje navedbo „Option Brücke“ („opcija most“) med tema kriloma A in B. Analiza lokacije vsebuje besedilo, v skladu s katerim se lahko navedeni krila A in B „z izgradnjo mostu povežeta“. V zadevni najemni pogodbi je enaka navedba „Option Brücke“ („opcija most“) med kriloma A in B stavbe Gate 2.
- 70 Zato tudi zasnova mostu, ki povezuje ti krila A in B, ni bila načrtovana za to, da bi ustrezala zahtevi družbe Wiener Wohnen.
- 71 Zato v obravnavanem primeru zgolj dejstvo, da je družba Wiener Wohnen uporabila ponujene opcije, torej da je izkoristila že predvidene možnosti, ne more zadostovati za dokaz, da je ta subjekt odločilno vplival na zasnovo zadevne gradnje.

- 72 Poleg tega Komisija navaja več drugih dejanskih elementov, na podlagi katerih je po njenem mnenju mogoče sklepati, da je treba zadevno najemno pogodbo na novo opredeliti kot javno naročilo gradenj. Zatrjuje neobstoj gradbenega dovoljenja, dolgoročno najemno pogodbo, nadzor, ki ga je družba Wiener Wohnen odredila nad izvedbo del, in izrazito posebnost gradnje.
- 73 Preučiti je treba te različne elemente.
- 74 V zvezi z neobstojem gradbenega dovoljenja ob sklenitvi najemne pogodbe je treba poudariti, da se v skladu z običajno poslovno prakso veliki arhitekturni projekti dajo v najem precej pred dokončanjem podrobnih gradbenih načrtov, tako da lastnik zemljišča ali nosilec projekta formalni postopek pridobitve gradbenega dovoljenja začne šele, ko ima zaveze bodočih najemnikov za velik del površin načrtovane stavbe. V teh okoliščinah dejstvo, da je bilo gradbeno dovoljenje – kot v obravnavani zadevi – zahtevano in izdano šele po datumu sklenitve zadevne najemne pogodbe, ne nasprotuje temu, da bi se štelo, da je bila stavba Gate 2 takrat že načrtovana in pripravljena za gradnjo. V skladu s tržnimi praksami in običaji popolni arhitekturni projekt ni pogoj za zavezo potencialnih najemnikov. Poleg tega odločilno vplivanje na zasnovo zadevne gradnje ne more izhajati iz neobstoja takega popolnega arhitekturnega projekta.
- 75 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da čeprav je „management summary“ analize lokacije dunajskega trga poslovnih prostorov prikazal, da stavba Gate 2 najemniku daje možnost vplivati na načrtovanje projekta glede na posebne zahteve, ugotovitev obstoja „javnega naročila gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 zahteva vsaj to, da se dokaže dejanska uresničitev take možnosti.
- 76 Glede trajanja najemne pogodbe zadostuje navesti, da ta vidik nikakor ne more vplivati na dejstvo, da morajo biti za ugotovitev, da izvedba načrtovane gradnje pomeni „javno naročilo gradenj“, izpolnjeni pogoji iz sodne prakse, navedeni v točkah od 49 do 51 te sodbe. Dodati je treba, da dejstvo, da je najemna pogodba sklenjena za dolgo obdobje, ne glede na okoliščine primera, samo po sebi ni neobičajno.
- 77 Poleg tega je mogoče v obravnavanem primeru sprejeti trditev Republike Avstrije, da po eni strani obveznost, da se najemna pogodba v dolgem obdobju ne sme odpovedati, vpliva na znesek najemnine in da se je po drugi strani družba Wiener Wohnen sama želela izogniti novi selitvi, ki bi bila draga in bi resno ovirala njeno delovanje.
- 78 Glede trditve Komisije, da je družba Wiener Wohnen družbo SET Bauprojektierung, specializirano za izdelavo gradbenih projektov, pooblastila za izvajanje spremljevalnega nadzora postopka za posebno izvedbo gradbenega projekta in da je družba Wiener Wohnen tako odredila nadzor napredovanja izvedbe gradbenih del, kot bi to storil nosilec projekta, je treba poudariti, da nikakor ni neobičajno, da najemnik sprejme ukrepe za zagotovitev, da bi bila selitev v prostore mogoča na predvideni datum, zlasti kadar gre, kakor v obravnavanem primeru, za obsežno selitev. Uporaba storitev specializirane tretje osebe na tem področju namreč omogoča učinkovito spremljanje rokov, določenih za predajo stavbe, zagotovitev nadzora, da bi se dovolj vnaprej odkrile morebitne zamude ali pomanjkljivosti ter potrebno ukrepanje, kot je na primer podaljšanje nekaterih najemnih pogodb v nekaterih stavbah, ki se še uporabljajo.
- 79 Tudi s takim spremljevalnim nadzorom družba Wiener Wohnen ni odločilno vplivala na zasnovo stavbe Gate 2.
- 80 V zvezi s specifikacijami, ki jih je navedla družba Wiener Wohnen, je iz elementov spisa, ki je na voljo Sodišču, razvidno, da je bila ta stavba zasnovana kot klasična poslovna stavba, ne da bi bile predvidene določene skupine najemnikov ali posebne potrebe. Krili A in B navedene stavbe sledita sistemu lestvice, ki je običajen za poslovne stavbe njene velikosti, ki zagotavlja, da ureditev notranjih prostorov ostane kar se da prožna in prilagojena bodočim najemnikom.

- 81 V zvezi s tem je običajno, da podjetje, ne glede na to, ali je zasebno ali javno, ki želi najeti poslovno stavbo, navede nekatere želje glede značilnosti, ki bi jih morala ta lokacija, kolikor je to mogoče, izpolnjevati, naj gre za objekt, ki ga je še treba zgraditi, ali za menjavo najemnika, ob kateri se opravijo prenovitvena dela. Taka dejanja ne omogočajo spremembe opredelitve najemne pogodbe v naročilo gradenj.
- 82 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, ali je bil namen specifikacij, ki jih je navedla družba Wiener Wohnen, izpolniti zahteve, ki so presegle to, kar najemnik stavbe, kakršna je stavba Gate 2, običajno lahko zahteva, in vodijo do tega, da se šteje, da je družba Wiener Wohnen odločilno vplivala na njeno zasnovo.
- 83 Kot je navedla Republika Avstrija, če je družba Wiener Wohnen skušala zagotoviti, da se spoštujejo specifikacije iz tehničnih standardov, ki se uporabljajo na podlagi zakonskih določb, ali da so značilnosti stavbe skladne z običajnim „stanjem tehnike“ na zadevnem trgu, glede na katero je ocenjena dobra tehnična izvedba gradnje, teh zahtev ni mogoče šteti za ukrepe, ki jih je družba Wiener Wohnen sprejela za to, da bi vplivala na zasnovo stavbe Gate 2, ali ki presegajo to, kar lahko običajno zahteva najemnik.
- 84 Natančneje, ker so se zahteve družbe Wiener Wohnen nanašale na uporabo standardov – tudi če ti ne bi bili zavezujoči – katerih namen je bil doseči cilje izboljšanja energetske učinkovitosti prihodnjega osrednjega sedeža tega subjekta in splošneje zmanjšati ekološki odtis te stavbe, te zahteve prav tako niso presegle tega, kar lahko običajno zahteva najemnik take stavbe.
- 85 Glede na to, da so se zakonski in regulativni standardi na zgoraj navedenih področjih v zadnjih desetletjih znatno spremenili, pri čemer so vedno zahtevnejši, in ker se še naprej razvijajo v tem smislu, ni mogoče šteti, da gre za pretirano zahtevo javnega subjekta, kakršen je družba Wiener Wohnen, ki želi za dolgo obdobje najeti stavbo, v kateri naj bi bila njena centralna uprava, pri čemer gre za željo po razpolaganju s stavbo, katere značilnosti se ne omejujejo na izpolnjevanje standardov, ki so veljali ob sklenitvi zadevne najemne pogodbe, ampak zajema tudi določeno trajnost glede izpolnjevanja veljavnih standardov.
- 86 Čeprav sta število teh zahtev in stopnja podrobnosti teh zahtev visoki, ostaja dejstvo, da je odločilno merilo v tem okviru vprašanje, ali te zahteve presegajo običajne zahteve najemnika v zvezi s stavbo, kakršna je stavba Gate 2.
- 87 Čeprav je Komisija na podlagi dokumentov, naslovljenih „Opis stavbe in njene opreme“, z dne 16. maja 2012 in „Dopolnitev opisa stavbe in njene opreme“ z dne 22. maja 2012, ki sta bila priložena zadevni najemni pogodbi, ugotovila, da so bile zahteve družbe Wiener Wohnen številne in podrobne, kar je utemeljila s konkretnimi primeri, pa iz njenih pisanj ni razvidno, da bi družba Wiener Wohnen predložila nezanemarljivo število zahtev, zaradi česar bi ta subjekt s tem, da se te zahteve nanašajo na njegove lastne potrebe, odločilno vplival na zasnovo stavbe Gate 2.
- 88 Komisija v tožbi v zvezi s tem navaja nekatere točke dokumenta z naslovom „Opis stavbe in njene opreme“. V teh točkah je navedeno, da gredo „vsa dvigala [...] iz kleti (garaže) do nadstropja, ki je vsakokrat najvišje“, „gradnja se izvaja v skladu z direktivami certifikacijskega sistema ÖGNI – zlata stopnja“, „dvignjeni tehnični pod ima povprečno bruto višino približno 10 cm, njegova nosilnost pa je 5 kN/m²“ in „ohlajevanje se zagotavlja predvsem s termično aktivnimi stropnimi ploščami s površinami, prekritimi ali prevlečenimi z disperzijsko barvo“.
- 89 Komisija pa ne pojasni, zakaj zahteva, naj vsa dvigala povezujejo vsa nadstropja, vključno z najvišjim nadstropjem, pomeni neobičajno zahtevo. Ker, kot trdi Republika Avstrija, ne da bi Komisija to izpodbijala, taka specifikacija izhaja iz zakonske obveznosti, ni mogoče šteti, da odraža izvajanje odločilnega vpliva na zasnovo stavbe, ki bi ga bilo mogoče pripisati družbi Wiener Wohnen.

- 90 Prav tako je običajna praksa, da se v poslovnih stavbah predvidi dvignjeni tehnični pod, da bi se med drugim zagotovila modularnost notranje ureditve. Glede povprečne bruto višine in nosilnosti tega poda Komisija prav tako ne pojasnjuje, zakaj navedene specifikacije niso običajne. Enako velja za zahtevo, naj se hlajenje stavbe Gate 2 zagotavlja predvsem s termično aktivnimi stropnimi ploščami.
- 91 Komisija v zvezi s „sistemom certificiranja ÖGNI – zlata stopnja“ v okviru analize dokumenta z naslovom „Dopolnilo k opisu stavbe in njene opreme“ navaja, da je v uvodu k temu dokumentu navedeno, da „cilj pridobitve certifikata ‚ÖGNI – GOLD Green Building‘, ki ga navajata najemodajalec in najemnik, šteje za dogovorjen in pomeni brezpogojno zahtevo za izvedbo pri načrtovanju in gradnji“. Komisija dalje trdi, da trditev Republike Avstrije, da je najemodajalec to certifikacijo načrtoval že od začetka in da ne pomeni zahteve družbe Wiener Wohnen, ni pravilna. V zvezi s tem je treba poudariti, da je že v analizi lokacije z dne 28. februarja 2012, ki jo je pripravil nepremičninski strokovnjak, navedeno, da je predviden certifikat „ÖGNI – zlata stopnja“ stavbe Gate 2.
- 92 Zato je treba predpostaviti, da zasnova stavbe Gate 2 v skladu z zahtevami, ki izhajajo iz tega certifikata, ni posledica odločilnega vpliva družbe Wiener Wohnen, ampak pobude najemodajalca, ki je bila, kot je bilo opozorjeno v točki 57 te sodbe, sprejeta pred začetkom pogajanj z družbo Wiener Wohnen. Poleg tega Komisija v svojih pisanjih ne navaja razlogov, iz katerih izdaja tega certifikata ne bi bila tudi v interesu najemodajalca. Očitno pa je, da pridobitev takega certifikata povečuje vrednost zadevne nepremičnine.
- 93 Nekatere elemente, navedene v dokumentih, naslovljenih „Opis stavbe in njene opreme“ in „Dopolnitev opisa stavbe in njene opreme“, je treba razumeti glede na namen družbe Wiener Wohnen, da v daljšem obdobju razpolaga z lokacijo, kjer so združene vse njene službe. Tako se za zahtevo v zvezi z velikostjo električne omarice, ki je namenjena zagotovitvi dodatnega prostora v obsegu 25 % v primeru prihodnje širitve, ne bi moglo šteti, da je zahteva, ki bi presegala običajne zahteve najemnika glede stavbe, kakršna je stavba Gate 2.
- 94 Je pa iz spisa, predloženega Sodišču, razvidno, da je družba Vectigal Immobilien kot lastnica in nosilec projekta stavbe Gate 2 iz ekonomskih razlogov, ki so zanjo zelo pomembni, poskrbela za zagotovitev, da se gradnja izvede tako, da bi bilo mogoče, če bi se družba Wiener Wohnen v celoti ali delno izselila iz prostorov, zadevne površine takoj ponovno oddati v najem tretjim osebam. Tako je po mnenju Republike Avstrije družba Vectigal Immobilien za vse površine, ki so bile na voljo za oddajanje v danem nadstropju, med drugim predvidela več pregrad z zasilnimi izhodi in dostopi do samostojnih dvigal za vsako nadstropje, da bi imela možnost oddati posamezne površine ali v prihodnje ločeno oddati različna nadstropja.
- 95 Končno, Komisija ni dokazala, da so zahteve družbe Wiener Wohnen kot bodoče najemnice postavile pod vprašaj možnost uporabe stavbe Gate 2 kot poslovne stavbe s strani najemnikov, ki bi nasledili ta subjekt. Zato je treba ugotoviti, da prilagoditve, ki izhajajo iz teh zahtev, ne presegajo tega, kar lahko običajno zahteva najemnik.
- 96 Nazadnje, v nasprotju s sodno prakso, navedeno v točki 52 te sodbe, tožba Komisije ne vsebuje informacij niti o stroških del na dan njihovega dokončanja leta 2014 niti o razmerju med temi stroški in posodobljeno vrednostjo skupnega zneska najemnin v obdobju 20 let na ta dan.
- 97 Iz vseh zgoraj navedenih ugotovitev tako izhaja, da Komisija ni pravno zadostno dokazala, da Republika Avstrija s tem, da je družba Wiener Wohnen neposredno oddala naročilo z dne 25. maja 2012 v zvezi s poslovno stavbo na Guglgasse 2–4 na Dunaju, ne da bi izvedla postopek javnega razpisa in ne da bi objavila obvestilo o javnem naročilu, ni izpolnila obveznosti iz členov 2, 28 in 35(2) Direktive 2004/18.
- 98 Tožbo Komisije je treba zato zavriniti.

Stroški

- ⁹⁹ V skladu s členom 138(1) Poslovnika Sodišča se plačilo stroškov na predlog naloži neuspeli stranki. Ker je Republika Avstrija predlagala, naj se Komisiji naloži plačilo stroškov, in ker ta s svojimi predlogi ni uspela, se ji naloži plačilo stroškov.

Iz teh razlogov je Sodišče (peti senat) razsodilo:

- 1. Tožba se zavrne.**
- 2. Evropski komisiji se naloži plačilo stroškov.**

Podpisi