



Datum van inontvangstneming : 02/03/2023

**Zaak C-28/23**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

24 januari 2023

**Verwijzende rechter:**

Okresný súd Bratislava III (Slowakije)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

16 januari 2023

**Verzoekende partij:**

NFŠ a. s.

**Verwerende partij:**

Slovenská republika, vertegenwoordigd door de Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Slowakije)

Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Slowakije)

---

## **Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Verzoek om een prejudiciële beslissing – Bouw van een voetbalstadion – Overheidsopdracht voor werken – Voorovereenkomst – Subsidieovereenkomst – Kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht – Absolute en relatieve nietigheid van overeenkomsten – Richtlijnen 2004/18/EU, 2014/24/EU en 89/665/EEG

## **Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

## **Prejudiciële vragen**

1 Vormen een subsidieovereenkomst en een voorlopige verkoopovereenkomst tussen een ministerie (staat) en een privaatrechtelijke entiteit die is geselecteerd zonder dat een vergelijkend onderzoek is ingesteld een „overheidsopdracht voor werken” in de zin van artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 en artikel 2, lid 6, onder c), van richtlijn 2014/24, wanneer de subsidieovereenkomst moet worden aangemerkt als door de Europese Commissie goedgekeurde staatssteun in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU, de in deze overeenkomst neergelegde verbintenissen verband houden met een subsidieverplichting van de staat en een verplichting van de privaatrechtelijke entiteit om een bouwwerk aan te leggen onder de door het ministerie vastgestelde voorwaarden en om een sportorganisatie in staat te stellen om een deel van het bouwwerk te gebruiken en wanneer de in de voorovereenkomst neergelegde verbintenissen verband houden met een eenzijdige optie die aan de privaatrechtelijke entiteit wordt verleend in de vorm van een verplichting van de staat om het aangelegde bouwwerk terug te kopen, zodat deze overeenkomsten een naar tijd en voorwerp samenhangend kader van wederzijdse verplichtingen tussen het ministerie en de privaatrechtelijke entiteit vormen?

2 Staan artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 en artikel 2, lid 6, onder c), van richtlijn 2014/24 in de weg aan een nationaalrechtelijke regeling van een lidstaat volgens welke een rechtshandeling die naar inhoud of doel in strijd is met het recht, de wet omzeilt of in strijd is met de goede zeden absoluut (dat wil zeggen van meet af aan/ex tunc) nietig is, wanneer deze inbreuk op het recht bestaat in een wezenlijke schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?

3 Staat artikel 2 quinquies, lid 1, onder a), en lid 2, van richtlijn 89/665 in de weg aan een nationaalrechtelijke regeling van een lidstaat volgens welke een rechtshandeling die naar inhoud of doel in strijd is met het recht, de wet omzeilt of

in strijd is met de goede zeden absoluut (dat wil zeggen van meet af aan/ex tunc) nietig is, wanneer deze inbreuk op het recht, zoals het geval is in het hoofdgeding, bestaat in een wezenlijke schending (omzeiling) van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten?

4 Moeten artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18 en artikel 2, lid 6, onder c), van richtlijn 2014/24 aldus worden uitgelegd dat deze bepalingen zich er ex tunc tegen verzetten dat wordt aangenomen dat een voorlopige verkoopovereenkomst zoals die welke aan de orde is in het hoofdgeding rechtsgevolgen heeft gehad?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten: artikel 1, lid 2, onder b)

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG: artikel 2, lid 6, onder c), en artikel 18, lid 1

Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (89/665/EEG); artikel 2 quinquies, lid 1, onder a), en lid 2

Arrest van 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-536/07, EU:C:2009:664, punt 57

Arrest van 10 juli 2014, ██████████ ██████████, C-213/13, EU:C:2014:2067, punten 41, 43 en 44

Arrest van 12 mei 2022, Commissie/Oostenrijk (Verhuur van een nog te bouwen gebouw), C-537/19, EU:C:2021:319, punten 49 en 50

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (wet nr. 40/1964 tot vaststelling van het burgerlijk wetboek) van 26 februari 1964, zoals gewijzigd (hierna: „o.z.”):

- § 39: „Een rechtshandeling die naar inhoud of doel in strijd is met het recht, de wet omzeilt of in strijd is met de goede zeden is nietig” (absolute nietigheid van een rechtshandeling)
- § 40a: „Indien de nietigheid van een rechtshandeling voortvloeit uit de bepalingen van § 49a, § 140, § 145, lid 1, § 479, § 589 of § 701, lid 1, wordt de

rechtshandeling geacht geldig te zijn, tenzij degene op wie deze rechtshandeling betrekking heeft de nietigheid ervan inroept. De nietigheid van een rechtshandeling kan niet worden ingeroepen door degene die deze heeft veroorzaakt. Hetzelfde geldt wanneer een rechtshandeling niet is verricht in de door de partijen overeengekomen vorm (§ 40). Indien een rechtshandeling in strijd is met een algemeen geldende wettelijke prijsregeling, is deze rechtshandeling slechts nietig voor zover zij in strijd is met die regeling, indien de nietigheid van de rechtshandeling wordt ingeroepen door degene op wie deze betrekking heeft.” (relatieve nietigheid van een rechtshandeling)

Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (wet nr. 25/2006 inzake overheidsopdrachten en tot wijziging en aanvulling van bepaalde wetten) van 14 december 2005, zoals gewijzigd (hierna: „wet nr. 25/2006”): § 1, lid 2, onder m), en lid 7, § 3, lid 3, en § 147a

Zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (wet nr. 343/2015 inzake overheidsopdrachten en tot wijziging en aanvulling van bepaalde wetten) van 18 november 2015, zoals gewijzigd (hierna: „wet nr. 343/2015”): § 1, lid 2, onder c), § 3, lid 3, § 10, lid 3, en § 181, leden 1 en 11

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure**

- 1 De regering van de Slowaakse Republiek (hierna: „regering”) heeft in de jaren 2006-2013 verschillende besluiten vastgesteld met het oog op de bouw in Slowakije van de Národný futbalový štadión (nationaal voetbalstadion; hierna ook: „stadion”) in overeenstemming met de normen van de UEFA. De investeerder/projectontwikkelaar diende te worden geselecteerd in het kader van een openbare procedure.
- 2 Op 10 juli 2013 heeft de regering, zonder een aanbestedingsprocedure te hebben ingeleid of een vergelijkend onderzoek te hebben ingesteld, besluit nr. 400/2013 vastgesteld, krachtens hetwelk de Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (ministerie van Onderwijs, Wetenschap, Onderzoek en Sport van de Slowaakse Republiek; hierna: „ministerie”) met een specifieke vennootschap, namelijk met Národný futbalový štadión, a. s. (rechtsvoorgangster van verzoekster NFS, a. s.), een memorandum diende te sluiten waarin de voorwaarden voor de toekenning van een subsidie en de voorwaarden voor de bouw van het stadion dienden te worden vastgesteld. De definitieve tekst van het memorandum maakte reeds deel uit van het onderzochte regeringsbesluit. De memorandum o spolupráci pri realizácii výstavby a prevádzke športovej infraštruktúry „Národný futbalový štadión” [memorandum inzake samenwerking bij de bouw en exploitatie van het sportcomplex „Národný futbalový štadión”; hierna: „memorandum”] is ondertekend op 11 juli 2013.
- 3 Op 15 augustus 2013 hebben het ministerie en Národný futbalový štadión, a. s. de Zmluva o podmienkach poskytnutia dotácie na výstavbu Národného futbalového

štadióna (overeenkomst inzake de voorwaarden voor de toekenning van een subsidie voor de bouw van het nationale voetbalstadion; hierna: „subsidievoorwaardenovereenkomst”) gesloten. Overeenkomstig de bepalingen van deze overeenkomst is oproep nr. 2013-11- tot het indienen van verzoeken om toekenning van een sportsubsidie voor de bouw van het stadion (hierna: „oproep tot het indienen van verzoeken”) bekendgemaakt binnen 60 dagen na de inwerkingtreding van de overeenkomst, namelijk op 20 september 2013. Overeenkomstig de oproep tot het indienen van verzoeken is alleen Národný futbalový štadión, a. s. aangewezen als verzoekgerechtigde entiteit.

- 4 Op 21 november 2013 hebben het ministerie en Národný futbalový štadión, a. s. krachtens de oproep tot het indienen van verzoeken de Zmluva o poskytnutí dotácie zo štátneho rozpočtu (overeenkomst inzake de toekenning van een subsidie uit de staatsbegroting) gesloten. De subsidie is toegekend zonder dat een selectie uit een groter aantal belangstellenden is verricht (en zonder dat een vergelijkend onderzoek is ingesteld). Zoals volgt uit regeringsbesluit nr. 400/2013 was Národný futbalový štadión, a. s. namelijk de enige gerechtigde entiteit.
- 5 Het ministerie heeft een subsidie voor het project ter zake van de bouw van het stadion ten bedrage van 27 200 000,00 EUR toegezegd.
- 6 Národný futbalový štadión, a. s. heeft zich verbonden tot het medefinancieren van het stadion voor ten minste 60 % van de bouwkosten.
- 7 Op 10 mei 2016 heeft het ministerie namens de Slowaakse Republiek en als toekomstige koper met NFŠ, a. s., als toekomstige verkoopster, de Zmluva o budúcej (kúpnej) zmluve č. 0385/2016 [voorlopige (verkoop)overeenkomst nr. 0385/2016; hierna: „voorovereenkomst”) gesloten. Daarin zijn krachtens een verzoek van NFŠ, a. s. de voorwaarden voor het sluiten van de toegezegde overeenkomst tot verkoop van het stadion vastgesteld, waarbij tevens is overeengekomen dat in het kader van deze verkoop de risico's in verband met de eigendom en de exploitatie van het stadion dienden te worden overgedragen aan de Slowaakse Republiek. Onderdeel van de voorovereenkomst waren bijlagen met gedetailleerde specificaties van de (materiaal)technische parameters van het aan te leggen bouwwerk, meer bepaald van het stadion. De kenmerken van het bouwwerk zijn derhalve vastgesteld door de Slowaakse Republiek, die daarbij is vertegenwoordigd door het ministerie.
- 8 Diezelfde dag, namelijk op 10 mei 2016, hebben het ministerie en verzoekster bijlage nr. 1 bij de subsidieovereenkomst gesloten. Daarin hebben zij ten aanzien van de Slovenský futbalový zväz (Slowaakse voetbalbond, Slowakije) de mogelijkheid uitgesloten om gratis gebruik te maken van bepaalde delen van het stadion.
- 9 Opdat de voorovereenkomst rechtsgevolgen sorteert, moet aan drie voorwaarden zijn voldaan, namelijk (1) de bekendmaking van de overeenkomst in het centrale overheidsregister voor overeenkomsten, (2) de vaststelling van een besluit van de

Europese Commissie tot beoordeling van de in de voorovereenkomst en de subsidieovereenkomst beoogde transacties vanuit het oogpunt van de toelaatbaarheid van de verleende staatssteun en (3) de inneming van een standpunt over de verenigbaarheid van de in de voorovereenkomst beoogde transacties met de regels inzake overheidsopdrachten door de Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky (bureau voor overheidsopdrachten van de Slowaakse Republiek, Slowakije; hierna: „bureau”), de nationale autoriteit die bevoegd is voor het houden van toezicht op overheidsopdrachten.

- 10 Bij besluit SA.46530 van 24 mei 2017 heeft de Europese Commissie de staatssteun die is verleend in de vorm van de hierboven beschreven subsidie alsmede de verkoopoptie verenigbaar met de interne markt in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU verklaard, wat inhield dat is voldaan aan de tweede van de hierboven genoemde voorwaarden voor het intreden van de rechtsgevolgen van de voorovereenkomst.
- 11 Wat betreft de derde van de hierboven genoemde voorwaarden voor het intreden van de rechtsgevolgen van de voorovereenkomst heeft het bureau, ondanks het verzoek van het ministerie, geen bindend standpunt ingenomen en geen controle op de in de voorovereenkomst beoogde transactie uitgeoefend en deze transactie derhalve niet goedgekeurd. De voorzitter van het bureau heeft bij brief van 8 juli 2016 slechts een niet-bindend antwoord ingezonden.
- 12 Thans zijn de volgende gerechtelijke geschillen aanhangig: 1) het ministerie en de Slowaakse Republiek vorderen van NFŠ, a. s. terugbetaling van het volledige subsidiebedrag ten belope van 27 200 000 EUR, vermeerderd met rente en kosten, op grond dat de subsidieovereenkomst absoluut nietig is omdat zij in strijd is met de wet, 2) NFŠ, a. s. verzoekt het ministerie en de Slowaakse Republiek de inhoud van de niet-afdwingbare bepaling van de voorovereenkomst vast te stellen waarin de procedure voor de berekening van de verkoopprijs van het stadion wordt vastgesteld, 3) NFŠ, a. s. vordert van de Slowaakse Republiek en het ministerie betaling van een contractuele boete ten bedrage van 48 000 000 EUR omdat de toegezegde overeenkomst tot verkoop van het stadion onder de in de voorovereenkomst vastgestelde voorwaarden niet is gesloten en 4) in verband met het stadionproject vordert NFŠ, a. s. van de Slowaakse Republiek en het ministerie betaling van een schadevergoeding ten bedrage van 47 349 262,73 EUR, vermeerderd met rente en kosten.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 13 Verzoekster betoogt dat een particuliere investeerder (verzoekster) zonder de staatssteun, namelijk de subsidie en de verkoopoptie, niet in staat zou zijn geweest om het stadion te bouwen. De staatssteun voor dit project bestond uit twee instrumenten, namelijk de subsidie in het kader van de subsidieovereenkomst en de optie in het kader van de voorovereenkomst. Volgens verzoekster hebben de subsidievoorwaardenovereenkomst en het memorandum gezamenlijk een juridisch

kader gecreëerd om ervoor te zorgen dat zij van staatssteun verzekerd zou zijn indien de procedure ter zake van de oproep tot het indienen van verzoeken om toekenning van een subsidie met het oog op de bouw van het stadion voor haar een gunstige afloop kende.

- 14 Voorts betoogt verzoekster dat de voorovereenkomst niet de verplichting inhoudt om het stadion te bouwen en dit vervolgens aan het ministerie door te verkopen. Volgens verzoekster beantwoordt de voorovereenkomst namelijk niet aan de definitie van een overheidsopdracht, omdat een overeenkomst volgens de rechtspraak van het Hof slechts als overheidsopdracht kan worden aangemerkt indien daaruit de verplichting voortvloeit om bepaalde werken uit te voeren waarvan de uitvoering in rechte kan worden afgedwongen. De voorovereenkomst bevat geen dergelijke verplichting. Verzoekster betwist dat de voorovereenkomst onder bezwarende titel is gesloten op grond dat deze overeenkomst uitsluitend betrekking heeft op de aan verzoekster verleende optie en niet op haar verplichting om de overeenkomst ten uitvoer te leggen.
- 15 Het ministerie betoogt dat bij de bouw van het stadion de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn overtreden. Het is van mening dat de overeenkomst tot toekenning van een subsidie uit de staatsbegroting in strijd met de wet is gesloten, aangezien de subsidie is toegekend terwijl de overeenkomst is gesloten krachtens een oproep die niet voorziet in een vergelijking van de aanvragers van financiering. Volgens het ministerie is de subsidieovereenkomst derhalve nietig in de zin van § 39 o.z. (absolute nietigheid).
- 16 Voorts voert het ministerie aan dat de niet-toepassing van een openbare aanbestedingsprocedure en de in beginsel rechtstreekse gunning van de opdracht aan NFŠ, a.s. niet alleen in strijd was met de wetgeving inzake overheidsopdrachten maar tevens met andere in de Slowaakse Republiek geldende bepalingen die voorzien in een vergelijkend onderzoek en in een verplichting tot het zuinig en doeltreffend beheren van publieke middelen.
- 17 Het ministerie is van mening dat de overeenkomst inzake de toekenning van een subsidie uit de staatsbegroting en de voorovereenkomst een naar tijd en voorwerp samenhangend geheel van wederzijdse rechten en verplichtingen van het ministerie en NFŠ, a. s. vormen, zodat het regime van wet nr. 25/2006, zoals gewijzigd, of wet nr. 343/2015 doelbewust is omzeild en de overeenkomst bijgevolg van meet af aan absoluut nietig is wegens strijdigheid met of omzeiling van de wet inzake overheidsopdrachten.
- 18 Het ministerie is van mening dat de projectontwikkelaar of investeerder had moeten worden geselecteerd in het kader van een transparant vergelijkend onderzoek en dat geen voorkeur aan een bepaalde privaatrechtelijke entiteit had mogen worden gegeven.
- 19 Het ministerie betoogt dat in de subsidieovereenkomst de voorwaarden zijn vastgesteld waaraan het stadion diende te voldoen (het moest een stadion van



categorie 4 in de zin van de richtsnoeren van de UEFA zijn en voldoen aan bepaalde eisen inzake capaciteit, uitrusting, afmetingen, technische parameters en voorbereiding van de sportbeoefenaren, enz.) Het ministerie was lid van het comité dat de bouw van het stadion heeft geleid en gecontroleerd, zodat het opmerkingen kon maken over de voortgang van de bouw en het gebruik, alsmede over andere kwesties in verband met de bouw, de financiering en de analyses en adviezen van externe adviseurs. De taken en de controle van het toezichtcomité zijn ook rechtstreeks geregeld in de voorovereenkomst (punt 4.1.1 ervan).

- 20 Bovendien is het ministerie van mening dat punt 2.2 van de voorovereenkomst, gelet op de daarin opgenomen berekening van de verkoopprijs (met inbegrip van een aanduiding van de bovengrens ervan), uitdrukkelijk in een geldelijke tegenprestatie voorziet. De voorovereenkomst voorziet derhalve zelf in een procedure met betrekking tot de prijs waartegen de staat het stadion krachtens de toegezegde verkoopovereenkomst diende te kopen. De gehele transactie waarin de voorovereenkomst voorziet kan derhalve reël in geld worden gewaardeerd, en het is niet van belang of het uiteindelijke bedrag al dan niet in de toegezegde verkoopovereenkomst werd opgenomen, aangezien uit deze overeenkomst reeds zonder enige twijfel volgt dat partijen een transactie onder bezwarende titel op het oog hadden. De aanvaarding van het door NFŠ, a.s. gepresenteerde begrippenpaar „bezoldigde/onbezoldigde werken” zou ertoe leiden dat het in de praktijk mogelijk zou zijn om met behulp van deze bewuste en onrechtmatige methode om het even welke overeenkomst onder bezwarende titel om te vormen in een overeenkomst om niet, namelijk door een toegezegde overeenkomst onder bezwarende titel op te vatten als een verbintenis in het kader van een voorovereenkomst waarbij het recht op een „eenzijdige optie” tot het sluiten van een toegezegde overeenkomst onder bezwarende titel slechts aan één contractpartij (inschrijver) wordt toegekend.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing**

- 21 Verduidelijkt moet worden of (i) de overeenkomst tot toekenning van een subsidie voor het aanleggen van het bouwwerk, dat naast commerciële doeleinden tevens de openbare bevordering van de sport moet dienen, en (ii) de voorovereenkomst tussen het ministerie (de staat) en de betrokken privaatrechtelijke entiteit, die is geselecteerd zonder dat een vergelijkend onderzoek is ingesteld, een „overheidsopdracht voor werken” in de zin van artikel 1, lid 2, onder b), van richtlijn 2004/18/EG en artikel 2, lid 6, onder c), van richtlijn 2014/24/EU vormen, wanneer:
- de subsidieovereenkomst moet worden aangemerkt als door de Europese Commissie goedgekeurde staatssteun in de zin van artikel 107, lid 3, onder c), VWEU,
  - de in deze overeenkomst neergelegde verbintenissen verband houden met een subsidieverplichting van de staat en een verplichting van de privaatrechtelijke entiteit om een bouwwerk aan te leggen onder de

door het ministerie vastgestelde voorwaarden en om een sportorganisatie in staat te stellen om een deel van het bouwwerk te gebruiken en

- de in de voorovereenkomst neergelegde verbintenissen verband houden met een eenzijdige optie die aan de privaatrechtelijke entiteit wordt verleend in de vorm van een verplichting van de staat om het aangelegde bouwwerk terug te kopen,
  - zodat deze overeenkomsten een naar tijd en voorwerp samenhangend kader van wederzijdse verplichtingen tussen het ministerie en de privaatrechtelijke entiteit vormen.
- 22 Partijen in het hoofdgeding wijzen erop dat in de relevante rechtsleer en de rechtspraak niet is uitgemaakt of een schending van de wet inzake overheidsopdrachten resulteert in de absolute nietigheid van gesloten overeenkomsten (nietigheid van meet af aan – *ex tunc*) dan wel in de relatieve nietigheid van dergelijke overeenkomsten (*ex nunc*).
- 23 In dit verband wijst verzoekster er in haar verzoek om vaststelling van de bewoordingen van de voorovereenkomst, namelijk in het gedeelte betreffende de vaststelling van de verkoopprijs, op dat „in de relevante rechtsleer noch in de rechtspraak afdoende is uitgemaakt of een schending van de wet inzake overheidsopdrachten resulteert in de absolute dan wel in de relatieve nietigheid van een gesloten overeenkomst”. In dit verband betoogt verzoekster dat de nietigheid van een rechtshandeling (overeenkomst) niet kan worden ingeroepen door degene die deze heeft veroorzaakt (§ 40a o.z.).
- 24 Het ministerie vordert de vaststelling van de absolute nietigheid van de rechtshandeling (overeenkomst), aangezien het bestreden geheel van overeenkomsten resulteert in een kennelijke omzeiling van de in de wet inzake overheidsopdrachten en in het Unierecht vastgestelde regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.
- 25 De nationale rechtspraak hierover is niet uniform. Verzoekster verwijst naar uitspraken van de Krajský súd v Bratislave (rechter in tweede aanleg Bratislava, Slowakije), waarin ten aanzien van een schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten het begrip „relatieve nietigheid van een overeenkomst” wordt gehanteerd. Het ministerie verwijst daarentegen naar een uitspraak van de Ústavný súd (grondwettelijk hof van de Slowaakse Republiek) waarin een schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten wordt gekoppeld aan een absolute nietigheid *ex tunc*, alsmede naar een beslissing van de Krajský súd v Bratislave, waarin deze rechterlijke instantie heeft geoordeeld dat de gunning van een opdracht die had moeten worden gegund overeenkomstig de procedure van de wet inzake overheidsopdrachten maar niet op deze wijze is gegund eveneens tot de absolute nietigheid van een dergelijke overeenkomst leidt.

- 26 In het licht van het voorgaande moet worden vastgesteld of artikel 2 quinquies, lid 1, onder d), en lid 2, van richtlijn 89/665 in de weg staat aan een nationaalrechtelijke regeling van een lidstaat volgens welke een rechtshandeling die naar bewoordingen of doel in strijd is met het recht, de wet omzeilt of in strijd is met de goede zeden absoluut (dat wil zeggen van meet af aan/ex tunc) nietig is, wanneer deze inbreuk op het recht bestaat in een wezenlijke schending (omzeiling) van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.