

**Sag C-28/23**

**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement**

**Dato for indlevering:**

24. januar 2023

**Forelæggende ret:**

Okresný súd Bratislava III (Slovakiet)

**Afgørelse af:**

16. januar 2023

**Sagsøger:**

NFŠ a. s.

**Sagsøgte:**

Slovenská republika (Den Slovakiske Republik) repræsenteret ved Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministeriet for uddannelse, videnskab, forskning og sport i Den Slovakiske Republik, Slovakiet)

Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Ministeriet for uddannelse, videnskab, forskning og sport i Den Slovakiske Republik)

---

## Hovedsagens genstand

Anmodning om en præjudiciel afgørelse – opførelse af et fodboldstadion – offentlige bygge- og anlægskontrakter – gensidigt bebyrdende tilsagn – tilskudsftale – kvalificering af kontrakten som en offentlig kontrakt – kontraktens absolutte og relative ugyldighed – direktiv 2004/18/EU, 2014/24/EU og 89/665/EØF

## Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen om præjudiciel afgørelse

Fortolkning af EU-retten, artikel 267 TEUF

## Præjudicielle spørgsmål

1 Udgør en tilskudsftale og gensidigt bebyrdende tilsagn om salg, som er indgået mellem ministeriet (staten) og et privatretligt retssubjekt, der er udvalgt uden en udbudsprocedure, en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18/EF eller artikel 2, stk. 6, litra c), i direktiv 2014/24/EF, når tilskudsftalen udgør statsstøtte, der er godkendt af Europa-Kommissionen som omhandlet i artikel 107, stk. 3, litra c), TEUF, når de forpligtelser, der er omfattet af tilskudsftalen, består i en forpligtelse for staten til at yde et tilskud og en forpligtelse for det privatretlige retssubjekt til at opføre bygningen på de af ministeriet fastsatte betingelser og til at lade sportsorganisationen benytte en del af denne bygning, og når de forpligtelser, der er omfattet af det gensidigt bebyrdende tilsagn, består i en ensidig option, der er indrømmet det privatretlige retssubjekt i form af en forpligtelse for staten til at tilbagekøbe den opførte bygning, således at disse kontrakter udgør en indbyrdes sammenhængende ramme af gensidige forpligtelser mellem ministeriet og det privatretlige retssubjekt i tidsmæssig og materiel henseende?

2 Er artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18 eller artikel 2, stk. 6, litra c), i direktiv 2014/24 til hinder for en medlemsstats nationale lovgivning, hvorefter en retshandel, som efter sit indhold eller formål er i strid med loven eller udgør en omgåelse af loven eller er i strid med anerkendte sædelighedsprincipper, er ubetinget ugyldig (dvs. fra begyndelsen/ex tunc), når denne tilsidesættelse af loven består i en væsentlig tilsidesættelse af de offentlige udbudsprincipper?

3 Er artikel 2d, stk. 1, litra a), og artikel 2d, stk. 2, i direktiv 89/665/EØF til hinder for en bestemmelse i en medlemsstats nationale lovgivning, hvorefter en retshandel, der efter sit indhold eller formål er i strid med loven eller udgør en omgåelse af loven eller strider mod sædelighedsprincipper, er ubetinget ugyldig (dvs. fra begyndelsen/ex tunc), når denne tilsidesættelse af loven består i en

væsentlig tilsidesættelse (omgåelse) af de offentlige udbudsprincipper, som i hovedsagen?

4 Skal artikel 1, stk. 2, litra b) i direktiv 2004/18 eller artikel 2, stk. 6, litra c) i direktiv 2014/24 fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for, at det kan antages ex tunc, at gensidigt bebyrdende tilsagn om salg som den i hovedsagen omhandlede har haft retsvirkninger?

### **Anførte EU-retlige forskrifter**

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter; artikel 1, stk. 2, litra b)

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF; artikel 2, stk. 6, litra c), artikel 18, stk. 1

Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (89/665/EEØF); artikel 2d, stk. 1, litra a), og artikel 2d, stk. 2

Domstolens dom af 29. oktober 2009, Kommissionen mod Tyskland, sag C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664), præmis 57

Domstolens dom af 10. juli 2014, Impresa Pizzarotti, sag C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, præmis 41, 43, 44

Domstolens dom af 22. april 2021, Kommissionen mod Østrig (Leje af en endnu ikke opført bygning), C-5[37]/19, ECLI:EU:C:2021:319, præmis 49, 50

### **Anførte nationale retsforskrifter**

Zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (lov af 16.2.1964 nr. 40/1964 den civile lovbog) som ændret (herefter »den civile lovbog«):

- § 39: »En retshandel, der efter sit indhold eller formål er i strid med loven eller udgør en omgåelse af loven eller er i strid med sædeligheden, er ugyldig« (retshandlens absolutte ugyldighed)
- § 40a: »Hvis årsagen til en retshandels ugyldighed følger af bestemmelserne i § 49a, § 140, § 145, stk. 1, § 479, § 589 og § 701, stk. 1, anses retshandlen for gyldig, hvis den person, som retshandlen vedrører, ikke påberåber sig retshandlens ugyldighed. Ugyldigheden kan ikke påberåbes af den person, der selv har forårsaget den. Det samme gør sig gældende, hvis retshandlen ikke er

blevet udført i den form, som parterne har forbeholdt sig (§ 40). Hvis en retshandel er i strid med en generelt gældende prisregulering, er den kun ugyldig i det omfang, den er i strid med denne regulering, hvis ugyldigheden påberåbes af den person, som retshandlen omhandler.« (retshandlens relative ugyldighed)

Zákon zo 14. decembra 2005 č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (lov af 14.12.2005 nr. 25/2006 om offentlige udbud og om ændring og supplerung af visse love) som ændret; § 1, stk. 2, litra m), § 1, stk. 7, § 3, stk. 3 og § 147a

Zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (lov af 18.11.2015 nr. 343/2015 om offentlige udbud og om ændring og supplerung af visse love) som ændret; § 1, stk. 2, litra c), § 3, stk. 3, § 10, stk. 3, § 181, stk. 1, og § 181, stk. 11

### **Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen**

- 1 Republikken Slovakiets regering (herefter »regeringen«) vedtog en række love i årene 2006-2013 med henblik på at bygge Národný futbalový štadión (det nationale fodboldstadion, herefter »stadionet«) i Slovakiet, som skulle opfylde UEFA's standarder. Projektets investor/entreprenør skulle udvælges som led i et offentligt udbud.
- 2 Den 10. juli 2013 vedtog regeringen uden at have foretaget en udbudsprocedure eller konkurrenceprocedure beslutning nr. 400/2013, på grundlag af hvilken Ministerstvo školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky (Den Slovakiske Republiks ministerium for uddannelse, videnskab, forskning og sport, herefter »uddannelsesministeriet«) skulle indgå et memorandum med et bestemt selskab, navnlig Národný futbalový štadión, a. s. (sagsøgerens retsforgænger NFŠ, a.s.), som skulle fastlægge betingelserne for tildelingen og opførelsen af stadionet. Den endelige tekst til memorandummet var allerede en del af den pågældende regeringsbeslutning. Memorandum o spolupráci pri realizácii výstavby a prevádzke športovej infraštruktúry »Národný futbalový štadión« (samarbejdsmemorandum om opførelse og drift af sportsinfrastrukturen »Národný futbalový štadión« (nationalt fodboldstadion), herefter »memorandum«) blev undertegnet den 11. juli 2013.
- 3 Den 15. august 2013 indgik uddannelsesministeriet og Národný futbalový štadión, a. s. Zmluva o podmienkach poskytnutia dotácie na výstavbu Národného futbalového štadióna (kontrakt om vilkår og betingelser for tilskud til opførelse af det nationale fodboldstadion, herefter »tilskudsaftalen«). I henhold til kontraktens betingelser blev forslagsindkaldelsen med henblik på tildeling af tilskud på sportsområdet nr. 2013-11- »Národný futbalový štadión« (herefter »forslagsindkaldelsen«) offentliggjort inden for 60 dage efter kontraktens ikrafttræden, dvs. den 20. september 2013. I henhold til forslagsindkaldelsen var

det kun selskabet Národný futbalový štadión, a. s., der blev angivet som en enhed med ret til at indgive forslag.

- 4 Den 21. november 2013 indgik uddannelsesministeriet og Národný futbalový štadión, a. s. Zmluva o poskytnutí dotácie zo štátneho rozpočtu (aftale om tilskud fra statsbudgettet) i henhold til forslagsindkaldelsen. Tilskuddet blev ydet uden udvælgelse blandt en bredere vifte af interesserede parter (uden om udbudsprocedurerne), da den eneste støtteberettigede enhed anført i forslagsindkaldelsen var Národný futbalový štadión, a. s., som anført i regeringsbeslutning nr. 400/2013
- 5 Undervisningsministeriet forpligtede sig til at yde et tilskud på 27 200 000 EUR til gennemførelsen af opførelsen af stadionet.
- 6 Selskabet Národný futbalový štadión, a. s. forpligtede sig til at medfinansiere stadionet med mindst 60% af udgifterne forbundet med opførelsen heraf.
- 7 Den 10. maj 2016 indgik undervisningsministeriet, der handlede på vegne af Den Slovakiske Republik, som den fremtidige køber, med selskabet NFŠ, a. s. som den fremtidige sælger Zmluva o budúcej (kúpnej) zmluve č. 0385/2016 (gensidigt bebyrdende tilsagn (om salg) nr. 0385/2016, herefter »det gensidigt bebyrdende tilsagn«), som fastlagde vilkårene og betingelserne for indgåelse af det gensidigt bebyrdende tilsagn om salg af stadionet på grundlag af en opfordring fra NFŠ, a. s. til at sælge stadionet, hvorefter der i forbindelse med salget skulle ske en overførelse af de risici, der er forbundet med ejerskabet og driften af stadionet, til Den Slovakiske Republik. En del af det gensidigt bebyrdende tilsagn var udgjort af bilag indeholdende detaljerede specifikationer af de tekniske og materielle parametre for den opførte bygning – stadionet. Bygningens egenskaber blev derfor fastlagt af Den Slovakiske Republik repræsenteret ved undervisningsministeriet.
- 8 Samme dag, dvs. den 10. maj 2016, indgik undervisningsministeriet og sagsøgeren bilag nr. 1 til tilskudsaftalen, som udelukkede Slovenský futbalový zväz' (det slovakiske fodboldforbund, Slovakiet) frie brug af visse områder af stadionet.
- 9 Retsvirkningen af det gensidigt bebyrdende tilsagn var betinget af opfyldelsen af tre betingelser, navnlig 1) offentliggørelsen af tilsagnet i det nationale centrale register for kontrakter, 2) Europa-Kommissionens udstedelse af en afgørelse om vurderingen af de transaktioner, der er omhandlet det gensidigt bebyrdende tilsagn og tilskudsaftalen, med henblik på at vurdere, om der kan ydes statsstøtte, og 3) stillingstagen til, hvorvidt de transaktioner, der er omhandlet i det gensidigt bebyrdende tilsagn, er forenelige med reglerne for offentlige udbud af Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky (kontoret for indgåelse af offentlige kontrakter i Den Slovakiske Republik, Slovakiet; herefter »kontoret«) som er den nationale tilsynsmyndighed for offentlige udbud.
- 10 Ved afgørelse SA.46530 af 24. maj 2017 godkendte Europa-Kommissionen statsstøtten i form af det ovenfor beskrevne tilskud og den ovenfor beskrevne put-

option for forenelig med det indre marked i henhold til artikel 107, stk. 3, litra c), TEUF, hvilket betød, at den anden af de ovennævnte betingelser for, at det gensidigt bebyrdende tilsagn kunne få retsvirkning, var opfyldt.

- 11 Med hensyn til den tredje af de ovennævnte betingelser for, at det gensidigt bebyrdende tilsagn kunne få retsvirkning, har kontoret på trods af undervisningsministeriets anmodning herom ikke taget bindende stilling eller foretaget noget tilsyn med hensyn til den transaktion, der er omhandlet i det gensidigt bebyrdende tilsagn, og har derfor ikke godkendt den transaktion, der er omhandlet i det gensidigt bebyrdende tilsagn. Formanden for kontoret sendte kun et ikke-bindende svar i form af et brev af 8. juli 2016.
- 12 Følgende retssager verserer i øjeblikket: 1) undervisningsministeriet og Den Slovakiske Republik har sagsøgt selskabet NFŠ, a. s. om tilbagesøgning af hele støttebeløbet på 27 200 000 EUR med tillæg af renter og omkostninger med den begrundelse, at tilskudsaftalen er absolut ugyldig, idet den er uforenelig med loven, 2) selskabet NFŠ, a. s. har sagsøgt undervisningsministeriet og Den Slovakiske Republik med henblik på at fastslå, at indholdet af bestemmelserne i det gensidigt bebyrdende tilsagn, der fastsætter proceduren for beregning af salgsprisen for stadionet, er ugyldig, og ikke kan håndhæves, 3) selskabet NFŠ, a. s. har sagsøgt Den Slovakiske Republik og undervisningsministeriet om betaling af en bod på 48 000 000 EUR for manglende indgåelse af det gensidigt bebyrdende tilsagn om salg af stadionet i henhold til det gensidigt bebyrdende tilsagn, og 4) selskabet NFŠ, a. s. har sagsøgt Den Slovakiske Republik og undervisningsministeriet for skader forbundet med stadionprojektet for et beløb på 47 349 262,73 EUR med tillæg af renter og omkostninger.

### **De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter**

- 13 Sagsøgeren har anført, at opførelsen af stadionet uden statsstøtte i form af tilskud og en put-option ikke ville have været mulig for en privat investor (sagsøgeren). Statsstøtten til dette projekt bestod af to instrumenter, nemlig det tilskud, der blev ydet i henhold til tilskudsaftalen, og den option, der blev fastsat i det gensidigt bebyrdende tilsagn. Efter sagsøgerens opfattelse skabte tilskudsaftalen og memorandummet i fællesskab en retlig ramme, der skulle sikre sagsøgeren, at hvis det lykkes at komme igennem proceduren for forslagsindkaldelsen om tilskud til opførelsen af stadionet, ville sagsøgeren være sikret statsstøtte.
- 14 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at det ikke følger en pligt til at gennemføre og dernæst sælge stadionet til undervisningsministeriet af det gensidigt bebyrdende tilsagn. Ifølge sagsøgeren opfylder tilsagnet ikke definitionen af en offentlig kontrakt, idet det følger af Domstolens praksis, at for at kunne blive kvalificeret som en offentlig kontrakt skal det følge af den pågældende kontrakt, at der foreligger en forpligtelse til at udføre visse bygge- og anlægsarbejder, som kan kræves opfyldt ved domstolene. Det gensidigt bebyrdende tilsagn indeholder imidlertid ikke en sådan forpligtelse. Sagsøgeren



har bestridt, at tilsagnet er gensidigt bebyrdende, idet sagsøgeren har gjort gældende, at genstanden for tilsagnet udelukkende er sagsøgerens mulighed og ikke dennes forpligtelse til at opfylde kontrakten.

- 15 Undervisningsministeriet har gjort gældende, at de offentlige udbudsprincipper er blevet tilsidesat i forbindelse med opførelsen af stadionet. Ministeriet er af den opfattelse, at indgåelsen af aftalen om ydelse af tilskud fra statsbudgettet, er sket i strid med loven, idet tilskuddet er blevet tildelt, mens den kontrakt, der var indgået på grundlag af forslagsindkaldelsen, ikke fastsatte en udvælgelsesprocedure mellem ansøgerne om finansieringsmidlerne. Ifølge undervisningsministeriet er tilkudsaftalen derfor ugyldig som omhandlet i den civile lovbogs § 39 (absolut ugyldighed).
- 16 Undervisningsministeriet har endvidere gjort gældende, at den manglende anvendelse af procedurerne for offentlige udbud og den i det væsentlige direkte tildeling af kontrakten til selskabet NFŠ, a. s. ikke blot var i strid med lov om offentlige udbud, men også med anden lovgivning i Den Slovakiske Republik, der foreskriver anvendelse af en udbudsprocedure eller fastsætter en forpligtelse til en økonomisk og effektiv forvaltning af offentlige midler.
- 17 Undervisningsministeriet er af den opfattelse, at aftalen om ydelse af tilskud fra statsbudgettet og det gensidigt bebyrdende tilsagn udgør et indbyrdes sammenhængende kompleks af gensidige rettigheder og forpligtelser for undervisningsministeriet og selskabet NFŠ, a. s. med hensyn til tid og genstand, hvorved der er sket en forsætlig omgåelse af ordningen i zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (lov nr. 25/2006 om offentlige udbud og om ændring og supplering af visse love) som ændret, eller zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní (lov nr. 343/2015 om offentlige udbud), og er derfor absolut ugyldig fra begyndelsen på grund af tilsidesættelse eller omgåelse af lov om offentlige udbud.
- 18 Undervisningsministeriet er af den opfattelse, at valget af kontrahent eller investor burde have fundet sted inden for rammerne af en gennemsigtig konkurrence, og at der ikke var grund til at begunstige et bestemt privatretligt retssubjekt.
- 19 Undervisningsministeriet har gjort gældende, at tilkudsaftalen specificerede de betingelser, som stadionet skulle opfylde (det skulle være et stadion i kategori 4 i henhold til UEFA-direktivet, opfylde visse krav med hensyn til kapacitet, udstyr, dimensioner, tekniske parametre, forberedelse af sportsrepræsentanter osv.) Undervisningsministeriet var medlem af det udvalg, der styrede og førte tilsyn opførelsen af stadionet, hvilket gav ministeriet mulighed for at kommentere fremskridtene mvd opførelsen og brugen af stadionet samt andre spørgsmål vedrørende opførelsen, finansieringen og eksterne rådgiveres analyser og udtalelser. Overvågningsudvalgets opgaver og tilsyn blev også reguleret direkte i det gensidigt bebyrdende tilsagn (tilsagnets punkt 4.1.1).

- 20 Desuden er undervisningsministeriet af den opfattelse, at der i det gensidigt bebyrdende tilsagns punkt 2.2 udtrykkeligt er fastsat en monetær modydelse i form af beregning af salgsprisen (herunder med angivelse af dens øvre grænse). I selve det gensidigt bebyrdende tilsagn er der således fastsat en procedure for hvilken pris staten skal købe stadionet for i henhold til det gensidigt bebyrdende tilsagn om salg. Hele den transaktion, der er fastsat i det gensidigt bebyrdende tilsagn, kan derfor realistisk værdiansættes i penge, og det er uden betydning, om det endelige beløb er skrevet ind i det gensidigt bebyrdende tilsagn om salg, da det allerede utvivlsomt fremgår af det gensidigt bebyrdende tilsagn, at der er tale om en transaktion mod vederlag mellem aftalparterne. Hvis begrebet »vederlag/ikke vederlag«, som NFSŽ, a. s. har benyttet, anvendes, vil det i praksis betyde, at det ved hjælp af denne bevidste og ulovlige metode vil være muligt at omdanne enhver aftale mod vederlag til en aftale uden vederlag, og dette vil kunne ske ved at omdanne et tilsagn til en form for forpligtelse i et gensidigt bebyrdende tilsagn med indrømmelse af retten til en »ensidig option« til alene at yde et tilsagn mod vederlag til den ene part i aftalen (tilbudsgiveren).

#### **Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen**

- 21 Det bør afklares, om (i) en tilskudsaftale til brug for opførelsen af en bygning, der ud over sit kommercielle formål også skal tjene til offentlig fremme af sporten, og (ii) et gensidigt bebyrdende tilsagn mellem undervisningsministeriet (staten) og et privatretligt retssubjekt, der er udvalgt uden en udbudsprocedure, udgør en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/18/EF eller artikel 2, stk. 6, litra c) i direktiv 2014/23/EU, såfremt:
- tilskudsaftalen udgør statsstøtte, der er godkendt af Europa-Kommissionen i henhold til artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF,
  - genstanden for de forpligtelser, der er omfattet af tilskudsaftalen, omfatter en forpligtelse for staten til at yde et tilskud samt en forpligtelse for et privatretligt retssubjekt til at opføre en bygning i henhold til de betingelser, der er fastsat af undervisningsministeriet, og til at lade sportsorganisationen benytte en del af denne struktur, og
  - genstanden for de forpligtelser, der er omfattet af det gensidigt bebyrdende tilsagn, er en ensidig option, der er givet til et privatretlige retssubjekt i form af en forpligtelse for staten til at tilbagekøbe det opførte byggeri,
  - disse kontrakter således udgør en tidsmæssigt og objektivt sammenhængende ramme af gensidige forpligtelser mellem undervisningsministeriet og det privatretlige retssubjekt.
- 22 Parterne i hovedsagen gør opmærksom på, at det ikke er afklaret i litteraturen og retspraksis, om en tilsidesættelse af lov om offentlige udbud medfører kontraktens



absolutte ugyldighed (ugyldighed fra begyndelsen – ex tunc), eller om der er tale om kontraktens relative ugyldighed (ex nunc).

- 23 I den forbindelse har sagsøgeren i sin stævning om fastsættelse af indholdet af det gensidigt bebyrdende tilsagn for så vidt angår den del, der vedrører fastsættelsen af salgsprisen, påpeget, at det »hverken i litteraturen eller i retspraksis er fuldt ud afklaret, om en tilsidesættelse af lov om offentlige udbud medfører kontraktens absolutte eller relative ugyldighed«. Hertil har sagsøgeren gjort gældende, at ugyldigheden af en retshandel (kontrakt) ikke kan påberåbes af den, der har forårsaget ugyldigheden (den civile lovbogs § 40a).
- 24 Undervisningsministeriet har nedlagt påstand om, at retshandlen (kontrakten) erklæres absolut ugyldig, da det anfægtede kompleks af kontrakter fører til en åbenlys omgåelse af offentlige udbudsprincipper, der er reguleret i lov om offentlige udbud og i EU-retten.
- 25 National retspraksis er ikke ensartet for så vidt angår dette spørgsmål. Sagsøgeren har henvist til domme afsagt af Krajský súd v Bratislave (den regionale ret i Bratislava, Slovakiet), som har anvendt begrebet relativ ugyldighed af en kontrakt ved tilsidesættelsen af offentlige udbudsprincipper. Undervisningsministeriet har derimod henvist til en afgørelse truffet af Ústavný súd (Den Slovakiske Republikks forfatningsdomstol), som har forbundet tilsidesættelsen af offentlige udbudsprincipper med absolut ugyldighed ex tunc, samt en afgørelse truffet af Krajský súd mod Bratislave (den regionale ret i Bratislava), hvor denne domstol fastslog, at tildelingen af en kontrakt, som skulle have været tildelt i henhold til den procedure, der er fastsat i lov om offentlige udbud, men som ikke blev tildelt på denne måde, også medfører absolut ugyldighed af den pågældende kontrakt.
- 26 Henset til ovenstående skal det fastslås, om artikel 2d, stk. 1, litra d), og artikel 2d, stk. 2, i direktiv 89/665 er til hinder for en bestemmelse i en medlemsstats nationale lovgivning, hvorefter en retshandel, der efter sit indhold eller formål er i strid med loven eller udgør en omgåelse af loven eller er i strid med anerkendte sædelighedsprincipper, er absolut ugyldig (dvs. fra begyndelsen/ex tunc), hvis denne tilsidesættelse af loven består i en materiel tilsidesættelse (omgåelse) af offentlige udbudsprincipper.