

# KLAGENÆVNET FOR UDBUD

(COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS)

## Rapport annuel 2022

## SOMMAIRE

AVANT-PROPOS.....	5
1. COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS.....	6
1.1 Base législative et création .....	6
1.2 Composition de la commission des recours .....	6
1.3 Secrétariat de la commission des recours en matière de marchés publics .....	8
1.4 Tâches de la commission des recours, y compris ses moyens de réaction et de sanction.....	8
1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge.....	12
1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours .....	13
1.7 Préparation et règlement des dossiers, y compris condamnation aux dépens .....	14
1.8 Affaires liées au droit d'accès aux documents au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration .....	17
2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES .....	19
2.1 Introduction.....	19
2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions définitives .....	19
2.2.1 Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats .....	19
Décisions des 8 février 2022 et 20 juin 2022, Atea A/S contre ministère danois des Affaires étrangères .....	19
Décision du 21 juin 2022, Inlead ApS contre Det Digitale Folkebibliotek .....	22
Décision du 16 septembre 2022, Electrolux Professional A/S contre Alabu Bolig.....	23
Décision du 26 septembre 2022, Borch Teknik A/S contre DR.....	24
Décision du 28 novembre 2022, Grandt Defense ApS contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale .....	26
Décision du 29 novembre 2022, Fayard A/S contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale .....	27
2.2.2 Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres.....	29
Décision du 4 mai 2022, Koss ApS contre Indkøbsfællesskabet IFIRS.....	29
Décision intermédiaire du 25 mai 2022, Aktieselskabet Carl Christensen contre Police nationale danoise.....	30
Décision du 27 juillet 2022, Edora A/S contre les municipalités de Copenhague et d'Aalborg .....	31
2.2.3 Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation .....	33
Décision intermédiaire du 12 janvier 2022, Norsk Luftambulanse AS contre Région Jutland du Nord, Région Jutland-Central, Région Danemark Sud, Région Sjælland et Région Capitale.....	33
Décision intermédiaire du 23 février 2022, Capiro A/S contre Région Jutland-Central .....	34
Décision intermédiaire du 20 avril 2022, Umove Vest A/S contre Nordjyllands Trafikselskab.....	35

Décision intermédiaire du 6 juillet 2022, Assemble A/S contre les municipalités de Herning et de Holstebro.....	37
Décision du 18 juillet 2022, Dräger Danmark A/S contre Région Sjælland, Région Jutland du Nord, Région Jutland Central, Région Danemark Sud et Région Capitale.....	38
Décision du 27 juillet 2022, Edora A/S contre les municipalités de Copenhague et d’Aalborg .....	39
2.2.4 Accords-cadres .....	39
Décision du 5 mai 2022, Peab Asfalt A/S contre Øresundsbro Konsortiet I/S .....	39
Décision du 24 mai 2022, Netcompany A/S contre l’Inspection du travail danoise .....	40
2.2.5 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission.....	42
Décision du 28 janvier 2022, Steelco Nordic A/S contre Région Sjælland .....	42
Décision du 10 février 2022, Assemble A/S contre la municipalité de Lyngby-Taarbæk.....	42
Décision intermédiaire du 20 avril 2022, Umove Vest A/S contre Nordjyllands Trafikselskab .....	44
Décision du 18 mai 2022, Assemble A/S contre la municipalité de Lejre .....	44
Décision du 21 juin 2022, Inlead ApS contre Det Digitale Folkebibliotek .....	45
Décision du 16 septembre 2022, Electrolux Professional A/S contre Alabu Bolig.....	45
Décision du 22 septembre 2022, Filial af Trend Micro Emea Limited contre Région Capitale .....	45
Décision d’indemnisation du 13 décembre 2022, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen contre FynBus, Sydtrafik et Midttrafik.....	46
2.2.6 Motifs d’exclusion .....	48
Décision du 24 octobre 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen contre la municipalité de Herlev.....	48
Décision intermédiaire du 27 octobre 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen contre la municipalité de Frederiksberg.....	49
2.2.7 Procédure négociée.....	50
Décision du 7 mars 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S et HRH EL A/S contre municipalité d’Albertslund.....	50
<b>3. JUGEMENTS PRONONCÉS PAR DES JURIDICTIONS DANOISES SUR DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION .....</b>	<b>52</b>
Jugement du Tribunal judiciaire de Copenhague du 3 mars 2022, G4S Security Services A/S contre Post Danmark A/S, cf. décisions des 22 janvier 2019 et 8 octobre 2020 de la commission des recours.....	52
Jugement du Tribunal de Svendborg du 12 mai 2022, FynBus, Midttrafik et Sydtrafik contre Alsvognen I/S, Betina Thomsen et Allan Peter Gramstrup Thomsen, et jugement du Tribunal de Svendborg du 12 mai 2022, FynBus, Midttrafik et Sydtrafik contre Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, cf. décisions des 19 mai et 27 octobre 2020 de la commission des recours (rapport annuel 2020, page 16). .....	52
Jugement du Tribunal de Frederiksberg du 30 juin 2022, municipalité de Gentofte contre Eksponent ApS, cf. décisions des 29 avril 2020 et 10 février 2021 de la commission des recours (rapport annuel 2021, page 35). .....	53

Jugement du Tribunal de Glostrup du 9 décembre 2022, municipalité de Ringkøbing-Skjern contre De Forenede Dampvaskerier A/S, cf. décisions des 15 mai et 17 décembre 2020 de la commission des recours .....	53
4. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2022 .....	55
4.1 Recours intentés .....	55
4.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres décisions visant l’attribution d’un effet suspensif .....	56
4.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours .....	57
4.4 Recours réglés et issue de ces recours .....	57
4.5 Décisions d’indemnisation prononcées .....	59
4.6 Durée moyenne des procédures .....	59
4.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage) .....	60
4.8 Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage cumulé) .....	61
4.9 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage) .....	62
4.10 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage cumulé) .....	62
5. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS .....	64

## AVANT-PROPOS

Par la présente, la commission danoise des recours en matière de marchés publics (*Klagenævnet for Udbud*) publie son dixième rapport annuel qui, en vertu du décret danois sur la commission des recours en matière de marchés publics, doit décrire le fond des décisions de principe rendues par la commission.

Le chapitre 1 décrit la base législative, la création et la composition de la commission, dont la présidence, les experts et le secrétariat.

Le chapitre 2 comprend le résumé d'une série de décisions prononcées par la commission en 2022, qui ont été sélectionnées selon leur caractère de principe ou l'intérêt particulier qu'elles présentent. Un certain nombre de ces décisions concernaient la compréhension des dispositions centrales de la loi danoise sur la passation des marchés publics (*udbudsloven*). Dans ses observations, la commission s'est attachée à mettre l'accent sur les aspects qu'elle a trouvés particulièrement intéressants. Les décisions de la commission des recours sont régulièrement publiées sur son site à l'adresse [www.klfu.naevneneshus.dk](http://www.klfu.naevneneshus.dk). Ces décisions portent tantôt sur des cas de violation des règles en matière de marchés publics, tantôt sur l'attribution de dommages et intérêts. Une série d'entre elles correspondent en outre aux décisions définitives rendues par la commission concernant l'octroi d'un effet suspensif et le droit d'accès aux documents.

Le chapitre 3 présente les décisions rendues par les juridictions danoises dans des affaires sur lesquelles la commission avait déjà statué.

Le chapitre 4 comprend des informations statistiques sur les activités de la commission des recours, assorties de commentaires. En 2022, 100 recours ont été intentés devant la commission. Ce chiffre est plus ou moins égal à 2016-2018 et légèrement supérieur à 2021. Dans les décisions rendues par la commission en 2022, 36 % des recours environ ont été accueillis, en tout ou en partie, ce qui est supérieur à 2020, mais plus ou moins égal à 2021. En outre, dans quelque 24 % de ses décisions d'octroi d'effet suspensif (dans le cadre desquelles la commission se prononce sur la condition « *fumus boni juris* », c.-à-d. la condition de justification du recours à première vue), la commission a estimé que cette condition était remplie, suite à quoi les parties ont généralement trouvé une solution impliquant le désistement du requérant.

Le chapitre 5 comprend une description des autres activités de la commission au cours de l'année.

En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était en 2022 de sept mois, contre six mois en 2021.

Jakob O. Ebbensgaard, président

Viborg, juillet 2023

# 1. COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

## 1.1 Base législative et création

La commission danoise des recours en matière de marchés publics est une instance parajudiciaire. La commission a été créée en 1992 dans le but d'honorer les engagements du Danemark en vertu des directives sur les procédures de recours (directive 89/665/CEE et directive 92/13/CEE). Les activités de la commission sont aujourd'hui régies par la loi danoise sur la commission des recours en matière de marchés publics (dite « loi sur la commission des recours »), cf. loi consolidée n° 593 du 2 juin 2016, qui a été modifiée par la loi n° 884 du 21 juin 2022 et qui comprend les règles sur les compétences et les activités de la commission. À la loi est rattaché le décret n° 887 du 11 août 2011 sur la commission des recours en matière de marchés publics (dit « décret sur la commission des recours »), dernièrement modifié par le décret n° 178 du 11 février 2016. Le décret sur la commission des recours comprend entre autres les règles relatives à l'introduction des recours et à la procédure de traitement appliquée par la commission. L'évolution des règles juridiques à la base des activités de la commission sont décrites en détail dans le rapport annuel de la commission pour l'année 2016, chapitre 1, auquel il est fait référence.

## 1.2 Composition de la commission des recours

L'organisation de la commission des recours est établie à l'article 9 de la loi sur la commission des recours et à l'article 1<sup>er</sup> du décret sur la commission des recours.

La commission se compose d'un président et de plusieurs vice-présidents (qui forment ensemble la présidence) ainsi que de plusieurs experts. La présidence et les experts sont nommés par le ministre danois du Commerce et de l'Industrie pour une période allant jusqu'à quatre ans. Leurs mandats peuvent être renouvelés.

La présidence se compose de six juges de seconde instance et de quatre juges de première instance.

Le président organise les travaux de la commission et son secrétariat et nomme, dans chacune des affaires, un président spécifique parmi les membres de la présidence. Le président chargé d'une affaire nomme ensuite l'expert qui devra participer au traitement de cette dernière. Exceptionnellement, le président de la commission peut décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et d'experts devant participer au règlement de l'affaire. À cet égard, il est fait référence à la section 1.5 ci-après.

Les experts de la commission des recours sont nommés parmi des personnes possédant des connaissances dans les domaines, notamment, de la construction, des marchés publics, des transports, des services d'utilité publique ou du droit. Les 20 experts de la commission sont nommés sur proposition des ministères et organisations qui jouissent du droit de proposition en vertu du décret sur la commission des recours. Les experts sont indépendants dans l'exercice de leur rôle au sein de la commission et ne sont donc pas soumis à l'autorité ou au contrôle de l'autorité ou organisation auprès de laquelle ils exercent leur activité principale ni de l'autorité ou organisation dotée du droit de proposition.

En 2022, la présidence de la commission des recours se composait des juges suivants :

Président de la commission des recours en matière de marchés publics :

Nikolaj Aarø-Hansen, juge de seconde instance (jusqu'au 14 août 2022)

Jakob O. Ebbensgaard, juge de seconde instance (nommé président au 15 août 2022)

Autres membres de la présidence de la commission des recours :

- Kirsten Thorup, ancienne juge de seconde instance
- Michael Ellehaug, juge de seconde instance et docteur
- Niels Feilberg Jørgensen, ancien juge de première instance
- Erik P. Bentzen, juge de seconde instance
- Jesper Stage Thusholt, juge de première instance
- Charlotte Hove Lasthein, juge de première instance (jusqu'au 21 février 2022)
- Jesper Jarnit, juge de seconde instance
- Mette Langborg, juge de première instance
- Morten Juul Nielsen, juge de première instance (à compter du 22 février 2022)

Experts de la commission de recours en 2022 :

- Pernille Hollerup, Senior Director
- Jan Eske Schmidt, partenaire de la connaissance
- Lene Ravnholt, conseillère juridique
- Preben Dahl, juriste en chef
- Stephan Falsner, avocat
- Jeanet Vandling, directrice des achats et des marchés publics
- Ole Helby Petersen, professeur (MSO), docteur
- Christina Kønig Mejl, conseillère en chef
- Claus Pedersen, juriste en chef
- Birgitte Nellemann, chef de bureau
- Kurt Helles Bardeleben, avocat
- Maria Haugaard, chef de bureau
- Carina Risvig Hamer, professeur
- Trine Kronbøl, chef de service
- Mikael Kenno Fogde, avocat
- Rikke Fog Bach, directrice commerciale
- Louise Kirkegaard Folling, conseillère en chef
- Torkil Schrøder-Hansen, avocat, conseiller en chef
- Michael Steinicke, professeur
- Christian Lund Hansen, conseiller en chef

### 1.3 Secrétariat de la commission des recours en matière de marchés publics

Le secrétariat de la commission est domicilié auprès de la Direction générale danoise des commissions de recours (*Nævnenes Hus*), qui relève du ministère du Commerce et de l'Industrie (*Erhvervsministeriet*).

Le président de la commission des recours est le directeur du secrétariat qui, pour la plus grande partie de 2022, se composait de trois juristes et de deux secrétaires.

Les juristes de la commission préparent les dossiers et aident, dans certaines affaires, les présidents en charge à rédiger un projet de décision. En outre, les juristes assistent le président de la commission des recours dans le cadre de diverses tâches de gestion. Les secrétaires de la commission des recours participent à la préparation des dossiers, répondent aux questions sur l'ouverture éventuelle d'une procédure de recours contre un marché public passé durant le délai suspensif (*standstill*), assurent diverses tâches administratives et offrent une assistance téléphonique concernant les modalités de la procédure de recours. Ils exécutent par ailleurs une série de tâches communes pour la Direction générale.

En 2022, le secrétariat se composait des personnes suivantes :

- Maiken Nielsen, HEC spécialisation juridique, conseillère spécialisée
- Tanja Bøtker Lindgren, juriste, conseillère spécialisée (congé à compter du 8 avril 2022)
- Mona Rosenlund, juriste, conseillère spécialisée (jusqu'au 13 mars 2022)
- Julie Dybdahl Barrett, assistante, juriste (de mai à septembre 2022)
- Louise Dissing Jensen, assistante, HEC spécialisation juridique (à compter du 15 novembre 2022)
- Stine Loftager Rasmussen, assistante, HEC spécialisation juridique (à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2022)
- Heidi Thorsen, assistante administrative
- Katrine Kirkegaard Gade, assistante en chef (à compter du 16 mars 2022)
- Nadia Reichenbach Bodentien, stagiaire (à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2022)

### 1.4 Tâches de la commission des recours, y compris ses moyens de réaction et de sanction

En application de l'article 10, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours, la commission des recours détermine dans quelle mesure une entité adjudicatrice a violé les règles mentionnées à l'article 1<sup>er</sup>, al. 2 et 3, de ladite loi.

Ainsi, la commission connaît principalement des cas de violation des textes législatifs suivants par les entités adjudicatrices :

- loi danoise sur la passation des marchés publics et règles établies en application de cette loi, à l'exception des cas de violation des articles 1<sup>er</sup> et 193 de ladite loi ;
- droit communautaire concernant la passation des marchés publics, y compris dans le secteur des services d'utilité publique (réglementation européenne sur la passation des marchés publics) ;
- loi danoise sur la mise en concurrence des marchés publics de travaux, dite « loi sur la passation des marchés publics de travaux » (*tilbudsloven*).

Par ailleurs, en vertu de l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration (*offentlighedsloven*), la commission des recours constitue l'instance de recours pour les décisions rendues par d'autres autorités en matière de droit d'accès aux documents liés à des procédures d'appel d'offres.



Référence est faite au chapitre 3 du rapport annuel 2016 pour une description plus détaillée de ces tâches de la commission. Enfin, la commission constitue l'instance de recours pour les cas de violation, par les autorités municipales et régionales, des règles définies dans le décret sur la soumission d'offres de contrôle (décret danois n° 607 du 24 juin 2008) ainsi que dans certains domaines spécifiques pour lesquels la commission est désignée comme instance de recours par la loi ou en application de la loi.

La plupart des dossiers traités par la commission des recours portent sur la loi danoise sur la passation des marchés publics, qui vise principalement à transposer la directive sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE), et les autres règles européennes en matière de marchés publics. Seul un nombre très limité de recours concernent la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux.

La tâche principale de la commission des recours est de prendre des décisions concrètes dans des affaires concrètes. Lorsque la commission prononce une décision de principe, cela se déroule souvent de telle manière que la commission formule des avis généraux qui précisent le fond des règles de droit. Il convient de mettre en garde contre toute interprétation excessive des décisions de la commission des recours et de rappeler qu'elles ne doivent pas être considérées comme ayant des effets plus larges qu'il n'est justifié dans les décisions en question. À cet égard, référence est faite à l'article publié au journal danois *Ugeskrift for Retsvæsen* 2013 B, page 241 et al. (U.2013B.241, Michael Ellehaug: *Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler*, point 1).

En tant que source de droit, les décisions de la commission des recours sont subordonnées aux décisions des juridictions danoises et de la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, seul un petit nombre des décisions de la commission font l'objet d'un recours en justice. Ce nombre était de 3 décisions sur 42 en 2022. Aussi, la jurisprudence de la commission (et plus particulièrement les décisions rendues au cours des dix dernières années) doit-elle être considérée comme une source de droit importante pour l'application des règles en matière de marchés publics au Danemark. De plus, la commission a l'avantage de pouvoir agir plus rapidement que les juridictions. En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était de sept mois en 2022. À cet égard, il convient entre autres de noter qu'une grande partie (quelque 59 %) des recours sont clôturés au cours des trois premiers mois suivant leur introduction (ce chiffre inclut les recours réglés et rejetés). Référence est faite au chapitre 4 du rapport annuel.

#### *Moyens de réaction et de sanction de la commission des recours*

Les articles 12 à 14a et 16 à 19 ainsi que l'article 24, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours confère à la commission des recours divers pouvoirs de sanction afin de pouvoir garantir une application efficace des règles en matière de passation des marchés publics.

#### *Effet suspensif*

Dans les recours introduits durant le délai suspensif (*standstill*) (art. 12, al. 2 et 3, de la loi sur la commission des recours) et dans d'autres types de recours, la commission peut, sur demande (art. 12, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi), octroyer un effet suspensif à un recours si des raisons spéciales le justifient.

Conformément à la jurisprudence de la commission, l'octroi d'un effet suspensif repose sur les conditions suivantes :

1. Le recours doit être justifié à première vue (« fumus boni juris »). Si, a priori, le recours semble voué à l'échec, la condition n'est pas remplie.
2. L'affaire doit être urgente. Autrement dit, l'effet suspensif doit être nécessaire afin d'éviter un préjudice grave et irréparable au requérant.
3. Une mise en balance des intérêts doit être en faveur de l'effet suspensif. Les intérêts du requérant quant à l'octroi de l'effet suspensif doivent peser davantage que les intérêts du défendeur à ce que l'effet suspensif ne soit pas octroyé.

À cet égard, référence est faite au journal danois *Ugeskrift for Retsvæsen* 2010 B, page 303 et al., et 2016 B, page 403 et al. (U.2010B.303, Mette Frimodt Hansen et Kirsten Thorup : *Standstill og opsættende virkning i udbudsretten* ; et U.2016B.403, Katja Høegh et Kirsten Thorup : *Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang*) ainsi qu'au chapitre « *Standstill og opsættende virkning i udbudsretten* » dans *Udbudsretten 2019* de Treumer (éd.).

Lorsque la commission des recours évalue s'il convient d'octroyer un effet suspensif à un recours, il s'agit d'une appréciation provisoire écrite visant à déterminer si les trois conditions sont réunies. Les conditions mentionnées étant cumulatives, aucune décision ne sera prise quant à l'octroi d'un effet suspensif si l'une des conditions n'est pas remplie. La décision d'octroi de l'effet suspensif ne préjuge pas de la décision finale qui sera prononcée dans le cadre du recours.

La jurisprudence de la commission des recours comprend de nombreux exemples de motivation circonstanciée par rapport à la première condition « fumus boni juris ». Le but est d'indiquer au requérant et au défendeur qu'en l'état du dossier, 1) aucune violation caractérisée des règles en matière des marchés publics n'a été commise et qu'il n'est pas envisageable que le requérant obtienne gain de cause à moins que de nouvelles informations importantes ne soient fournies, ou 2) des violations ont été commises, suite auxquelles le défendeur peut/devrait envisager d'annuler la procédure de passation ou, si possible, revoir sa décision d'attribution du marché.

Si une décision d'octroi d'effet suspensif ne comporte pas d'appréciation définitive et ne préjuge donc pas de la décision au fond qui sera prononcée dans l'affaire, la « décision fumus » de la commission sert néanmoins souvent, dans la pratique, à indiquer à la partie contre laquelle la décision sera prononcée que de nouveaux éléments devront être apportés si elle entend obtenir gain de cause lorsque la commission statuera au fond. En 2022, la commission des recours a, dans trois cas, octroyé un effet suspensif à un recours : décision du 25 mai 2022 dans l'affaire HCS A/S Transport & Spedition contre la municipalité régionale de Bornholm et Bornholms Affaldssortering (BOFA) ; décision du 1<sup>er</sup> juin 2022 dans l'affaire Fayard A/S contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale ; et décision du 6 octobre 2022 dans l'affaire Tunstall A/S contre la municipalité de Frederikssund.

Il arrive qu'un effet suspensif soit demandé bien qu'un contrat ait déjà été conclu. Dans ce cas, la procédure d'appel d'offres est déjà clôturée et l'effet suspensif n'a donc pas de sens à moins qu'il ne soit demandé de déclarer le contrat conclu dépourvu d'effets.

Si elle estime qu'un recours peut être réglé en l'état, la commission peut, à la place, décider de régler le recours proprement dit au lieu de rendre une décision d'octroi d'effet suspensif. Le cas échéant, les parties

ont alors la possibilité de produire des mémoires ampliatifs. En 2022, trois décisions de ce type ont été rendues : décision du 22 mars 2022 dans l'affaire Indra Sistemas, S.A. contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale ; décision du 17 juin 2022 dans l'affaire Grandt Defense ApS contre la Police nationale danoise ; et décision du 16 septembre 2022 dans l'affaire Electrolux Professional A/S contre Alabu Bolig. La décision du 16 septembre 2022 est résumée au chapitre 2 du rapport annuel.

#### *Autres moyens de sanction*

En cas de constatation d'une violation des règles en matière de marchés publics, la commission des recours peut notamment, sur la base des conclusions du requérant (articles 13 à 14a et 16 à 19 de la loi sur la commission des recours) :

- suspendre la procédure d'appel d'offres de l'entité adjudicatrice ou ses décisions dans le cadre de la procédure ;
- annuler les décisions illégales ou la procédure d'appel d'offres de l'entité adjudicatrice ;
- déclarer un contrat dépourvu d'effets ; et/ou
- infliger une sanction de substitution à l'entité adjudicatrice ;
- déposer plainte auprès de la police en vue d'infliger une amende ;
- contraindre l'entité adjudicatrice à verser des dommages et intérêts.

Parmi ces sanctions, les plus vastes sont l'absence d'effets, combinée aux règles sur l'imposition de sanctions de substitution/le dépôt de plaintes auprès de la police. L'absence d'effets est uniquement applicable aux cas de violation les plus graves des règles en matière de marchés publics et notamment en cas de passation de marchés de gré à gré et de conclusion d'un contrat pendant le délai suspensif ou durant la période de l'effet suspensif octroyé par la commission des recours.

En cas d'annulation d'une décision d'attribution de marché par voie de décision ou jugement définitifs, l'entité adjudicatrice est tenue, en vertu de l'article 185, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, de résilier tout contrat ou accord-cadre conclu sur la base de ladite décision dans un délai approprié, à moins que des circonstances spéciales ne justifient la poursuite du contrat. Cette disposition n'est pas d'application dans les cas où la sanction « absence d'effets » est appliquée, cf. article 185, al. 2, points 1 et 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Par « décision ou jugement définitifs », il est entendu, conformément à l'exposé des motifs de la loi, une décision définitive rendue par la commission des recours ou un jugement prononcé en dernier ressort par une juridiction de droit commun.

La sanction « absence d'effets » peut être infligée à l'entité adjudicatrice même si celle-ci ignore, en toute bonne foi, qu'un recours a été introduit auprès de la commission des recours durant le délai suspensif, du fait que le requérant a, contrairement à l'article 6, al. 4, de la loi sur la commission des recours, omis de l'en informer. À cet égard, on se reportera à l'article susmentionné de Katja Høegh et Kirsten Thorup, publié dans le journal U.2016B.403, en référence notamment à la décision de la commission des recours du 7 mai 2015 dans l'affaire Rengoering.com A/S contre la municipalité de Ringsted. Néanmoins, l'entité adjudicatrice peut s'adresser au secrétariat de la commission des recours pour savoir si un recours a été introduit contre l'appel d'offres lancé (en indiquant le numéro de l'avis de marché) avant qu'elle ne conclue

un contrat avec le soumissionnaire retenu. Dans la mesure du possible, le secrétariat de la commission répond à de telles questions écrites après 13h00 le jour de leur réception (jour ouvrable).

Si l'entité adjudicatrice ne fait pas partie de l'administration publique et n'est donc pas visée par l'article 19, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, la commission ne peut pas infliger de sanction économique à l'entité adjudicatrice. À la place, elle dépose une plainte auprès de la police lorsqu'il convient, en application de l'article 18, al. 3, de ladite loi, d'infliger à l'entité adjudicatrice une sanction de substitution sous la forme de pénalités financières. À cet égard, référence est faite à la décision de la commission des recours du 16 septembre 2022 dans l'affaire Electrolux Professional A/S contre Alabu Bolig (résumée au chapitre 2 du rapport annuel), où une plainte a été déposée auprès de la police.

Le récapitulatif de la jurisprudence de la commission des recours, publié sur son site web dans le cadre du rapport annuel, comprend d'autres exemples des sanctions appliquées par la commission aux termes de la loi sur la commission des recours.

### 1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge

Les règles relatives à la composition de la commission au cas par cas sont arrêtées à l'article 10, al. 4 et 6, de la loi sur la commission des recours.

#### *Décisions de la commission des recours*

Lorsqu'elle statue sur un recours, la commission se compose a priori d'un membre de la présidence et d'un expert. Le président de la commission nomme le président chargé du dossier en question.

Exceptionnellement, le président de la commission peut, comme indiqué à la section 1.2, décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et, partant, le nombre d'experts devant participer à la procédure. Cette compétence peut être appliquée dans les affaires de principe ou les affaires complexes ou particulièrement complexes, de manière à élargir la composition de la commission à deux membres de la présidence et à deux experts.

En 2022, une décision a été rendue sur la base d'un tel élargissement dans cinq cas : décision du 7 mars 2022 dans l'affaire (trois demandes cumulées) Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S et HRH EL A/S contre la municipalité d'Albertslund ; décision du 28 novembre 2022 dans l'affaire Grandt Defense ApS contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale ; et décision du 29 novembre 2022 dans l'affaire Fayard A/S contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale. Les décisions sont résumées au chapitre 2 du rapport annuel.

#### *Décisions du président en charge*

Dans les affaires qui sont réglées par écrit et qui ne portent pas sur une question de principe, le président en charge du dossier peut décider de statuer sans la participation d'un expert. Toutefois, cette option est rarement utilisée, car la contribution des experts est d'une importance décisive. Un expert participe toujours aux décisions établissant qu'un marché est dépourvu d'effets ou visant l'imposition de sanctions de substitution.

Le président en charge d'un dossier spécifique peut en outre rendre une décision sans la participation d'un expert dans les questions d'ordre procédural. Ces décisions portent notamment sur l'octroi d'un effet suspensif, le droit d'accès aux documents et le rejet des recours non recevables.

### 1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours

Les conditions de recevabilité sont définies aux articles 6, 7 et 10 de la loi sur la commission des recours ainsi qu'aux articles 4 et 5 du décret sur la commission des recours.

Il incombe au secrétariat, en collaboration avec le président en charge de chaque dossier, de s'assurer que le requérant remplit les conditions formelles de recevabilité. Un guide, en danois et en anglais, est publié sur le site web de la commission des recours ([www.klfu.naevneneshus.dk](http://www.klfu.naevneneshus.dk)). Ce guide décrit les exigences que doit remplir un recours et s'adresse avant tout aux requérants qui ne sont pas représentés par un avocat ou autre conseiller professionnel. De plus, le secrétariat offre une assistance téléphonique concernant les modalités de la procédure de recours.

Tout recours doit être introduit auprès de la commission par écrit. Lors de l'introduction de son recours, le requérant est tenu d'en informer l'entité adjudicatrice par écrit et de préciser si le recours est introduit durant le délai suspensif (*standstill*). Si le recours n'est pas introduit durant le délai suspensif, le requérant est tenu, dans sa notification, d'indiquer s'il a demandé l'octroi d'un effet suspensif en application de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours. Lors de l'introduction de son recours, le requérant doit joindre une copie de cette notification. De plus, il doit indiquer si le mémoire comprend des informations qui, selon lui, doivent bénéficier d'une exception au droit d'accès.

Pour tout recours concernant une violation des sections I à III de la loi danoise sur la passation des marchés publics, de la directive sur les services spéciaux, de la directive sur l'attribution de contrats de concession ou de la directive sur la défense et la sécurité, le montant de la taxe de recours s'élève à 20 000 DKK, contre 10 000 DKK pour tout autre recours, y compris concernant une violation de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux. Si la taxe n'est pas réglée lors de l'introduction du recours ou avant l'expiration du délai fixé par la commission des recours, le recours est rejeté.

Le recours doit comprendre des conclusions qui décrivent avec précision les violations sur lesquelles la commission devra se prononcer. La commission des recours est liée par les conclusions et les moyens de recours (arguments) des parties. Sa décision ne peut donc pas aller au-delà des conclusions déposées et la commission ne peut pas tenir compte d'arguments qui n'ont pas été formellement produits (art. 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours). Si la commission ne peut pas aider le requérant à formuler des conclusions valables, elle peut néanmoins lui fournir des instructions à cet égard. Si, sur la base de ces instructions, les conclusions déposées par le requérant ne sont pas acceptables pour le traitement de l'affaire, la commission des recours rejette les conclusions en question ou le recours dans son ensemble, cf. décision du 21 mars 2018 dans l'affaire Scientia Ltd. contre l'Université d'Aarhus et décision du 22 juin 2021 dans l'affaire Pro Medical Covid-19 Test ApS contre Région Jutland-Central, Région Jutland du Nord, Région Danemark Sud, Région Sjælland et Région Capitale.

En outre, l'introduction d'un recours requiert que le requérant possède un intérêt à agir. Ainsi, peuvent intenter un recours les entreprises qui possèdent un intérêt à décrocher un marché spécifique. De manière générale, le requérant aura fait acte de candidature à la présélection ou aura soumis une offre, mais toute

entreprise qui aurait pu effectivement faire acte de candidature ou soumettre une offre (candidat/soumissionnaire potentiel) peut posséder un intérêt à agir. Si le requérant n'est pas en mesure d'établir qu'il possède un intérêt à agir, le recours est rejeté. Tel était par exemple le cas dans le cadre de la décision de la commission de recours du 24 octobre 2022 dans l'affaire KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen contre la municipalité de Herlev, dans laquelle la commission de recours n'a pas estimé qu'un soumissionnaire potentiel possédait un intérêt à agir, car la société était visée par le motif d'exclusion défini à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 5 (aujourd'hui point 4) de la loi danoise sur la passation des marchés publics. La décision est résumée au chapitre 2 du rapport annuel. La commission des recours a rendu diverses décisions qui précisent cette exigence d'un intérêt à agir. Certaines de ces décisions sont décrites dans le récapitulatif de la jurisprudence publié sur le site de la commission dans le cadre du rapport annuel.

La Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation (*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*) et certaines organisations et autorités publiques mentionnées dans l'annexe au décret sur la commission des recours sont spécialement dotées d'une voie de recours.

Par ailleurs, le requérant est tenu de respecter les délais de recours arrêtés à l'article 7 de la loi sur la commission des recours, auquel il est fait référence.

**De manière générale**, les délais de recours sont les suivants :

Délai de recours en cas d'échec à la présélection : 20 jours calendaires

Délai de recours pour les marchés basés sur un accord-cadre avec remise en concurrence ou un système d'acquisition dynamique : 30 jours calendaires (valables uniquement pour les recours concernant les procédures d'appels d'offres communautaires)

Délai de recours pour les « contrats généraux » : 45 jours calendaires

Délai de recours pour les accords-cadres : 6 mois

Délai de recours pour les marchés de gré à gré, pour lesquels la procédure définie à l'article 4 a été suivie (avis de marché de gré à gré) : 30 jours calendaires

Dans le cas de la Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation, un délai de recours spécial de deux ans est d'application à compter du lendemain du jour de publication de l'avis d'attribution.

Les délais arrêtés dans la loi sur la commission des recours sont calculés conformément au règlement européen sur le calcul des délais (règlement n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes).

### 1.7 Préparation et règlement des dossiers, y compris condamnation aux dépens

Les règles relatives à la préparation et au règlement des dossiers sont définies aux articles 6, 10 et 11 de la loi sur la commission des recours et aux articles 6 à 9 du décret sur la commission des recours.

Le secrétariat de la commission des recours prépare les dossiers en collaboration avec le président en charge. Durant la phase de préparation, les parties échangent leurs mémoires et la commission peut demander des compléments d'informations sur certains aspects du dossier.

Ainsi, après avoir déterminé la recevabilité du recours/mémoire (cf. section 1.6), la commission demande au défendeur de rendre compte du cadre factuel et juridique de l'affaire et de transmettre sa contribution au dossier (mémoire en réponse) dans un délai imparti. Ensuite, les parties échangent leurs mémoires ampliatifs (mémoire en réplique, mémoire en duplique, etc.). L'ampleur de cette partie de la procédure dépend de la nature du dossier. Dans le cadre de la procédure, la commission tranche d'éventuels litiges entre les parties concernant le droit d'accès du requérant aux documents. De telles décisions sont prises conformément aux règles définies à cet égard dans la loi danoise sur la procédure administrative, cf. chapitre 3 du rapport annuel 2016. Normalement, le requérant a la possibilité de produire des explications supplémentaires lorsque la commission a tranché la question du droit d'accès aux documents et avant qu'elle ne statue au fond dans l'affaire. Dans tous les cas (et indépendamment donc d'une éventuelle limitation du droit d'accès du requérant aux documents), la commission a accès à toutes les pièces du dossier et peut les prendre en compte pour déterminer si une violation a été commise.

La commission peut autoriser qu'un tiers intervienne dans l'affaire au profit du requérant ou de l'entité adjudicatrice (cf. article 6, al. 3, de la loi sur la commission des recours). Le plus souvent, cela a lieu dans les affaires où l'on demande à faire annuler la décision d'attribution du marché et où une annulation, en application de l'article 185, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, entraînerait a priori une obligation de résilier le marché dans un délai approprié. En cas de question concernant la sanction « absence d'effets », la partie avec qui le contrat est conclu a le droit inconditionnel d'intervenir et doit en être informée (cf. article 6, al. 5, de la loi sur la commission des recours). En vertu de l'article 6, al. 3, de ladite loi, toute intervention est soumise à la condition que l'affaire revête une importance significative pour la partie souhaitant intervenir. Une intervention au titre de la loi sur la commission des recours correspond à une intervention accessoire conformément aux règles du Code de procédure générale danois (*Retsplejeloven*). Ainsi, l'intervenant ne peut pas personnellement déposer de conclusions ni produire de moyens de recours et ne peut donc pas se voir attribuer les dépens.

Il incombe à la commission des recours de veiller à ce qu'elle soit suffisamment éclairée par les pièces du dossier. La commission peut demander au requérant, au défendeur ou au tiers intervenant de fournir des informations qui sont jugées présenter un intérêt pour l'affaire (article 6, al. 2, du décret sur la commission des recours). En revanche, en cas d'erreur liée à la procédure d'appel d'offres, la commission ne peut pas se saisir d'office de la question puisque les conclusions et les moyens de recours des parties constituent le cadre exclusif dans lequel elle doit instruire l'affaire (article 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours). Sur ce point, la commission est liée par le principe dispositif, comme le montre par exemple la décision du 31 mai 2021, dans l'affaire *Familieplejen Bornholm* contre la municipalité régionale de Bornholm (résumée ci-après au chapitre 2 du rapport annuel 2021).

Une fois les écritures échangées, l'affaire est a priori réglée par écrit, à moins que le président en charge ne décide d'ouvrir une procédure orale, ce qui n'arrive que dans un très petit nombre de cas.

L'ouverture d'une procédure orale dépend d'une appréciation au cas par cas. L'appréciation vise entre autres à déterminer si le recours porte sur une question complexe ou de principe et si des déclarations

seraient nécessaires ou souhaitables, notamment si les parties conviennent de l'ouverture d'une procédure orale.

A priori, lors de la procédure orale, qui est organisée dans les locaux de la Direction générale à Viborg, les conclusions des parties et les pièces centrales du dossier sont examinées. Si des informations complémentaires peuvent être apportées par le biais de déclarations faites durant l'audience, il est néanmoins généralement préférable que les déclarations soient transmises d'avance par écrit à la commission et à la partie adverse. Dans certains cas, la commission peut estimer qu'il est inutile de procéder à la présentation initiale des pièces du dossier, etc. La commission indique alors qu'elle a déjà examiné le dossier et les vues exprimées par les parties dans leurs mémoires. La commission peut éventuellement demander que les parties clarifient certains points ou que les éléments contestés soient démontrés (voir, par exemple, la décision du 15 mars 2019 dans l'affaire Leo Nielsen Trading ApS et Glock Ges.m.b.H. contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale). L'audience se clôture par la présentation des conclusions finales par les parties ou leurs avocats (plaidoiries), après quoi l'affaire est mise en délibéré. Normalement, le vote a lieu dans le prolongement direct de la mise en délibéré. De manière générale, la procédure orale auprès de la commission des recours dure entre quatre et cinq heures. Dans les affaires plus importantes, elle peut prendre un ou deux jours. Aucune procédure orale n'a été ouverte en 2022.

La commission prononce ses décisions à la majorité simple des voix. En cas d'égalité, la voix du président est prépondérante.

Outre le vote qui a lieu avec la participation du président en charge du dossier et de l'expert, le projet de décision de la commission est débattu en interne par la présidence avant que la décision ne soit rendue. Cela vaut tout particulièrement dans les cas où l'affaire porte sur des questions de principe.

Lorsqu'elle rend une décision au fond ou une décision d'attribution de dommages et intérêts, la commission se prononce sur la question des dépens. La commission peut décider que la partie qui succombe doit verser à la partie adverse un montant couvrant, en tout ou en partie, les frais pris en charge par celle-ci dans le cadre du recours. L'appréciation, qui est relativement concrète, inclut des éléments tels que la nature, l'ampleur et le déroulement de l'affaire.

Dans certains cas, il est possible qu'un requérant ayant obtenu partiellement gain de cause soit malgré tout considéré comme la partie qui succombe, comme le montre par exemple la décision du 25 février 2021 (SUEZ Water A/S contre Danish Oil Pipe A/S) (résumée ci-après chapitre 2 du rapport annuel 2021).

A priori, le montant des dépens ne peut pas dépasser 75 000 DKK. Cependant, la commission peut contraindre le défendeur à rembourser un montant plus élevé s'il s'agit d'une affaire plus importante, définie selon la valeur du contrat, ou si des circonstances spéciales le justifient. Dans sa décision du 9 février 2018, Dansk Cater A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, la commission a fixé à 100 000 DKK le montant des dépens attribués à la partie ayant obtenu gain de cause.

L'octroi d'une réparation dans le cadre d'un recours présuppose que des conclusions aient été déposées à cet égard (cf. article 14 de la loi sur la commission des recours). Lorsqu'un requérant se désiste, la procédure est clôturée et ne peut pas être réouverte en concluant à une réparation dans le cadre des écritures échangées concernant la décision sur les dépens, comme le montre par exemple la décision



relative aux dépens du 22 novembre 2021 dans l'affaire Rally Point Tactical Scandinavia ApS contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (résumée ci-après au chapitre 2 du rapport annuel 2021).

Comme indiqué au point 1.4, la jurisprudence de la commission des recours comprend de nombreux exemples de motivation circonstanciée par rapport à la première condition « *fumus boni juris* » lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient d'octroyer un effet suspensif à un recours. Si l'affaire est clôturée par la décision intermédiaire et si l'échange de mémoires est tel qu'il aurait été si la commission des recours avait rendu une décision définitive, la commission attribuera dans le cadre d'une décision subséquente distincte les dépens à la partie ayant obtenu gain de cause, comme s'il s'agissait d'une décision au fond.

Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours en justice dans les huit semaines qui suivent leur communication aux parties. Dans les affaires d'attribution de dommages et intérêts, la commission distingue a priori la décision au fond et la décision d'indemnisation. Le délai pour introduire un recours en justice contre la décision au fond court à compter du jour où la décision d'indemnisation est communiquée aux parties. Les décisions de la commission ont l'autorité de la chose jugée si elles ne font pas l'objet d'un recours en justice dans le délai légal imparti.

### 1.8 Affaires liées au droit d'accès aux documents au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration

Les affaires liées au droit d'accès aux documents, dont la commission des recours est saisie au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration, englobent :

- les recours contre le refus par l'entité adjudicatrice d'octroyer un droit d'accès aux documents dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, c.-à-d. les affaires où la commission des recours fait office d'instance de recours aux termes de l'article 37 de la loi sur la transparence de l'administration. En revanche, la commission ne fait pas office d'instance de recours pour les affaires liées à un refus d'octroyer un droit d'accès dans le cadre de l'exécution de contrats conclus à la suite d'un appel d'offres ;
- les affaires dans lesquelles un tiers (par exemple, un journaliste) demande, en vertu de la loi sur la transparence de l'administration, le droit d'accéder à des documents créés ou reçus dans le cadre d'un recours actuellement ou récemment pendant devant la commission. Dans ces cas, c'est la commission des recours et pas, a priori, le pouvoir adjudicateur défendeur qui se prononce sur le droit d'accès aux documents. Vu que le défendeur dispose bien entendu, lui aussi, des documents concernés, il est généralement possible de lui demander directement le droit d'accès.

Les affaires liées au droit d'accès au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration se distinguent clairement des affaires liées aux violations des règles en matière de marchés publics, lesquelles, en vertu de la loi sur la commission des recours, doivent être réglées par cette dernière. Référence est faite au chapitre 3 du rapport annuel pour les années 2016, 2017, 2018, 2019 et 2020 pour une description plus détaillée de la pratique de la commission dans les affaires liées au droit d'accès.

À la mi-2020, la commission des recours a décidé de publier dans une plus large mesure ses décisions en matière de droit d'accès. Dès lors, et à la lumière des descriptions de sa pratique des années précédentes,

la commission des recours a décidé qu'il n'était pas nécessaire dans le rapport annuel 2022 d'inclure un chapitre distinct sur les décisions en matière de droit d'accès.

## 2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES

### 2.1 Introduction

Toutes les décisions au fond et les décisions d'indemnisation sont publiées sur le site web de la commission des recours ([www.klfu.dk](http://www.klfu.dk)). Les décisions intermédiaires concernant l'octroi d'un effet suspensif et les décisions en matière du droit d'accès aux documents sont elles aussi publiées si elles présentent un intérêt général. Ce chapitre décrit une série de décisions rendues en 2022, qui ont toutes été publiées sur le site de la commission. Certaines décisions portent sur des questions de principe. D'autres concernent des problèmes qui, en dépit de leur nature, sont susceptibles de présenter un intérêt pour le grand public.

Les décisions sont réparties selon les catégories suivantes :

- Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats
- Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres
- Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation
- Accords-cadres
- Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission
- Motifs d'exclusion
- Procédure négociée

Les décisions sont réparties selon les problématiques spécialement traitées dans chacune d'entre elles, en ce sens que plusieurs aspects peuvent être mis en avant.

### 2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions définitives

#### 2.2.1 Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats

*Décisions des 8 février 2022 et 20 juin 2022, Atea A/S contre ministère danois des Affaires étrangères*

*L'interprétation erronée d'une exigence minimale par le ministère des Affaires étrangères lors de l'attribution du marché et après son entrée en vigueur n'a pas été jugée constituer une modification du marché. Après le rendu de la décision de la commission de recours concernant l'interprétation correcte de l'exigence minimale, le ministère a exécuté le marché conformément à cette interprétation et le fournisseur s'y est conformé dans un délai raisonnable. Pas d'absence d'effets. Demande d'annulation rejetée, car introduite après l'expiration du délai de recours.*

Le recours portait sur l'organisation d'une procédure d'appel d'offres restreinte lancée au titre de la loi sur la passation des marchés publics pour la conclusion d'un accord-cadre portant sur des services de câblage et de sécurisation d'accès. Plusieurs entreprises ont été présélectionnées, mais seules deux d'entre elles, TPA et Atea, ont soumis une offre. Le marché a été attribué à TPA, suite à quoi Atea a saisi la commission de recours.

Le requérant a fait valoir que le ministère avait agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence posés par l'article 2, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et de l'article 178, al. 1<sup>er</sup>, cf. al. 2, de ladite loi (article 72, paragraphes 4 et 5, de ladite directive) en écartant une exigence minimale et un élément fondamental qui voulaient que le fournisseur soit, pendant toute la durée de l'accord-cadre, un installateur électricien agréé, un installateur de systèmes de télésurveillance agréé et inscrit auprès de F&P et un installateur de systèmes d'alarme anti-vol agréé et inscrit auprès de F&P. Le requérant contestait en outre l'interprétation qui avait été faite de l'exigence minimale.

Par ailleurs, Atea a conclu à ce que le marché soit déclaré dépourvu d'effets. Le requérant était d'avis qu'en ne respectant pas l'exigence minimale, le ministère avait écarté cette exigence et que les règles en matière de modification étaient donc d'application.

La commission de recours a jugé qu'il avait été défini de manière claire et précise comme exigence minimale que le fournisseur devait, pendant toute la durée de l'accord-cadre, détenir lui-même (et donc pas seulement via un sous-traitant) les agréments requis. Le fait que le ministère ait interprété autrement cette exigence et l'ait jugée inappropriée ne changeait rien à cette conclusion, cf. également l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 octobre 2013 dans l'affaire C-336/12, Manova, en vertu duquel « il incombe à un pouvoir adjudicateur d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés ». Il ne suffisait donc pas que des sous-traitants remplissent les conditions d'agrément pour que l'exigence minimale soit réputée satisfaite.

S'agissant de la question d'absence d'effets, la commission de recours a déclaré :

*« Un litige portant sur l'interprétation d'une exigence minimale au détriment de l'entité adjudicatrice n'implique pas nécessairement que cette exigence minimale puisse être considérée comme modifiée ou écartée.*

*En l'occurrence, le ministère des Affaires étrangères n'a pas correctement appliqué les conditions définies dans le cahier des charges, ce qui a entraîné un litige réel entre Atea A/S et le ministère concernant l'interprétation et l'application de l'exigence minimale, en ce compris à la lumière du contexte de ladite exigence.*

*En revanche, on ne saurait établir que le ministère a aujourd'hui écarté cette exigence et, ce faisant, aurait modifié le cahier des charges... »*

Il est question d'une affirmation de principe de la part de la commission de recours, qui contribue à délimiter le champ d'application des règles en matière de modification et, ici aussi, des règles relative à l'absence d'effets.

Sur la base des éléments indiqués, la commission de recours n'a pas déclaré le contrat dépourvu d'effet et n'a pas imposé non plus de sanction de substitution. Le requérant n'avait pas conclu à l'annulation de la décision d'attribution. La commission de recours n'a donc pas pu se prononcer sur l'annulation, cf. article 10, al. 1<sup>er</sup>, point 2, de la loi sur la commission des recours et exiger ainsi l'annulation du marché (cf. article 185, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics).

La commission des recours a ensuite déclaré :

*« La commission des recours a désormais établi la manière dont il convient d'interpréter l'exigence minimale relative aux agréments du fournisseur. »*

*Pour peu que le ministère omette à l'avenir de respecter l'exigence minimale conformément à son interprétation correcte, il serait possible, selon les circonstances, de considérer que le ministère a écarté l'exigence minimale et, ce faisant, procédé à une modification comme défini à l'article 178 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 72, al. 4 et 5, de la directive 2014/24/UE). »*

Atea a alors introduit un nouveau recours à l'encontre du ministère des Affaires étrangères. Pour l'essentiel, Atea a soutenu que le ministère avait agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence posés par l'article 2, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et de l'article 178, al. 1<sup>er</sup>, cf. article 178, al. 2, de ladite loi (article 72, paragraphes 4 et 5, de ladite directive) en n'appliquant pas l'exigence minimale concernée et que la commission de recours devait donc déclarer le contrat dépourvu d'effets et imposer une sanction de substitution ou, à titre subsidiaire, annuler la décision d'attribution.

La commission de recours a jugé qu'il ne découlait pas de la première décision rendue en l'espèce que le ministère était tenu de résilier l'accord-cadre, en ce sens que la commission des recours ne s'est pas prononcée sur l'absence d'effets ni sur une annulation du marché. La question à juger pour la commission des recours visait donc à savoir si le ministère des Affaires étrangères avait, au cours de la période qui avait suivi le prononcé de la première décision de la commission des recours, agi contrairement à la loi danoise sur la passation des marchés publics en n'appliquant pas l'exigence minimale et si, ce faisant, il avait modifié/écarté ladite exigence.

La commission n'a pas jugé qu'il y avait lieu d'estimer que le ministère avait modifié ou écarté l'exigence minimale liée aux agréments requis. En revanche, il convenait d'établir que le ministère avait maintenu ladite exigence minimale, en ce sens que, dès le prononcé de la décision de la commission de recours, le ministère avait appliqué ladite exigence vis-à-vis de TPA. Après avoir examiné les éléments dans leur ensemble (en ce compris la nature et la portée des agréments requis et la nécessité d'un audit externe), la commission de recours a estimé que l'exigence minimale avait, dans un délai raisonnable, été satisfaite par le fournisseur.

Dans le cadre du premier recours, Atea avait choisi de ne pas conclure à l'annulation. Vu que le second recours, qui concluait à l'annulation de la décision d'attribution, avait été introduit plus de six mois après l'annonce de l'attribution, le requérant a été débouté de sa demande (cf. article 7, al. 2, point 3, de la loi sur la commission des recours).

*Décision du 21 juin 2022, Inlead ApS contre Det Digitale Folkebibliotek*

*Un marché passé de gré à gré n'a pas été déclaré dépourvu d'effets du fait que 1) l'Association danoise des services numériques pour les bibliothèques publiques (Det Digitale Folkebibliotek) avait, préalablement à la passation du marché, publié un avis de marché de gré à gré, 2) aucune objection n'avait été reçue avant l'expiration du délai, et 3) l'association avait fait preuve de la diligence requise lorsqu'elle avait évalué si les conditions d'attribution directe du marché étaient réunies. Pour déterminer si l'association avait fait preuve de la diligence requise, la commission s'est basée sur une appréciation des circonstances globales de la procédure de passation de marché concernée, en ce compris l'objet du marché, la complexité du service visé par ce dernier et la moindre valeur du marché. La commission des recours a alors annulé la décision d'attribution du fait que les conditions d'attribution directe du marché n'étaient pas réunies. Le fait que les conditions d'attribution directe n'étaient pas réunies ne conduisait pas en soi à établir que l'Association danoise des services numériques pour les bibliothèques publiques n'avait pas fait preuve de la diligence requise lorsqu'elle avait évalué si les conditions étaient réunies.*

Le recours portait sur la passation d'un marché de gré à gré concernant le développement d'une plateforme de base dans le cadre d'une vaste mise à niveau de la solution utilisée pour le site Internet de toutes les bibliothèques publiques au Danemark, au Groenland et aux Îles Féroé.

Préalablement à la passation du marché, l'Association danoise des services numériques pour les bibliothèques publiques avait publié un avis de marché de gré à gré, dans lequel elle justifiait plus avant qu'il n'existait qu'un seul fournisseur pour la solution envisagée vu l'absence de concurrence pour des raisons techniques. L'association entendait passer le marché avec ce fournisseur. N'ayant pas reçu d'objection avant l'expiration du délai défini dans l'avis de marché de gré à gré, l'association a alors conclu le contrat.

Le 15 octobre 2021, la commission des recours a rendu une décision intermédiaire. Dans cette décision, elle a notamment jugé qu'il incombait à l'entité adjudicatrice de prouver que les conditions posées à l'article 80, al. 3, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 32, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE), pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable étaient réunies. Pour peu que l'entité adjudicatrice ne puisse pas prouver que les conditions définies pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable étaient réunies, le marché devait a priori être déclaré dépourvu d'effets. Néanmoins, en application de l'article 4, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la commission des recours, l'entité adjudicatrice a la possibilité de s'assurer qu'un contrat ne sera pas déclaré dépourvu d'effets si 1) préalablement à la passation du marché, elle a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis de marché exprimant son intention de passer le marché, 2) le marché n'est pas passé avant l'expiration d'un délai de 10 jours calendaires à compter du jour de la publication de l'avis de marché, et 3) elle estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne est autorisé en vertu de la loi danoise ou de la réglementation européenne sur la passation des marchés publics.

Les conditions n° 1 et 2 étaient réunies. S'agissant de la condition n° 3, la commission des recours a jugé, en référence à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-19/13, Fastweb, qu'il était exigé que l'entité adjudicatrice ait agi de manière diligente lorsqu'elle a déterminé si la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne était autorisée.

La commission des recours a alors jugé que pour déterminer si l'entité adjudicatrice avait en l'espèce fait preuve de la diligence requise, la commission devait se baser sur une appréciation des circonstances globales de la procédure de passation de marché concernée, en ce compris l'objet du marché, la complexité du service visé par ce dernier et la moindre valeur du marché.

En l'occurrence, la commission des recours a considéré que l'Association danoise des services numériques pour les bibliothèques publiques avait agi de manière diligente et que, du fait que l'appréciation faite par l'Association était indiquée dans l'avis de marché de gré à gré, les soumissionnaires éventuels avaient disposé d'informations suffisantes pour déterminer s'il y avait lieu d'introduire un recours.

Ainsi, rien ne portait à croire que dans sa décision finale, la commission des recours déclarerait le marché dépourvu d'effets. Vu que le marché avait été passé, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.

Néanmoins, Inlead a maintenu son recours, en ce compris sa demande de faire constater l'absence d'effets.

Dans sa décision finale, la commission des recours a considéré que l'Association danoise des services numériques pour les bibliothèques publiques n'avait pas prouvé que les conditions posées à l'article 80, al. 3, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 32, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE), pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable étaient réunies. L'association avait donc agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence posés par l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 6 de ladite loi (article 4, sous a-c, et article 13 de ladite directive), cf. article 128, al. 1<sup>er</sup> de ladite loi (article 49 de ladite directive) en passant le marché de gré à gré et les conditions d'annulation de la décision d'annulation était donc réunies.

Pour autant, la commission des recours considérait toujours que l'association (même si son appréciation était erronée et que les conditions d'attribution directe n'étaient pas réunies) avait agi de manière diligente lors de la rédaction et de la publication de l'avis de marché de gré à gré. Il n'y avait donc pas lieu de déclarer le marché passé comme étant dépourvu d'effets. Le fait qu'il était désormais établi que l'appréciation de l'Association danoise des services numériques pour les bibliothèques publiques était erronée et que les conditions d'attribution directe n'étaient pas réunies ne conduisait pas en soi à établir qu'il n'était pas possible de considérer que l'association avait fait preuve de la diligence requise.

#### *Décision du 16 septembre 2022, Electrolux Professional A/S contre Alabu Bolig*

*Recours contre un organisme danois d'habitations à loyer modéré qui avait attribué sans mise en concurrence à 18 sections de l'organisme des contrats d'exploitation de laveries, d'une valeur globale supérieure au seuil. Du fait de la construction particulière de l'organisme, les différentes sections ont été considérées comme des unités décentralisées, cf. article 31, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 5, al. 2, de la directive 2014/24/UE). Parmi les dix-huit sections, seules les acquisitions de trois d'entre elles ont dépassé le seuil. Les acquisitions des quinze autres étaient en dessous. Absence d'effets et plainte déposée auprès de la police en vue de l'imposition d'une sanction de substitution.*

Alabu Bolig est un organisme danois d'habitations à loyer modéré qui est soumis à l'obligation de mise en concurrence, cf. article 24, point 28, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 2, point 1, de la directive 2014/24/UE) et qui compte 70 sections dans le Jutland du Nord.

Alabu avait, par le passé, organisé une procédure ressemblant à un appel d'offres visant la reprise de toutes ses laveries, mais cette procédure avait été annulée. Les acquisitions contestées en l'espèce concernaient 18 sections de l'organisme qui, sans mise en concurrence, avaient conclu une série de contrats d'exploitation de laverie signés par le directeur d'Alabu à trois dates différentes. Non seulement le seuil était dépassé globalement par l'ensemble des contrats, mais il était aussi individuellement dépassé par chacun des contrats des trois sections. Ces trois contrats ont été résiliés à la suite du recours.

Electrolux, qui, du fait de la procédure antérieure, était attentif aux acquisitions, a fait valoir que l'attribution directe des 18 contrats ou, au subsidiaire, des trois contrats était contraire à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 3, de ladite loi (article 4, sous c, de ladite directive) et conclu à l'annulation des 18 ou, au subsidiaire, des trois décisions d'attribution. En outre, Electrolux a conclu à l'absence d'effets et à l'imposition d'une sanction de substitution.

Alabu a conclu au rejet du recours et reconnu l'infraction invoquée s'agissant des trois sections de l'organisme.

La commission des recours a débouté Alabu de sa demande de rejet, du fait que les chefs du recours d'Electrolux portaient sur d'éventuelles violations de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics, sur lesquelles la commission est compétente pour se prononcer.

La commission s'est référée à sa décision du 25 novembre 2002 dans l'affaire Skousen Husholdningsmaskiner A/S contre Arbejdernes Andels Boligforening, dans le cadre de laquelle la forme de l'organisme d'habitations est décrite comme une « construction juridique particulière », en ce sens que chacune des sections de l'organisme (et pas l'organisme lui-même) était considérée comme une entité adjudicatrice au sens du droit sur les marchés publics. Les sections étaient jugées répondre aux conditions définies pour constituer des unités décentralisées au sens de l'article 31, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 5, al. 2, de la directive 2014/24/UE), de telle sorte que la valeur des acquisitions devait être évaluée séparément pour chacune des sections. Le requérant a obtenu gain de cause pour les chefs du recours concernant les trois sections dont les acquisitions dépassaient le seuil et ces contrats ont été déclarés dépourvus d'effets. En application de l'article 18, al. 3, de la loi danoise sur la commission des recours, la commission a déposé une plainte auprès de la police.

*Décision du 26 septembre 2022, Borch Teknik A/S contre DR*

*La passation d'un marché de gré à gré avec DR était légale, en ce sens que les conditions posées à l'article 19 de la loi danoise sur la passation des marchés publics étaient réunies.*

Dans l'avis de marché de gré à gré du 1<sup>er</sup> février 2022, DR (Danmarks Radio) a exprimé son intention de conclure un contrat d'administration de réseau DTT, FM, AM et DAB, lequel a été directement attribué à Cibicom le 31 janvier 2022. Le contrat remplaçait l'ancien contrat d'administration conclu avec Cibicom (anciennement Teracom) en 2013.

Borch Teknik a contesté la passation du marché de gré à gré et fait valoir que les conditions posées à l'article 19 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 8 de la directive 2014/24/UE) pour renoncer à une mise en concurrence n'étaient pas réunies.



S'agissant de la *base juridique*, la commission des recours a jugé que l'article 19 de ladite loi (article 8 de ladite directive) ne s'appliquait pas légalement aux marchés publics « qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs [1] la mise à disposition ou [2] l'exploitation de réseaux publics de communications ou [3] la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques ».

En outre, la commission des recours a jugé que, selon le libellé dudit article et les travaux préparatoires, il suffit que le marché public ait principalement l'un des trois objets décrits dans l'article. Autrement dit, les conditions ne sont pas cumulatives. Cela ressort clairement aussi de l'article 8 de la directive sur la passation des marchés publics (« ... qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques »).

*Sur l'article 19, tiret 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics*

La commission des recours a jugé qu'en vertu de l'article 19, tiret 3, la question de savoir si l'objet était principalement de permettre à l'entité adjudicatrice de fournir au public un ou plusieurs services de communications électroniques était déterminante. L'expression « *services de communications électroniques* » doit, selon les travaux préparatoires, être entendue au sens de la directive-cadre (directive 2002/21/CE).

Cette directive-cadre a été remplacée par la directive 2018/1972/UE. La directive de 2018 comprend une refonte de la directive-cadre et d'autres actes juridiques dans le domaine et inclut, en son article 2, point 4, une définition des « services de communications électroniques ». La définition englobe notamment les services consistant entièrement ou principalement en la transmission de signaux tels que les services de transmission utilisés pour la fourniture de services de machine à machine et pour la *radiodiffusion*.

La définition précise en outre qu'il s'agit d'un service fourni normalement (et pas uniquement, donc) contre rémunération via des réseaux de communications électroniques. De tels réseaux de communications électroniques sont définis de manière générale à l'article 2, point 1, de la directive et à l'article 2, point 4, de la loi danoise sur les télécommunications. Les deux définitions englobent entre autres les réseaux utilisés pour la *radiodiffusion sonore et télévisuelle* et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise.

En outre, l'article 2, point 9, de la loi danoise sur les télécommunications définit de manière générale les « services de communications électroniques » comme suit :

« Service consistant en tout ou en partie en la transmission électronique de communications sous la forme de sons, d'images ou de textes, seuls ou combinés entre eux, à l'aide d'une technique de communication radio ou télévisuelle entre plusieurs points de terminaison d'un réseau, en ce compris une communication bidirectionnelle et unidirectionnelle. »

*Avis de la commission des recours concernant la passation du marché de gré à gré*

Après avoir globalement évalué les informations disponibles, la commission des recours a considéré que le marché passé de gré à gré était couvert par l'exception prévue à l'article 19, tiret 3, de la loi danoise sur la

passation des marchés publics, et visant les marchés publics ayant principalement pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice de fournir au public un ou plusieurs services de communications électroniques. Le réseau en question devait donc indubitablement être considéré comme un réseau de communications électroniques au sens de la définition indiquée à l'article 2, point 1, de la directive 2018/1972/UE et à l'article 2, point 4, de la loi danoise sur les télécommunications.

Par ailleurs, la commission des recours a souligné que le contrat d'administration portait sur un réseau DTT, FM, AM et DAB. Il convenait donc d'établir que les prestations visées par le contrat permettraient à DR de fournir des services de radiodiffusion sonore et télévisuelle.

Le fait que d'autres acteurs fournissant des services de radiodiffusion, etc. n'ait pas de manière générale la possibilité de proposer des services sur le réseau en question (du côté entrée) (ce qui était un point crucial dans le recours) ne changeait rien à cette conclusion.

Cette conclusion ne saurait être remise en question non plus par le fait que DR avait, en 2012, mis en concurrence par procédure restreinte le contrat correspondant en cours.

Le simple fait que les conditions posées à l'article 19, tiret 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics étaient réunies suffisait à établir que DR était en droit de passer le marché de gré à gré. Néanmoins, la commission des recours a ajouté que l'article 19, tirets 1 et 2, englobait les marchés publics qui « ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications ».

Selon la commission des recours, les motifs de l'article 2, point 10, de la loi danoise sur les télécommunications (définition des services publics de communications électroniques) appuyaient clairement que les conditions posées à l'article 19 de la loi danoise sur la passation des marchés publics étaient réunies. Ainsi, il ressortait des motifs de la loi (proposition de loi 2020/21 L42) que « (...) l'élément déterminant pour savoir si un réseau de communications électronique est considéré comme un réseau public de communications électroniques est de déterminer si le réseau ou les services transmis sur le réseau sont proposés à un cercle non prédéfini d'utilisateurs finaux ou à des fournisseurs de réseaux de communications électroniques ».

*Décision du 28 novembre 2022, Grandt Defense ApS contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale*

*Dans un avis de marché de gré à gré, la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI) avait annoncé qu'elle entendait conclure avec le fournisseur actuel des accords-cadres visant des fournitures subséquentes de matériel militaire (systèmes de protection balistique) avec pièces de rechange et services après-vente associés et que les accords-cadres seraient conclus sans mise en concurrence en application de l'article 28, point 1, sous e, de la directive sur la défense et la sécurité. Les conditions pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché étaient réunies.*

En 2012, la FMI a conclu, sans mise en concurrence, un contrat avec un fournisseur américain concernant la livraison d'un système pour gilets de protection balistique (gilets pare-balles de conception complexe et sophistiquée). Le système a ensuite été modifié et ajusté et en 2018, la FMI a remplacé cet accord par un

accord-cadre de sept ans avec ledit fournisseur. Néanmoins, étant donné qu'il s'est avéré nécessaire de procéder à de nouveaux ajustements et à compléter cet équipement par différents accessoires, la FMI a exprimé dans un avis de marché de gré à gré son intention de conclure avec le fournisseur, par procédure négociée sans publication préalable, un accord-cadre de 10 ans visant la livraison de systèmes pour gilets de protection balistique et d'un accord-cadre de 10 ans avec option de reconduction de sept ans visant la livraison de pièces de rechange et de services après-vente associés. La valeur estimée des deux accords-cadres était comprise entre 850 millions DKK et 1,2 milliard DKK environ.

Le litige entre Grandt Defense, un fournisseur de matériel militaire, et la FMI portait sur la question de savoir si les conditions posées pour conclure des accords-cadres sans mise en concurrence étaient réunies.

La commission des recours a notamment jugé que la FMI n'avait pas, dans le cadre des accords-cadres conclus, abandonné le système de protection existant et que les accords-cadres reflétaient donc un achat complémentaire. Il n'y avait pas lieu d'aller à l'encontre des informations de la FMI selon lesquelles il était crucial que les soldats ne doivent manipuler qu'un seul système de protection et que la FMI serait, en cas d'achat de systèmes de protection nouveaux et différents, exposée à des frais d'adaptation ou à une perte de valeur de l'ordre de 500 millions DKK. Même s'il existait d'autres fournisseurs capables de fournir des pièces compatibles avec les pièces brevetées du fournisseur initial, la FMI n'aurait pas la possibilité de ne tenir qu'un seul fournisseur responsable de l'ensemble du système pour gilets de protection balistique. La commission des recours a constaté que vu la nature cruciale des achats pour la sécurité personnelle, il s'agissait là d'une exigence objective.

La FMI avait ainsi prouvé que les circonstances spéciales prévues par la disposition dérogatoire définie à l'article 28, paragraphe 1, sous e, de la directive sur la défense et la sécurité existaient et que les conditions posées pour recourir à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché étaient réunies.

La société Grandt Defense a donc été déboutée de sa demande ayant pour objet de faire constater que les conditions mentionnées n'étaient pas réunies et de sa demande d'annulation.

La décision de la commission des recours a été portée devant la justice.

*Décision du 29 novembre 2022, Fayard A/S contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale*

*La Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI) a publié un avis de marché de gré à gré au Journal officiel de l'Union européenne exprimant son intention d'entamer sans mise en concurrence des négociations avec un consortium danois concernant la livraison et la maintenance de navires destinés à la Marine danoise en application de l'article 346, paragraphe 1, sous b, du TFUE. Un chantier naval danois a ensuite saisi la commission des recours et invoqué que contrairement aux principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence posés par le droit européen, le marché n'avait pas fait l'objet d'une mise en concurrence suffisante. La commission des recours a débouté le requérant de sa demande.*

Le recours visait à faire constater si l'achat et la maintenance d'éclaireurs destinés à la Marine danoise pouvaient avoir lieu sans mise en concurrence en application de la disposition dérogatoire définie à l'article 346, paragraphe 1, sous b, du TFUE concernant la protection d'intérêts essentiels.

Du fait de sa nature et de la valeur de l'appel d'offres, le recours a été traité par deux membres de la présidence de la commission des recours et par deux experts (cf. article 10, al. 4, de la loi sur la commission des recours).

Après avoir réalisé différentes études de marché, la FMI a publié le 29 avril 2022 un avis de marché de gré à gré exprimant son intention d'acquérir un certain nombre d'éclaireurs et, à cet égard, d'entamer des négociations avec le consortium Danske Patruljeskibe K/S pour qu'il exerce la fonction de fournisseur national. Parallèlement, la FMI a annoncé qu'elle estimait qu'il n'existait pas d'alternative raisonnable à Danske Patruljeskibe K/S et que la passation du marché de gré à gré se fondait sur l'article 346 du TFUE. La FMI a rappelé que le but était de garantir la maintenance des compétences danoises pour des tâches présentant une importance stratégique particulière pour le Danemark.

Le consortium se composait entre autres de la société Terma A/S, qui est incontestablement le seul intégrateur danois d'armes et autres systèmes. Le consortium ne comprenait pas de chantier naval.

Il était incontesté, dans le cadre du recours, que les éclaireurs constituaient, de par leur nature, du matériel de guerre, que le marché commun pour les marchandises qui ne sont pas spécialement destinées à des fins militaires ne serait pas affecté par l'achat et que des intérêts sécuritaires essentiels nécessitaient une discrimination sur la base de la nationalité.

L'argument principal (chef de recours n° 1) de Fayard A/S, qui contestait la décision de la FMI, voulait que la conclusion d'un contrat avec un fournisseur qui ne possédait pas des capacités de construction navale ne permettrait pas d'atteindre l'objectif visé par une dérogation à l'obligation de mise en concurrence et que le contrat ne pouvait donc pas être conclu sans mise en concurrence. À titre subsidiaire, Fayard A/S faisait valoir (chefs de recours n° 2 et 3) qu'il n'était pas nécessaire de conclure un contrat de fourniture totale pour les marchandises en question et que la FMI – en maintenant cette nécessité plutôt que de diviser le marché – limitait artificiellement la concurrence et excédait ce qui était nécessaire pour protéger des intérêts sécuritaires essentiels.

À l'inverse, la FMI a invoqué que la disposition dérogatoire définie dans le traité avait été appliquée à juste titre.

La commission des recours a donné gain de cause à la FMI et confirmé qu'elle avait, à juste titre, appliqué la disposition dérogatoire du traité.

La commission a jugé qu'il n'y avait pas lieu de contester l'appréciation de la FMI selon laquelle il n'existait en vérité qu'un seul fournisseur danois et que l'objectif visant à protéger des intérêts sécuritaires nationaux pourrait être atteint même si certaines parties du marché étaient exécutées par des sous-traitants, en ce sens que la protection des intérêts sécuritaires nationaux pourrait être garantie via les exigences imposées aux sous-traitants dans la base contractuelle.

En outre, la commission a jugé que le fait que la FMI ait objectivement estimé que le contrat devait être conclu sous la forme d'un contrat de fourniture totale (même si cela limitait à un seul le nombre de fournisseurs possibles) ne pouvait être considéré comme une limitation artificielle de la concurrence.

Enfin, la commission a jugé que l'absence de mise en concurrence nationale n'était pas contraire aux principes fondamentaux européens de transparence et d'égalité de traitement, en ce sens qu'en référence à l'article 346 du TFUE, un achat non soumis à l'obligation de mise en concurrence ne relève pas du champ d'application du traité.

Dans une décision du 13 juin 2022, la commission des recours avait décidé de ne pas attribuer un effet suspensif au recours du fait que la condition de justification à première vue n'était pas remplie.

Par le passé, la commission avait déjà traité des recours concernant l'application de l'article 346 du TFUE (voir la décision du 16 février 2009 dans l'affaire SAAB Danmark A/S contre le Service du matériel de la Défense nationale danoise et la décision du 20 décembre 2013 dans l'affaire Augusta Westland Limited contre le Service du matériel de la Défense nationale danoise).

La société Fayard A/S a ainsi été déboutée de tous les chefs de son recours.

### 2.2.2 Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres

*Décision du 4 mai 2022, Koss ApS contre Indkøbsfællesskabet IFIRS*

*Le recours portait sur la mise en concurrence d'un contrat de deux ans visant la livraison de matériel éducatif pour les études de coiffeur.*

Koss ApS, un soumissionnaire évincé, a invoqué, entre autres, que le cahier des charges n'indiquait pas si le prix des cours serait inclus dans l'évaluation. La commission des recours a fait remarquer que le sous-critère secondaire qualitatif du cahier des charges mentionnait clairement que le prix des « formations et services » serait inclus dans l'évaluation.

En outre, Koss a fait valoir que l'IFIRS aurait dû répondre à une question de Koss posée avant l'expiration du délai de soumission concernant l'interprétation à donner à l'expression « montant de l'offre » dans le cahier des charges. Le 29 avril 2021, Koss a découvert une erreur dans le cahier des charges, en ce sens que celui-ci parlait de « montant moyen de l'offre », « montant de l'offre » et « montant pondéré de l'offre » sans aucune précision quant au sens à donner à ces expressions ni à la méthode de calcul appliquée. Le délai pour la transmission d'informations complémentaires avait expiré le 28 avril 2021.

La commission des recours a noté que la question avait été posée moins de six jours avant l'expiration du délai de soumission des offres. La commission a établi que, pour ce qui était de l'évaluation, les instructions indiquaient que celle-ci serait opérée sur une méthode prédéterminée, selon laquelle un « prix d'évaluation total » serait calculé pour chaque soumissionnaire. La commission a considéré qu'il « était [sans aucun doute] clair pour tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent ce qu'on entendait par l'expression "montant de l'offre" figurant au point 7.3.2 du cahier des charges ». Après avoir examiné les travaux préparatoires de l'article 134 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 53, al. 2, point 1, de la directive 2014/24/UE), la commission n'a pas considéré qu'il y avait lieu

d'estimer que l'IFIRS était, en l'espèce, contraint de transmettre des informations complémentaires à Koss et, ce faisant, de reporter la date d'échéance ou de prolonger le délai de soumission.

*Décision intermédiaire du 25 mai 2022, Aktieselskabet Carl Christensen contre Police nationale danoise*

*Le recours portait sur la mise en concurrence par la Police nationale danoise de 32 accords-cadres de fourniture de services d'entretien. Les lots avaient été subdivisés en fonction de critères géographiques et des marques de véhicules. Le recours cherchait tout particulièrement à déterminer si Aktieselskabet Carl Christensen répondait à certaines exigences minimales relatives aux capacités techniques et professionnelles requises et si certaines exigences minimales relatives au service objet du marché étaient objectives et proportionnelles.*

Le requérant a notamment fait valoir que les exigences minimales relatives au service mis en concurrence étaient contraire à l'article 40, al. 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE), en vertu duquel les spécifications techniques définies par l'entité adjudicatrice doivent donner aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation de marché et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

Les dispositions de l'article 40, al. 4 de ladite loi danoise (article 42, paragraphe 2 de ladite directive) n'empêche pas une entité adjudicatrice de définir les spécifications techniques de telle manière que seuls certains opérateurs économiques ont la possibilité de soumettre une offre dans le cadre de la procédure de passation de marché. Cela présuppose simplement que les exigences et spécifications soient objectives, proportionnelles et justifiées par les besoins de l'entité adjudicatrice.

La décision du 25 mai 2022 est une « décision fumus » selon laquelle, pour trois des six exigences minimales relatives au service mis en concurrence, la Police nationale danoise n'avait pas prouvé que les exigences étaient légales et il était donc envisageable que la procédure de passation de marché soit annulée. Vu qu'il n'y avait pas d'urgence, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours.

Les exigences minimales relatives au service objet du marché étaient toutes liées à la dichotomie entre les réparateurs agréés par un fabricant automobile et ceux qui ne le sont pas. Cette situation est, dans une large mesure, régulée par le droit européen. La réglementation a pour but de faire des réparateurs non agréés des concurrents de même valeur que les réparateurs agréés.

La procédure de passation de marché portait sur des services d'entretien ordinaires sur des marques automobiles courantes. Trois des exigences minimales requéraient l'utilisation des « outils du fabricant automobile » etc. et des pièces de rechange d'origine. Les exigences portaient sur tous les outils de test, de calibrage et de diagnostic et sur toutes les pièces de rechange sans aucune délimitation précise et sans possibilité d'utiliser d'autres outils ou pièces semblables. À une question posée durant la procédure, l'entité adjudicatrice a répondu qu'il n'était pas possible d'utiliser des outils tiers ni des pièces de rechange tierces, même si cela n'entraînait aucun préjudice pour la Police nationale danoise en termes de qualité ou de garantie.

Pour les trois exigences minimales, la commission des recours a considéré sur la base des informations disponibles que la Police nationale danoise n'avait pas prouvé que des raisons objectives et proportionnelles avaient justifié qu'elle définisse les exigences minimales comme elle l'avait fait.

La commission a notamment basé son appréciation concernant la charge de la preuve sur le fait que dans le cadre d'une procédure de passation de marché antérieure semblable, des exigences minimales similaires n'avaient pas été définies et que, dans le cadre de cette procédure précédente, l'entité adjudicatrice avait reçu un grand nombre d'offres conformes au cahier des charges alors que, dans la procédure visée par le recours, le nombre d'offres conformes au cahier des charges était largement plus bas. Dans le cadre de certains lots, l'entité adjudicatrice n'avait même reçu aucune offre conforme. Dans le cadre de son appréciation, la commission s'est également basée sur le fait que les besoins (objectifs) auxquels la Police nationale danoise s'était référée pour justifier les exigences ne prouvaient pas qu'il était nécessaire de définir les exigences comme elle l'avait fait.

Le requérant a été débouté de sa demande concernant les trois autres exigences minimales, la commission ayant concrètement considéré, en référence notamment à la réglementation européenne applicable aux réparateurs non agréés, qu'elles étaient objectives et proportionnelles.

*Décision du 27 juillet 2022, Edora A/S contre les municipalités de Copenhague et d'Aalborg*

*Les autorités municipales avaient pris suffisamment de mesures pour neutraliser les avantages dont bénéficiait un autre soumissionnaire qui était le fournisseur initial du système informatique dans lequel serait intégrée la solution objet du marché. La déclaration unilatérale transmise ne présentait ni la clarté ni la force probante nécessaires pour remettre en question cette conclusion. Rien ne permettait de considérer que les points attribués selon les sous-critères définis seraient arrondis lors de l'évaluation. Le fait d'arrondir aurait lui aussi pu entraîner une distorsion de l'évaluation et, ce faisant, fausser le résultat.*

Le recours portait sur la mise en concurrence d'un contrat de fourniture d'une solution pour la gestion des rendez-vous pris avec les citoyens. Cette solution est un système en libre-service proposé aux citoyens et citoyennes bénéficiant de prestations publiques. Edora et Systematic ont soumis une offre et le 23 avril 2021, les autorités municipales ont attribué le marché à Systematic.

Edora a saisi la commission des recours et fait valoir que les autorités municipales avaient agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence posés par l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) en ne traitant pas les soumissionnaires de manière égale (chef de recours n° 1) et en n'ayant pas appliqué la procédure définie lors de l'évaluation (chef de recours n° 2).

Le *chef de recours n° 1* cherchait plus particulièrement à faire constater si les autorités municipales avaient pris suffisamment de mesures pour neutraliser les avantages dont bénéficiait Systematic en tant que fournisseur initial du système informatique Cura dans lequel la solution de gestion des rendez-vous devait être intégrée.

La commission des recours s'est référée à la décision intermédiaire rendue en l'espèce et jugé que le cahier des charges comprenait une description de l'interface d'intégration à Cura, sur laquelle les

soumissionnaires devaient se fonder même si Cura était mis à niveau durant la phase initiale de la passation de marché.

Dans le cadre de sa soumission, Edora avait rencontré des problèmes avec un « bac à sable » lié à Cura, que Systematic avait mis à sa disposition. La commission a toutefois considéré que le fait qu'Edora n'ait pas accès à Cura pendant un certain temps n'était pas attribuable aux autorités municipales. Edora n'avait pas demandé l'accès au bac à sable via la procédure décrite dans les documents de marché, alors qu'il eût été logique qu'elle le fasse. Le soumissionnaire devait lui-même assumer la responsabilité de tout effet négatif lié à sa décision, et ce même si l'accès devait être considéré comme nécessaire ou simplement opportun pour la rédaction de son offre.

De manière globale, la commission des recours a estimé que les autorités municipales avaient pris suffisamment de mesures pour neutraliser les avantages dont bénéficiait Systematic en tant que fournisseur de Cura. À cet égard, la commission s'est référée à l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 28 juin 2018 dans l'affaire T-211/17, Amplexor Luxembourg Sarl contre la Commission européenne (motifs 37 et 38) et à l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 12 mars 2008 dans l'affaire T-345/03, Evropaïki Dynamiki contre la Commission européenne (motif 76).

Edora avait présenté une déclaration de Force Technology datée du 4 octobre 2021. Cette déclaration avait été obtenue unilatéralement. La commission des recours a considéré que la déclaration ne présentait ni la clarté ni la force probante nécessaires pour remettre en question sa décision. Cette décision ne montre pas seulement qu'il est possible, pour la commission des recours, de présenter des déclarations techniques, mais aussi que la valeur probante d'une telle déclaration dépend de la manière dont elle est obtenue, en ce compris si les deux parties ou seulement l'une d'entre elles ont participé à l'obtention de la déclaration. En outre, la valeur probante se fonde sur une appréciation concrète de la déclaration, dont son contenu et son niveau de précision.

Le *chef de recours n° 2* portait sur la question de savoir s'il était établi dans le cahier des charges que seuls des nombres entiers seraient utilisés dans l'évaluation et si les points décimaux attribués seraient arrondis à des nombres entiers. Edora a soutenu que le score pondéré pour le sous-critère « Qualité » aurait dû être arrondi à 7 points pour les deux soumissionnaires. Le score pondéré pour le sous-critère « Prix » aurait dû être arrondi à 7 points pour Systematics. Edora aurait alors obtenu un score pondéré total plus élevé que Systematic et se serait vu attribuer le marché.

La commission a jugé que rien dans les documents de marché ne permettait de considérer que les points attribués selon les sous-critères définis seraient arrondis lors de l'évaluation. Le fait d'arrondir n'aurait pas été conforme aux dispositions du cahier des charges stipulant que tous les sous-critères seraient, au final, « additionnés » conformément à leur pondération pour obtenir un nombre total de points, de telle sorte que l'offre ayant obtenu le plus grand nombre de points serait l'offre la plus avantageuse économiquement. Le fait d'arrondir aurait lui aussi pu entraîner une distorsion de l'évaluation et, ce faisant, fausser le résultat.

La commission a dès lors débouté le requérant de sa demande.



### 2.2.3 Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation

*Décision intermédiaire du 12 janvier 2022, Norsk Luftambulanse AS contre Région Jutland du Nord, Région Jutland-Central, Région Danemark Sud, Région Sjælland et Région Capitale.*

*Les autorités régionales avaient violé les règles sur les appels d'offres parallèles en n'indiquant pas dans les documents de marché comment elles entendaient choisir entre les solutions parallèles.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et concernant le service national d'hélicoptères médicalisés exploité par les cinq régions en compagnie d'un service d'urgence interrégional. La procédure était une procédure d'appel d'offres parallèles, en ce sens que les soumissionnaires devaient soumettre des offres pour quatre formes de prestation différentes du service objet du marché, à savoir 1) quatre petits hélicoptères sans limite de temps, 2) deux grands et deux petits hélicoptères sans limite de temps, 3) quatre petits hélicoptères pendant 10 ans, et 4) deux grands et deux petits hélicoptères pendant 10 ans. Le dossier d'appel d'offres indiquait que les autorités régionales préféraient, afin de garantir le meilleur traitement possible pour les patients, un contrat à durée indéterminée et un contrat avec deux grands et deux petits hélicoptères, mais qu'elles mettraient également l'accent sur leur situation économique générale par rapport à la solution préférée.

Norsk Luftambulanse, qui ne s'est pas vu attribuer le marché, a notamment fait valoir qu'il était contraire à la loi danoise sur la passation des marchés publics que les documents de marché n'indiquent pas comment les autorités régionales entendaient choisir entre les quatre solutions.

La commission des recours a établi, d'une part, que l'article 53, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics comprenait une obligation de s'assurer que l'entité adjudicatrice ne peut pas librement combiner les différentes solutions de telle sorte qu'elle puisse librement choisir entre les offres et, d'autre part, que l'entité adjudicatrice doit, lors de son choix entre les offres soumises, appliquer la méthode d'évaluation publiée dans les documents de marché (cf. article 160 de ladite loi). Cela s'applique à toutes les offres reçues, y compris les offres parallèles, et pas seulement aux offres soumises pour la solution parallèle choisie. L'entité adjudicatrice est donc contrainte de décrire d'avance dans les documents de marché une méthode d'évaluation en précisant la manière dont les différentes offres pour les différentes formes de prestation seront comparées.

Les autorités régionales ont décrit qu'elles préféraient tantôt un contrat à durée indéterminée plutôt qu'à durée déterminée, tantôt une combinaison de deux grands et deux petits hélicoptères plutôt que quatre petits. Néanmoins, il n'était pas établi comment les autorités régionales entendaient prioriser ou exécuter l'évaluation entre les quatre offres parallèles si un contrat à durée indéterminée avec deux petits et deux grands hélicoptères n'était pas possible au vu de la situation économique des régions. Il n'était donc pas possible de procéder à l'évaluation conformément à l'article 160 – et une telle évaluation n'avait pas non plus été réalisée. Il était donc envisageable que Norsk Luftambulanse obtienne gain de cause sur ce premier chef de recours.

La condition de justification à première vue était ainsi remplie pour ce qui concerne une partie du recours, mais vu que la condition d'urgence n'était pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours.

Les autorités régionales ont ensuite annulé la procédure de passation de marché et Norsk Luftambulanse s'est désisté. La décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

*Décision intermédiaire du 23 février 2022, Capio A/S contre Région Jutland-Central*

*Mise en concurrence, dans le cadre d'une procédure ouverte au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (régime assoupli), d'un accord-cadre composé de deux lots pour la réalisation de traitements de chirurgie orthopédique, avec le critère d'attribution « Meilleur rapport qualité-prix ». La commission des recours a été saisie par un soumissionnaire évincé qui a notamment fait valoir que les autorités régionales avaient violé l'article 160 de ladite loi en n'indiquant pas dans les documents de marché le modèle d'évaluation appliqué et qu'elles avaient fixé la consommation maximale pour les lots à un niveau élevé irréaliste. Décision fumus établissant qu'il n'était pas envisageable que le requérant obtienne gain de cause.*

Les autorités régionales du Jutland-Central ont mis en concurrence, dans le cadre d'une procédure ouverte au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (régime assoupli), un accord-cadre composé de deux lots concernant la réalisation de traitements de chirurgie orthopédique (lot 1 « chirurgie des extrémités supérieures » et lot 2 « chirurgie des extrémités inférieures »). Dans les documents de marché, la consommation pour les deux lots était estimée à respectivement 3 600 et 2 400 bilans/traitements, tandis que la consommation maximale était renseignée à respectivement 6 000 et 4 000 bilans/traitements. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » et « Qualité », moyennant une pondération de 50 % pour chacun d'entre eux. Aux fins de l'évaluation des offres sur la base du sous-critère « Prix », les soumissionnaires devaient, dans une liste, indiquer les prix des différentes prestations sous la forme d'un pourcentage d'un tarif spécial applicable en cas de libre choix de l'hôpital consulté. Les documents de marché définissaient en outre une série de sous-critères secondaires sur lesquels l'entité adjudicatrice mettrait l'accent lors de l'évaluation des offres sur la base du sous-critère « Qualité ».

Des offres ont été reçues de deux soumissionnaires, après quoi les autorités régionales ont décidé de conclure le contrat avec l'un d'eux. L'autre soumissionnaire, Capio, a saisi la commission des recours et fait valoir notamment que les autorités régionales avaient violé les articles 160 et 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE) en ne décrivant pas suffisamment dans les documents de marché le modèle d'évaluation appliqué. Ce modèle n'était pas mentionné dans les documents de marché, mais figurait dans un rapport d'évaluation joint en annexe à la justification de la décision d'attribution transmise par les autorités régionales.

La commission des recours a jugé qu'il n'était pas envisageable que le requérant obtienne gain de cause. La raison en était que l'appel d'offres était lancé au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics et que les autorités régionales étaient donc uniquement contraintes de définir une procédure aux termes de l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE), y compris de définir des critères d'attribution et de prendre une décision d'attribution conformément à la procédure arrêtée (voir l'article 186 de ladite loi [article 74 de ladite directive] et l'article 188 [article 76]). L'exigence posée à l'article 160 de ladite loi, voulant que le modèle d'évaluation envisagé soit décrit dans les documents de marché, ne s'appliquait pas aux procédures lancées au titre de la section III de ladite loi. Les documents de marché ne comprenaient pas d'informations sur l'échelle de points que les autorités

régionales entendaient appliquer lors de l'évaluation qualitative des offres ni sur la manière dont les prix offerts seraient calculés. Le rapport d'évaluation, qui a été envoyé avec la communication concernant la décision d'attribution, comprenait toutefois une description détaillée du modèle d'évaluation appliqué et il n'y avait pas lieu pour la commission des recours de constater que les autorités régionales n'avaient pas respecté les critères d'attribution ou sous-critères et sous-critères secondaires définis lors de l'évaluation. L'évaluation des offres sur la base du sous-critère « Qualité » avait été réalisée selon une méthode absolue habituelle et l'évaluation des prix offerts selon une évaluation relative habituelle des prix

Capio a en outre invoqué que la consommation maximale pour les deux lots avait été fixée à un niveau élevé irréaliste et que la procédure ne pouvait pas servir de base à des attributions légales puisqu'il était impossible d'identifier la quantité maximale réelle.

La commission des recours a jugé qu'il n'était pas envisageable que le requérant obtienne gain de cause. La commission a rappelé qu'une entité adjudicatrice bénéficiait d'une grande part de subjectivité dans la définition de la quantité/valeur maximale d'un accord-cadre, mais que ses estimations devaient être objectivement justifiées. L'entité adjudicatrice ne peut pas augmenter artificiellement la quantité/valeur totale de l'accord-cadre par rapport à ses besoins. Lorsqu'il s'agit de déterminer si une entité adjudicatrice a défini la quantité/valeur maximale à un niveau artificiellement élevé, il appartient à l'entité adjudicatrice, lors de ses estimations, d'ajouter une marge de sécurité aux besoins attendus.

Les autorités régionales du Jutland-Central avaient, d'avance, rédigé une note qui prouvait l'existence de plusieurs incertitudes majeures dans l'estimation de ses besoins. Les autorités régionales avaient rappelé que le secteur de la santé était dynamique, que sa prévisibilité était limitée et que le réseau des hôpitaux publics était, de manière générale, appelé à relever une série des défis définis plus avant. Ainsi, il n'y avait pas lieu pour la commission des recours de constater que le nombre maximal de bilans/traitements avait été fixé de manière non objective ni qu'il dépassait la marge de sécurité que les autorités régionales étaient en droit d'appliquer.

Le requérant s'est ensuite désisté et la décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

#### *Décision intermédiaire du 20 avril 2022, Umove Vest A/S contre Nordjyllands Trafikselskab*

*Le modèle d'évaluation appliqué pour un sous-critère secondaire qualitatif était contraire au principe d'égalité de traitement, car le modèle empêchait d'avance certains soumissionnaires d'obtenir davantage qu'un certain score. Toutefois, la condition d'urgence n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.*

Nordjyllands Trafikselskab (NT) a organisé une procédure d'appel d'offres négociée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux concernant un contrat de dix ans visant la fourniture de services de transport réguliers avec une option de reconduction pendant six ans. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base de différents sous-critères. Le recours portait sur le sous-critère secondaire « Environnement de travail ». Les offres ont été évaluées selon la classification du dépôt des bus du soumissionnaire par l'Inspection du travail danoise sur une échelle prédéterminée (« smiley couronne » / « smiley vert »). Si un soumissionnaire n'exploitait pas encore de lignes dans le secteur de NT, l'offre se verrait attribuer 50 % du nombre maximum de points.

NT a reçu trois offres et constaté qu'aucun des soumissionnaires n'avait clairement précisé le statut de l'environnement de travail régnant dans les dépôts de bus qui seraient impliqués dans l'exploitation des services de transport offerts. NT s'est donc procuré différentes informations à cet égard et l'Inspection du travail danoise a confirmé les informations reçues. Sur cette base, NT a attribué à Keolis Danmark A/S 17,5 points (pondérés) et à Umove Vest A/S 12,5 points (pondérés) pour le sous-critère secondaire « Environnement de travail ». Vu que ces offres avaient au demeurant été évaluées de manière égale par rapport au sous-critère « Qualité de l'exploitation », dans lequel le sous-critère secondaire « Environnement de travail » figurait à hauteur de 25%, l'offre de Keolis a obtenu 75,6 points et celle de Umove 70,6 points pour le sous-critère « Qualité de l'exploitation ».

Lors de l'évaluation globale, Keolis a obtenu 92,5 points et Umove 91,75 points.

Umove a saisi la commission des recours et fait valoir entre autres que le modèle d'évaluation était contraire à l'article 36, paragraphe 1, de la directive sur les services spéciaux, en ce sens que les offres avaient été évaluées sur la base des certifications de l'environnement de travail que détenaient à la date de soumission des offres les dépôts qui seraient impliqués dans l'exécution du contrat. Le modèle avantageait ainsi les opérateurs qui possédaient déjà à la date de soumission des dépôts dans la zone géographique visée par le contrat (en pratique, l'opérateur initial ou d'autres opérateurs fortement présents dans le Jutland du Nord) et empêchait d'autres opérateurs d'obtenir le nombre maximum de points pour le sous-critère secondaire « Environnement de travail ».

NT a notamment fait valoir que le sous-critère secondaire « Environnement de travail » était légal, objectif et conforme au principe d'égalité de traitement. L'opérateur initial n'était pas empêché de soumettre une nouvelle offre pour les services objets du marché. De par la nature de ces services, tout transport dans un secteur donné exige en pratique l'établissement de dépôts de bus dans ce secteur et il n'était pas contraire au principe d'égalité de traitement que NT définisse des exigences concernant l'environnement de travail dans ces dépôts. NT n'avait pas fait de l'exigence relative à un certain niveau de qualité de l'environnement de travail une exigence minimale et le coefficient de pondération du sous-critère secondaire n'était que de 6,25 % dans l'évaluation globale. De nouveaux opérateurs qui ne possédaient pas un niveau suffisamment élevé de certification de leur environnement de travail avaient la possibilité de compenser cette lacune en se rendant plus compétitifs sur d'autres critères. Enfin, NT avait organisé l'attribution des points de telle manière qu'un nouvel opérateur ne reçoive pas une mauvaise note disproportionnée, en ce sens qu'un soumissionnaire ne possédant pas de certification pour son dépôt de bus recevrait 50 points sur 100.

La commission des recours a établi que le modèle d'évaluation défini ne permettait d'attribuer un score maximum de 100 points qu'aux soumissionnaires dont les dépôts avaient déjà obtenu un « smiley vert » ou un « smiley couronne » de l'Inspection du travail danoise à la date de soumission des offres.

Une entité adjudicatrice décide souverainement dans les limites du droit des marchés publics comment elle entend organiser la procédure. Le fait que NT ait lié l'évaluation de l'environnement de travail dans chacune des offres à l'échelle de smileys de l'Inspection du travail danoise ne posait pas un problème du point de vue du droit des marchés publics.

Pour autant, l'exigence voulant que les soumissionnaires soient en possession de certains certificats ou autres est le plus souvent formulée de telle sorte que l'exigence doit être remplie à la date d'entrée en

vigueur du contrat. Cela permet d'éviter que les soumissionnaires évincés ne soient exposés à des dépenses inutiles.

Le principe d'égalité de traitement n'implique pas qu'une procédure de passation de marchés soit organisée de telle manière que chacun des soumissionnaires ait la possibilité de répondre à toutes les exigences. En revanche, le principe d'égalité de traitement implique que le modèle d'évaluation choisi ne peut, d'avance, empêcher un quelconque soumissionnaire d'obtenir le nombre maximum de points pour l'offre présentée.

Selon l'évaluation provisoire de la commission des recours, il était donc envisageable que le requérant obtienne gain de cause pour sa demande concernant la violation du principe d'égalité de traitement arrêté à l'article 36, paragraphe 1, de la directive européenne sur les services spéciaux et pour sa demande d'annulation de la décision d'attribution. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie.

La condition d'urgence n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.

La procédure d'appel d'offres a ensuite été annulée et le requérant s'est désisté. La décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

*Décision intermédiaire du 6 juillet 2022, Assemble A/S contre les municipalités de Herning et de Holstebro*

*La décision du 6 juillet 2022 est une « décision fumus », qui est devenue la décision définitive de la commission des recours après que le requérant se soit désisté. L'évaluation sur la base d'un test par des utilisateurs ne favorisait pas le fournisseur initial. L'avantage concurrentiel éventuel dont bénéficiait le fournisseur initial avait été suffisamment neutralisé.*

Le recours portait sur une procédure conjointe lancée par deux municipalités et concernant la fourniture d'un système informatique de placement à l'usage des services de l'enfance et de la jeunesse de ces deux municipalités. Assemble a fait valoir que le modèle d'évaluation appliqué favorisait le fournisseur initial.

Le modèle appliqué était celui des seuils éliminatoires, reconnu entre autres dans l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 20 septembre 2018 dans l'affaire C-546/16, Montte SL contre Musikene, et dans la décision de la commission des recours du 25 avril 2018 dans l'affaire BilButikken A/S contre la municipalité de Randers. L'idée à la base du modèle est de subdiviser l'évaluation en plusieurs phases et de fixer, durant la première phase, un seuil de points minimum pour un ou plusieurs sous-critères définis. Pour peu qu'un soumissionnaire n'obtienne pas le seuil de points minimum, son offre n'est pas prise en compte dans la phase suivante de l'évaluation. Le modèle n'était pas contesté en soi.

Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères Prix (20 %), Qualité (50 %), Implication des utilisateurs (10 %) et Objectif et mise en œuvre (20 %). Au sous-critère « Qualité » étaient rattachés différents sous-critères secondaires moyennant une pondération relative prédéterminée. Le cahier des charges comprenait une description de 104 attentes différentes concernant les sous-critères secondaires et indiquait que les autorités municipales accorderaient une grande importance entre autres à la convivialité et à l'accessibilité intuitive des systèmes offerts. Afin de déterminer si les offres répondaient aux sous-critères secondaires, un test par des utilisateurs d'une durée d'un jour serait organisé avec la

participation d'une série de personnes possédant des compétences prédéterminées. Les soumissionnaires auraient eux aussi la possibilité d'y participer.

Selon l'argument principal d'Assemble, une évaluation sur la base d'un test par des utilisateurs favorisait de manière générale le fournisseur initial, car un utilisateur à qui il est demandé d'évaluer un système qu'il connaît et un système qu'il ne connaît pas trouvera toujours que le système connu est plus convivial et favorisera donc toujours concrètement le fournisseur initial.

Assemble avait également pour argument que le test par des utilisateurs était subjectif et favorisait le fournisseur initial en ce sens qu'aucun point de mesure objectif n'avait été défini pour ledit test et que les documents ne décrivaient pas les critères objectifs qui serviraient de base à l'évaluation des systèmes offerts par le groupe d'utilisateurs.

La commission des recours a débouté le requérant de sa demande et rappelé qu'il convenait de supposer que le test par des utilisateurs contribuait à éliminer l'avantage concurrentiel éventuel détenu par le fournisseur initial, en ce sens qu'il permettait à l'équipe d'évaluation de visualiser directement un système qui lui est inconnu. Le test par des utilisateurs réalisé en l'espèce avait été organisé de telle sorte que les soumissionnaires avaient la possibilité d'y participer en virtuel ou en présentiel et de guider les personnes invitées à tester le système. Le résultat du test était décrit en détail dans le rapport d'évaluation. Le test avait eu lieu dans le prolongement de la description du système faite par les soumissionnaires et donc sur la base des 104 attentes concrètement définies par les autorités municipales concernant le système.

L'avantage concurrentiel éventuel dont bénéficiait le fournisseur initial avait donc été suffisamment neutralisé.

*Décision du 18 juillet 2022, Dräger Danmark A/S contre Région Sjælland, Région Jutland du Nord, Région Jutland Central, Région Danemark Sud et Région Capitale*

*La décision montre que la commission des recours examine de manière intense et détaillée les évaluations. Aucune annulation de la décision d'attribution, car après une évaluation concrète de leur caractère significatif, la commission des recours a considéré que les infractions constatées n'avaient pas influencé la décision d'attribution.*

Le recours portait sur la remise en concurrence, dans le cadre d'une procédure ouverte au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un accord-cadre visant la fourniture d'appareils d'anesthésie ainsi que d'accessoires et de consommables associés. La procédure avait été conjointement lancée par toutes les autorités régionales danoises.

Dräger, un soumissionnaire évincé, a notamment fait valoir que les autorités régionales avaient, lors de l'évaluation des offres, mis l'accent sur des informations que Dräger avait transmises lors d'une procédure antérieure et non pas sur le contenu de l'offre concernée. En outre, le requérant a invoqué que l'offre retenue avait indûment obtenu un score trop élevé sur plusieurs points.

La commission des recours a jugé, entre autres, qu'il n'était pas exigé que l'entité adjudicatrice offre à tous égards une description complète des éléments sur lesquels elle entendait mettre l'accent lors de l'évaluation des sous-critères, voire sous-critères secondaires, qualitatifs. À cet égard, la commission s'est référée à l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 7 octobre 2015 dans l'affaire T-299/11, European

Dynamics Luxembourg SA e.a. contre OHMI, dont il découle qu'il est possible de mettre l'accent sur des éléments qui ne sont pas expressément indiqués dans le dossier d'appel d'offres pour peu que cela soit expressément justifié par le sous-critère. Ainsi, il n'est pas exigé que l'entité adjudicatrice établisse de manière exhaustive une liste de tous les éléments sur lesquels elle entend mettre l'accent lors de l'évaluation d'un sous-critère. En revanche, il est exigé qu'elle indique les éléments auxquels elle accordera une importance déterminante et ceux qu'il serait, au sens normal du critère concerné, anormal de privilégier.

Le requérant a notamment obtenu gain de cause concernant plusieurs chefs de recours au sujet desquels la commission a considéré que l'offre reçue avait indûment obtenu un score trop élevé sur plusieurs points.

Une correction des points attribués a montré que l'offre de Dräger aurait dû obtenir le meilleur score total. Néanmoins, durant le recours, les autorités régionales ont remarqué qu'elles avaient indûment attribué à Dräger 100 points au lieu de 0 pour la réalisation d'une exigence. La commission des recours était d'accord pour dire qu'en cas d'évaluation correcte, Dräger aurait obtenu 0 point pour la réalisation de l'exigence concernée et que Dräger n'aurait donc pas obtenu le meilleur score total.

Dès lors, après une évaluation concrète de leur caractère significatif, la commission des recours a considéré que les infractions au droit des marchés publics n'avaient pas influencé la décision d'attribution et le requérant a été débouté de sa demande d'annulation.

*Décision du 27 juillet 2022, Edora A/S contre les municipalités de Copenhague et d'Aalborg*

La décision est décrite plus avant à la section 2.2.2 « Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres ».

#### 2.2.4 Accords-cadres

*Décision du 5 mai 2022, Peab Asphalt A/S contre Øresundsbro Konsortiet I/S*

*L'obligation d'indiquer la valeur et la quantité estimées lors de la mise en concurrence d'accords-cadres s'appliquent également aux accords-cadres visant la prestation de services.*

Le recours portait sur la mise en concurrence, dans le cadre d'une procédure ouverte au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un accord-cadre de deux ans visant la fourniture de travaux de terrassement et de petits travaux de réparation et d'exploitation sur le pont sur l'Øresund. L'avis de marché n'indiquait pas la quantité ni la valeur estimées des services à fournir en vertu de l'accord-cadre. En revanche, le cahier des charges indiquait que le volume de l'accord était basé sur les expériences historiques et que le volume attendu s'élevait à environ 17 millions DKK sur une période de quatre ans. Le volume maximum autorisé durant la période de l'accord avoisinait les 22 millions DKK et constituait le volume maximum de l'accord-cadre.

Peab Asphalt, un soumissionnaire évincé, a saisi la commission des recours et fait valoir que l'avis de marché était incomplet, en ce sens qu'il n'indiquait pas de quantité ni valeur estimées pour les services à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché. Le recours comprenait d'autres points sur lesquels la commission des recours ne s'est pas prononcée.

La commission a jugé qu'une entité adjudicatrice devait, comme établi dans sa décision du 9 novembre 2021 dans l'affaire *Simonsen & Weel A/S contre Région Jutland du Nord et Région Danemark Sud* (rapport annuel 2021, page 33), notamment indiquer dans l'avis de marché la quantité ou valeur estimée pour les marchandises à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché (cf. arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 juin 2021 dans l'affaire C-23/20 entre les mêmes parties). Le non-respect de cette obligation constitue une infraction à l'article 49 de la directive sur la passation des marchés publics, transposé aux articles 56 et 128, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, ainsi qu'à l'article 18 de ladite directive, qui correspond à l'article 2 de ladite loi danoise.

Il découle des articles 56 et 128, al. 2, de ladite loi que l'avis de marché doit comprendre les informations indiquées à l'annexe V, partie C, de ladite directive. Comme l'établit l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-23/20, tant les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination que le principe de transparence qui en découle impliquent que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière.

Il convient de considérer que les informations figurant dans l'avis de marché concernant la valeur estimée ou l'étendue et la fréquence des marchés à passer en vertu de l'accord-cadre jouent un rôle central dans l'appréciation faite au départ par les soumissionnaires potentiels pour savoir s'ils veulent envisager ou pas de soumettre une offre, en ce compris apprécier leur capacité à honorer les obligations visées par l'accord-cadre.

La commission des recours a ainsi estimé qu'il convenait d'interpréter l'article 49 (cf. article 33) de la directive sur la passation des marchés publics et les points 7, 8 et 10, sous a, de la partie C de l'annexe V de ladite directive de telle sorte que l'avis de marché doit également indiquer la quantité et/ou valeur estimées pour les services à fournir en vertu d'un accord-cadre.

Le consortium n'a pas prouvé que le fait de ne pas avoir décrit de manière complète les éléments centraux de l'accord-cadre n'avait pas dissuadé des soumissionnaires éventuels de soumettre une offre. La commission des recours a donc annulé la décision d'attribution.

*Décision du 24 mai 2022, Netcompany A/S contre l'Inspection du travail danoise*

*L'Inspection du travail danoise (Arbejdstilsynet) avait, dans l'avis de marché, indiqué des informations suffisantes sur la valeur totale maximale du marché (cf. conditions associées établies dans l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 juin 2021 dans l'affaire C-23/20, Simonsen & Weel). En outre, la commission des recours a considéré que la façon dont le prix d'évaluation avait été calculé ne reflétait pas les frais liés aux acquisitions totales attendues et que le modèle d'évaluation ne permettait donc pas d'identifier l'offre la plus avantageuse économiquement.*

Le recours portait sur la mise en concurrence d'un accord-cadre visant la mise à disposition de conseillers en développement chargés de fournir des services de développement, de maintenance, d'exploitation d'applications et de conseils dans le cadre des systèmes spécialisés de l'Inspection du travail danoise.



Dans l'avis de marché, le point II.1.5) « Valeur totale estimée » n'avait pas été complété, tandis que le point II.2.6) « Valeur estimée » mentionnait une valeur de 200 millions DKK. Le point VI.3) indiquait entre autres que le montant mentionné au point II.2.6) correspondait à la « consommation maximale estimée » sur une période de quatre ans sur la base de la consommation historique et attendue et que la consommation annuelle s'élèverait selon toute attente à 45-55 millions DKK.

La commission des recours a jugé que la Cour de justice de l'Union européenne avait établi dans son arrêt du 17 juin 2021 dans l'affaire C-23/20, *Simonsen & Weel*, que l'entité adjudicatrice devait indiquer dans l'avis de marché ou dans les autres documents de marché une quantité ou valeur maximale des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché.

Ensuite, la commission a notamment passé en revue les règles relatives à la manière de compléter l'avis de marché et considéré que l'Inspection du travail danoise avait indiqué de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché la valeur maximale totale estimée pour l'ensemble du marché. Le fait que l'Inspection du travail danoise ait indiqué que la consommation annuelle moyenne s'élèverait selon toute attente à 45-55 millions DKK ne conduisait pas à conclure que les informations sur la valeur maximale totale pour l'ensemble du marché manquaient de précision ou de transparence. Par ailleurs, la commission a jugé que le fait que l'Inspection du travail danoise n'ait pas complété le point II.1.5. ne conduisait pas non plus à établir que les informations sur la valeur maximale totale pour l'ensemble du marché pouvaient être considérées comme manquant de précision ou de transparence alors que cela était clairement indiqué au point II.2.6. et approfondi à la rubrique VI.3.

Entre autres, la commission des recours s'est également prononcée sur la question de savoir si la façon dont le prix d'évaluation avait été calculé pouvait contribuer à identifier l'offre la plus avantageuse économiquement.

Le prix d'évaluation avait été calculé comme le prix d'une consommation de 20 000 heures de consultance sur une année, majoré des coûts de transition totaux et d'autres suppléments.

La commission des recours a jugé que le prix d'évaluation ne reflétait pas les frais liés aux acquisitions totales attendues, en ce sens que les coûts de transition inclus correspondaient à toute la période alors que les coûts de consultance inclus correspondaient à une seule année. De plus, la consommation annuelle supposée de 20 000 heures de consultance ne correspondait pas à la consommation annuelle attendue qui, selon les informations fournies, s'élevait à 45-55 millions DKK. La commission a considéré que l'écart entre le modèle d'évaluation et la consommation annuelle attendue était si grand que la définition du modèle d'évaluation par l'Inspection du travail danoise ne reposait pas sur une base objective et que le modèle d'évaluation ne permettait donc pas d'identifier l'offre la plus avantageuse économiquement.

La commission des recours a donc annulé la décision d'attribution de l'Inspection nationale danoise.

### 2.2.5 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission

*Décision du 28 janvier 2022, Steelco Nordic A/S contre Région Sjælland*

*Une société n'ayant pas participé à une procédure de passation de marché ne possède pas d'intérêt à introduire ni maintenir un recours contre cette procédure si celle-ci a été annulée par l'entité adjudicatrice (cf. article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la commission des recours).*

En juin 2021, les autorités de la Région Sjælland ont mis en concurrence, dans le cadre d'une procédure ouverte au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics, des accords-cadres visant des acquisitions régulières de lave-instruments, etc. Steelco Nordic A/S n'a pas soumis d'offre, mais a saisi la commission des recours le 4 novembre 2021 en faisant valoir notamment que les autorités régionales n'avaient pas indiqué de quantités ni valeurs estimées/maximales pour les acquisitions. Steelco a donc conclu à l'annulation de la décision d'attribution. Le 10 novembre 2021, les autorités régionales ont indiqué, en référence à la décision de la commission des recours du 9 novembre 2021 dans l'affaire Simonsen & Weel A/S contre la Région Jutland du Nord et la Région Danemark Sud (rapport annuel 2021, page 33), que la procédure de passation de marché serait annulée. La procédure a été annulée le 16 novembre 2021.

Steelco a alors retiré les chefs du recours relatifs au non-respect des principes découlant de la décision du 9 novembre 2021 et à sa demande d'annulation, mais a maintenu le recours proprement dit et corrigé d'autres chefs.

Les autorités de la Région Sjælland ont conclu au rejet du recours.

En référence à l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la commission des recours, la commission a jugé que la notion d'« intérêt à agir » ne devait pas être interprétée de manière restrictive. Pour autant, le requérant doit posséder un intérêt concret ou direct à ce que la commission des recours se prononce sur une violation éventuelle des règles du droit des marchés publics.

Étant donné que les autorités régionales avaient annulé la procédure, Steelco ne possédait pas l'intérêt à agir requis et la commission a donc rejeté ce dernier.

*Décision du 10 février 2022, Assemble A/S contre la municipalité de Lyngby-Taarbæk*

*En 2014, Statens- og Kommunernes Indkøbsservice (SKI) a mis en concurrence au titre de la directive de l'époque sur la passation des marchés publics (directive 2004/18/CE) un total de cinq lots visant la prestation de services conseils informatiques, etc. Le recours portait sur le lot 2, « services ASP/Cloud-SaaS municipaux », et sur un accord de fourniture d'un système pour les garderies et les crèches. Les sociétés Assemble A/S et KMD A/S avaient toutes deux été choisies comme fournisseurs pour l'accord-cadre. En 2018, les autorités municipales de Lyngby-Taarbæk ont passé le marché de gré à gré avec KMD. Assemble a saisi la commission des recours en 2021. Les autorités municipales ont conclu au rejet du recours au motif de la carence du requérant, mais n'ont pas obtenu gain de cause sur ce point. Assemble s'est vu imposer la charge de la preuve et la commission a débouté le requérant.*

En 2018, les autorités municipales de Lyngby-Taarbæk avaient souhaité recourir à l'accord-cadre et avaient contacté Assemble et KMD en leur demandant de fournir des informations concernant une fonctionnalité spécifique dans le cadre d'un contrat envisagé pour la fourniture d'un système pour garderies et crèches. Une réunion avait ensuite été organisée entre Assemble et les autorités municipales, mais les parties avaient des vues divergentes quant à la façon dont les choses s'étaient déroulées, et notamment quant à la réaction ou pas de la société Assemble lorsque les autorités s'étaient adressées à elle. Les autorités municipales avaient alors estimé que KMD était le seul fournisseur dont le système répondait à tous les besoins décrits par les autorités et avaient conclu en octobre 2018 un contrat avec KMD en la matière. Le contrat est toujours d'application.

En juin 2021, Assemble a saisi la commission des recours en faisant valoir que les autorités municipales n'étaient pas en droit de passer un marché de gré à gré avec KMD. Assemble a conclu à l'annulation de la décision d'attribution et à ce que le contrat soit déclaré dépourvu d'effets.

Les autorités municipales ont conclu au rejet du recours au motif de la carence du requérant ou, à titre subsidiaire, au débouté de ce dernier.

S'agissant de la demande de rejet, la commission des recours s'est référée aux délais de recours arrêtés à l'article 7 de la loi sur la commission des recours, qui ont été introduits en 2010 en même temps que les règles sur l'absence d'effets et les pénalités financières et qui, sous réserve de certaines modifications, sont toujours d'application. Il découle des motifs à la base des règles sur les délais de recours que « aucun délai de recours n'est introduit pour la passation de marchés de gré à gré illégaux sans publication préalable ».

Les délais arrêtés à l'article 7 de la loi sur la commission des recours commencent à courir à la date de notification de l'entité adjudicatrice ou de publication d'un avis au Journal officiel de l'Union européenne. Vu que les autorités municipales n'avaient pas choisi de publier un avis en cas de transparence ex ante volontaire au titre de l'article 4 de la loi sur la commission des recours, Assemble n'a pas été affectée par les délais de forclusion arrêtés à l'article 7 de ladite loi. Le contrat contesté étant toujours en cours, la commission des recours n'a pas considéré qu'il y avait lieu de rejeter le recours au motif de la carence du requérant.

S'agissant des chefs du recours selon lesquels la passation du marché de gré à gré était contraire aux dispositions de l'accord-cadre et à la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, en ce sens qu'Assemble pouvait elle aussi offrir les solutions souhaitées, la commission des recours a fait remarquer que seules les dispositions de la directive 2004/18/CE étaient d'application. Pour cette simple raison, le requérant a été débouté de sa demande concernant la violation de l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE).

La commission s'est fondée sur le fait que les autorités municipales avaient eu l'impression que le système d'Assemble ne répondait pas à un besoin décrit pour la fonction de listes d'attente.

Comme le précise la décision, les parties avaient des vues divergentes quant à la manière dont les choses s'étaient déroulées entre elles, mais il était établi que les autorités municipales avaient, préalablement à l'attribution du marché à KMD, cherché à clarifier notamment si les fournisseurs éventuels répondaient au besoin décrit pour une fonction de listes d'attente spécifique. Assemble n'a saisi la commission des recours que trois ans après les faits et environ deux ans après qu'Assemble ait en toute certitude pris connaissance

de la passation du marché de gré à gré. Il incombait donc à Assemble de prouver que le système comprenait la fonctionnalité décrite et que les autorités municipales auraient dû le savoir.

Assemble n'ayant pas fourni les preuves requises, la commission l'a déboutée de son recours.

*Décision intermédiaire du 20 avril 2022, Umove Vest A/S contre Nordjyllands Trafikselskab*

La décision est décrite en détail au point 2.2.3. « Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation ».

*Décision du 18 mai 2022, Assemble A/S contre la municipalité de Lejre*

*Le délai pour faire constater l'absence d'effets n'a pas pu être prolongé moyennant l'imposition d'une pénalité financière d'un montant plus élevé que ne le veut l'usage. L'article 17, al. 3, de la loi sur la commission des recours n'était pas d'application.*

Le recours portait sur le marché de gré à gré passé sur la base de l'accord-cadre 02.19 ASP/Cloud-SaaS. Les sociétés Assemble A/S et KMD A/S avaient toutes deux été choisies comme fournisseurs pour l'accord-cadre. Le marché a été passé avec KMD et portait sur la fourniture d'un système pour garderies et crèches. Une fois le marché attribué, un contrat de quatre ans a été conclu.

Les autorités municipales ont reconnu durant le recours que les dispositions relatives à l'attribution des marchés n'avaient pas été suivies. Le contrat devait donc, en vertu de l'article 17, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la commission des recours, être déclaré dépourvu d'effets, en ce sens que les autorités municipales n'avaient pas, préalablement à la conclusion du contrat, publié un avis conformément à l'article 4 de ladite loi.

Les autorités municipales ont conclu au débouté du requérant et demandé que le délai pour déclarer le contrat dépourvu d'effets soit prolongé suite à l'existence d'« éléments tertiaires ». Les autorités municipales présumaient qu'il était possible, sur le fondement de l'article 18, al. 2, et des articles 19 et 20 de la loi sur la commission de recours (cf. décision de la commission des recours du 10 février 2014 dans l'affaire Søndersborg Affald A/S contre Affaldsregion Nord I/S), de reporter le délai pour faire constater l'absence d'effets moyennant l'imposition d'une pénalité financière proportionnellement plus élevée.

Lors de la détermination de la date à compter de laquelle le contrat aurait dû être déclaré dépourvu d'effets, la commission des recours s'est fondée sur une série de faits et sur la nécessité pour les autorités municipales de réaliser l'acquisition visée, sur la nécessité d'une mise en œuvre effective des règles du droit des marchés publics et sur les possibilités dont disposaient les autorités municipales pour organiser et réaliser une nouvelle procédure de passation de marché. Le contrat a ainsi été déclaré dépourvu d'effets à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2022. La commission des recours a considéré que les conditions posées pour appliquer l'article 17, al. 3, de la loi sur la commission des recours n'étaient pas réunies, en ce sens que la situation en question ne relevait du champ d'application desdites dispositions. À cet égard, la commission des recours s'est référée aux travaux préparatoires de l'article en question.

Ainsi, la commission n'a pas considéré qu'il y avait lieu de reporter le délai pour la déclaration de l'absence d'effets moyennant l'imposition d'une pénalité financière plus élevée que ne le veut l'usage, comme les autorités municipales l'avaient demandé. Le cas échéant, la durée de ce report eût été objectivement trop longue. Une procédure qui permettrait à une entité adjudicatrice d'éviter, moyennant une pénalité

financière plus élevée, qu'un marché de gré à gré illégal ne soit dans une large mesure déclaré dépourvu d'effets ne serait pas compatible avec les règles d'application arrêtées dans la loi sur la commission des recours ni avec la nécessité d'une mise en œuvre effective des règles du droit des marchés publics. À cela s'ajoute qu'une entité adjudicatrice a la possibilité de publier un avis de marché de gré à gré (cf. article 17, al. 1<sup>er</sup>, point 1, cf. article 4, de la loi sur la commission des recours).

*Décision du 21 juin 2022, Inlead ApS contre Det Digitale Folkebibliotek*

La décision est décrite en détail à la section 2.2.1 « Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats ».

*Décision du 16 septembre 2022, Electrolux Professional A/S contre Alabu Bolig*

La décision est décrite en détail à la section 2.2.1 « Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats ».

*Décision du 22 septembre 2022, Filial af Trend Micro Emea Limited contre Région Capitale*

*La Région Capitale était en droit d'annuler une procédure réduite au motif que ses besoins ne correspondaient plus aux besoins décrits dans les documents de marché transmis, notamment à la lumière de changements structurels et budgétaires ayant eu lieu. Le marché passé par la suite de gré à gré a été déclaré dépourvu d'effets et les autorités régionales se sont vu infliger une pénalité financière. Concernant la question de savoir si les règles relatives à l'absence d'effets et à l'imposition d'une pénalité financière étaient d'application, la commission des recours a jugé que le marché de gré à gré ne pouvait pas être considéré comme avoir été passé sur la base de l'accord-cadre et, partant, ne relevait pas de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics. La valeur du marché étant toutefois supérieure au seuil, les achats relevaient de la section II de ladite loi et les règles relatives à l'absence d'effets et à l'imposition de pénalités financières étaient donc d'application.*

Le recours portait d'une part sur un marché passé de gré à gré et, d'autre part, sur une procédure réduite visant l'achat d'un logiciel antivirus en vertu d'un contrat SKI.

Les autorités de la Région Capitale avaient organisé une procédure réduite en vue d'acquérir des licences pour un logiciel antivirus. Elles ont toutefois annulé la procédure réduite et, le jour suivant, conclu de gré à gré un contrat avec l'un des participants à ladite procédure.

À l'appui de leur annulation de la procédure réduite, les autorités régionales ont soutenu que leurs besoins ne correspondaient plus aux besoins décrits dans les documents de marché transmis, notamment à la lumière de changements structurels et budgétaires ayant eu lieu.

À cet égard, la commission des recours a jugé, tantôt, qu'il découlait de la jurisprudence européenne ainsi que de la jurisprudence danoise, qu'une entité adjudicatrice était en droit d'annuler une procédure de passation de marché en cours pour peu que l'annulation ne tende pas à un but contraire au principe d'égalité de traitement ou autrement tendancieux, tantôt qu'il incombait a priori au requérant de prouver que l'entité adjudicatrice avait violé les règles du droit des marchés publics.

En l'espèce, la commission des recours a considéré que les motifs avancés n'étaient pas de nature si générale et vidée de substance que la commission ne pût contrôler si l'annulation tendait à un but contraire

au principe d'égalité de traitement ou autrement tendancieux. Par ailleurs, la commission a considéré qu'il n'y avait pas lieu de supposer que les motifs des autorités régionales n'avaient pas réellement servi de base à la décision d'annuler la procédure réduite. Trend Micro n'ayant pas prouvé que l'annulation était tendancieuse, il n'y avait donc pas lieu de lui donner gain de cause en ce qui concerne sa demande d'annulation de la décision prise par les autorités régionales d'annuler la procédure réduite.

S'agissant de la passation du marché de gré à gré, les autorités régionales ont reconnu avoir agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence posés par l'article 2 de la loi danoise sur la passation de marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) en ayant passé un marché de gré à gré contrairement aux dispositions de l'accord-cadre. Ce faisant, les autorités régionales se sont ralliées à la demande du requérant d'annuler la décision d'attribution. Le requérant a donc obtenu gain de cause pour ce chef de recours ainsi que pour celui relatif au non-respect par les autorités régionales des principes d'égalité de traitement et de transparence posés par l'article 2 de la loi danoise sur la passation de marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) en ayant passé un marché de gré à gré.

S'agissant du chef de recours de Trend Micro relatif à l'absence d'effets, la question était de savoir si le marché de gré à gré devait être considéré ou pas comme ayant été passé sur la base de l'accord-cadre, qui comprenait également une description des cas dans lesquels la passation d'un marché de gré à gré était autorisée. À cet égard, la commission des recours a considéré que le marché ne pouvait pas être considéré comme ayant été passé sur la base de l'accord-cadre. La valeur du marché étant toutefois supérieure au seuil, les achats relevaient de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et les règles relatives à l'absence d'effets et à l'imposition de pénalités financières étaient donc d'application.

Dès lors, le contrat a été déclaré dépourvu d'effets et une pénalité financière de 30 000 DKK a été infligée aux autorités de la Région Capitale.

*Décision d'indemnisation du 13 décembre 2022, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen contre FynBus, Sydtrafik et Midttrafik*

*Procédure de passation de marché organisée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux et visant la prestation de services de transport à la demande. La décision d'indemnisation s'inscrit dans le prolongement de la décision de la commission des recours du 27 octobre 2020, confirmée par le Tribunal de Svendborg dans son jugement du 12 mai 2022. Le requérant a été débouté de sa demande de rejet. Indemnisation de 600 000 DKK octroyée à Øens Taxa.*

Dans sa décision du 27 octobre 2020 concernant les services de transport dits « FG6 », la commission des recours a établi que les sociétés de transport avaient enfreint les règles du droit des marchés publics et leur a infligé une pénalité financière de 7 millions DKK (rapport annuel 2020, page 16). Les sociétés de transport ont introduit un recours contre cette décision (et une décision similaire rendue dans le cadre d'un recours parallèle sur les transports FV6 introduit par Alsvognen I/S) devant le Tribunal de Svendborg, après quoi la commission des recours a rendu, à la demande des sociétés de transport, une décision selon laquelle la procédure concernant la demande d'indemnisation d'Øens Taxa devant la commission était close.

Dans son jugement du 12 mai 2022, le Tribunal de Svendborg a confirmé les décisions de la commission des recours.

Øens Taxa a demandé la réouverture de la procédure liée à sa demande d'indemnisation. Les sociétés de transport ont protesté, mais n'ont pas obtenu gain de cause.

Øens Taxa a conclu à une indemnisation de quelque 3,5 millions DKK. Les sociétés de transport ont conclu au rejet de la demande d'indemnisation au motif qu'elle était documentée de manière incompréhensible ou, à titre subsidiaire, au débouté du requérant. La commission des recours a débouté les sociétés de transport de leur demande de rejet, car le manque de clarté invoqué par rapport à la documentation requise pour plusieurs postes ne pouvait conduire au rejet de la demande d'indemnisation dans son intégralité.

Les sociétés de transport avaient agi de manière fautive vis-à-vis d'Øens Taxa dans le cadre de la violation des règles du droit des marchés publics constatée dans la décision du 27 octobre 2020.

S'agissant des conditions de lien de causalité, les sociétés de transport ont fait valoir que tout comme le véhicule du soumissionnaire retenu, le véhicule offert par Øens Taxa ne répondait pas à l'exigence minimale selon laquelle le véhicule devait pouvoir accueillir deux grands fauteuils roulants. Toutefois, l'interprétation faite par les sociétés de transport de cette exigence minimale ne découlait pas de manière suffisamment précise de l'exigence proprement dite et les sociétés de transport n'avaient donc pas pu rejeter l'offre d'Øens Taxa au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges. Øens Taxa n'avait pas acquis le véhicule offert à l'usage spécifique de la procédure de passation de marché FG6, mais la commission des recours a considéré qu'Øens Taxa avait été en droit de calculer le prix de son offre sur la base du prix d'acquisition. Selon les informations disponibles, l'offre d'Øens Taxa était arrivée en quatrième place et on ne pouvait pas exclure que les offres n° 2 et 3 étaient conformes au cahier des charges. Pour autant, la commission a jugé plus adéquat de charger les sociétés de transport de prouver la conformité des deux offres « intermédiaires » avec le cahier des charges. Les preuves requises n'ayant pas été fournies, les conditions de lien de causalité n'étaient donc pas réunies.

La demande d'Øens Taxa se composait de plusieurs postes. Le poste A concernait des pertes d'un montant d'environ 1,2 million DKK subies suite au fait de ne pas s'être vu attribuer les transports FG6 sur l'île d'Ærø. Après régulation de la période visée par cette demande et déduction faite de plusieurs réductions spécifiques, la commission des recours a octroyé au requérant un montant d'indemnisation estimé à 600 000 DKK. Le poste B concernait les transports FV6 visés par le recours parallèle introduit par Alsvognen I/S. L'intervention d'Øens Taxa à l'appui d'Alsvognen I/S devait être assimilée à une intervention accessoire conformément aux règles du Code de procédure général danois (*retsplejeloven*). Autrement dit, Øens Taxa n'était pas partie au recours concerné et la commission n'a donc pas considéré qu'il y avait lieu d'octroyer une indemnisation. Le poste C concernait le manque à gagner subi en n'ayant pas eu la possibilité de soumettre une offre lors d'une procédure ultérieure concernant les transports FG7. Le requérant a été débouté de sa demande, car la capacité économique générale d'Øens Taxa était un élément étranger aux sociétés de transport. Les conditions d'adéquation n'étaient donc pas réunies. Le poste D concernait le temps consacré par le requérant à son recours. Selon la jurisprudence, celui-ci a été débouté de sa demande sur ce point. Le poste E concernait la perte de notoriété subie par le requérant. Celui-ci a été débouté de sa demande au motif que, de manière générale, cette demande n'était pas documentée et que les conditions d'adéquation n'étaient pas réunies.

### 2.2.6 Motifs d'exclusion

*Décision du 24 octobre 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen contre la municipalité de Herlev*

*Recours rejeté au motif d'un défaut d'intérêt à agir (cf. article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours).*

Les autorités municipales de Herlev ont mis en concurrence, dans le cadre d'une procédure restreinte au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics, deux lots de quatre ans visant la fourniture de services de nettoyage et de lavage de vitres à des adresses prédéterminées. L'avis de marché ne mentionnait pas la valeur totale du marché au point II.1.5, ni la valeur totale des lots au point II.2.6.

Les services de nettoyage et de lavage de vitres étaient initialement fournis aux autorités municipales par KN Rengøring. Le 19 août 2021, les autorités municipales ont résilié le contrat avec la société KN Rengøring au motif d'une faute grave commise par celle-ci et intenté une action en dommages-intérêts. KN Rengøring a contesté cette action et fait valoir que la résiliation du contrat était indue.

KN Rengøring ne s'est pas portée candidate à la présélection.

Les autorités municipales ont reçu cinq offres pour chaque lot et décidé le 7 avril 2022 de conclure des contrats avec deux sociétés.

Le 4 juillet 2022, KN Rengøring a saisi la commission des recours et fait valoir que les autorités municipales avaient violé les règles du droit des marchés publics en n'ayant pas indiqué la valeur estimée pour chacun des lots objets du marché.

Les autorités municipales ont conclu au rejet du recours et rappelé qu'elles avaient opté pour le motif d'exclusion non obligatoire défini à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 5 (aujourd'hui 4), de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous g, de la directive 2014/24/UE) et applicable en cas de faute commise dans le cadre d'un marché public antérieur. La société KN Rengøring aurait donc été exclue si elle s'était portée candidate à la présélection. À titre subsidiaire, les autorités municipales ont conclu au débouté du requérant.

KN Rengøring s'est référée à son droit de démontrer sa fiabilité, cf. article 138 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphes 6 et 7, de la directive 2014/24/UE).

La commission des recours a rappelé que l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la commission des recours relatif à l'intérêt à agir ne devait pas être interprété de manière restrictive. Toute société qui a participé ou aurait pu participer à une procédure d'appel d'offres possède, selon la jurisprudence, un intérêt à agir. KN Rengøring n'avait pas participé à la procédure, mais exerce des activités dans le secteur concerné. À la base, KN Rengøring était donc en droit d'introduire un recours.

Toutefois, les autorités municipales avaient opté pour le motif d'exclusion défini à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 5 (aujourd'hui 4), de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous g, de la directive 2014/24/UE). KN Rengøring n'étant ni candidate ni soumissionnaire, les autorités municipales n'avaient pas eu l'occasion d'exclure la société en référence audit motif et les règles relatives au droit de démontrer sa fiabilité au titre de l'article 138, al. 2, de ladite loi (article 57, al. 6, de ladite directive) n'étaient donc pas d'application.

Dès lors, la commission des recours a débouté le requérant de sa demande de rejet.



*Décision intermédiaire du 27 octobre 2022, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen contre la municipalité de Frederiksberg*

*Les autorités municipales de Frederiksberg ont prouvé que les autorités municipales de Herlev avait résilié le contrat conclu avec KN Rengøring pour des motifs jugés par les autorités municipales de Frederiksberg pouvoir être qualifiés de faute grave, cf. 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous g, de la directive 2014/24/UE). Il n’y avait pas lieu d’écarter l’appréciation des autorités municipales de Frederiksberg selon laquelle les conditions posées à l’article 138, al. 3, point 3, de ladite loi (article 57, paragraphe 6, de ladite directive) n’étaient pas réunies.*

Le recours portait sur la mise en concurrence, dans le cadre d’une procédure restreinte lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, de trois lots visant la fourniture de services de nettoyage dans la municipalité de Frederiksberg (remise en concurrence). Après avoir présélectionné KN Rengøring, les autorités municipales de Frederiksberg ont décidé d’exclure KN Rengøring de la procédure au motif qu’elles estimaient que KN Rengøring était, suite à la résiliation de son contrat avec les autorités municipales de Herlev, visée par l’article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous g, de la directive 2014/24/UE) et n’avait pas démontré sa fiabilité en vertu de l’article 138, al. 3, points 1 et 3, de ladite loi (article 57, paragraphe 6, de ladite directive).

KN Rengøring a notamment fait valoir que les conditions d’exclusion n’étaient pas réunies étant donné que la résiliation du contrat de nettoyage par les autorités municipales de Herlev était indue et que les documents visant à démontrer la fiabilité de la société étaient suffisants.

La commission des recours a considéré qu’il n’y avait pas lieu d’écarter l’appréciation des autorités municipales de Frederiksberg et que celles-ci avaient ainsi prouvé que les autorités municipales de Herlev avait résilié le contrat conclu avec KN Rengøring pour des motifs jugés par les autorités municipales de Frederiksberg pouvoir être qualifiés de faute grave. Les autorités municipales de Frederiksberg avaient donc documenté dans une mesure suffisante que les conditions à la base du motif d’exclusion défini à l’article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous g, de la directive 2014/24/UE) étaient réunies. De même, il n’y avait pas lieu d’écarter l’appréciation des autorités municipales de Frederiksberg selon laquelle les conditions posées à l’article 138, al. 3, point 3, de ladite loi (article 57, paragraphe 6, de ladite directive) n’étaient pas réunies. Vu que les conditions posées à l’article 138, al. 3, de ladite loi (article 57, paragraphe 6, de ladite directive) sont cumulatives, la commission des recours ne s’est pas prononcée sur la question de savoir si les conditions posées à l’article 138, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de ladite loi étaient réunies.

Le requérant s’est ensuite désisté et la décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

### 2.2.7 Procédure négociée

*Décision du 7 mars 2022, Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S et HRH EL A/S contre municipalité d'Albertslund*

*Le recours portait sur la mise en concurrence par procédure négociée de cinq lots concernant la réalisation de services artisanaux : 1) plomberie, 2) menuiserie, 3) électricité, 4) aération et 5) égouts. Les requérants, qui n'avaient pas été présélectionnés, ont notamment fait valoir durant le recours que certaines des entreprises présélectionnées (et retenues par la suite) ne répondaient pas à une exigence minimale définie concernant les capacités techniques et professionnelles et que les autorités municipales n'avaient pas été en droit de réaliser l'appel d'offres sous la forme d'une procédure négociée.*

Les autorités municipales d'Albertslund ont mis en concurrence par une procédure négociée des accords-cadres liés à la réalisation de services artisanaux. Les services objets du marché avaient été décrits dans l'avis de marché comme des travaux « ordinaires » (menuiserie, aération et électricité, par exemple). Une exigence minimale liée aux capacités techniques et professionnelles voulait que les candidats à la présélection puissent indiquer pour chacun des lots au moins une référence prouvant leur expérience pertinente auprès d'entités adjudicatrices comparables dans les différents domaines de prestation.

Les requérants s'étaient portés candidats à la présélection pour les lots liés aux travaux de menuiserie, d'aération et électriques. Ils n'ont pas été présélectionnés, mais n'ont pas introduit de recours concernant leur évincement durant la phase de présélection. En revanche, ils ont saisi la commission des recours lorsque les autorités municipales ont pris leurs décisions d'attribution. Les entreprises concernées, qui faisait partie d'un même groupe, ont notamment fait valoir que certains des soumissionnaires retenus ne répondaient pas à l'exigence minimale définie pour les capacités techniques et professionnelles, en ce sens qu'ils invoquaient que certains des soumissionnaires retenus n'avaient pas transmis de références conformes à l'exigence minimale.

Les autorités municipales d'Albertslund ont conclu au rejet de cette partie du recours des requérants, vu qu'elle était en réalité liée à la présélection et que tout recours concernant un évincement durant la phase de présélection doit, en vertu de l'article 7, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, être introduit auprès de la commission des recours dans les 20 jours qui suivent la notification d'évincement. Ce délai n'avait pas été respecté.

Bien que les requérants aient déjà pu saisir la commission des recours au moment de la décision de présélection, la commission des recours a débouté les autorités municipales de leur demande de rejet, en ce sens qu'elle a jugé que le recours des requérants portaient (aujourd'hui) sur les décisions d'attribution et que le délai arrêté à l'article 7, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours n'était donc pas d'application. Toute entreprise évincée durant la phase de présélection qui ne conteste pas son évincement est ainsi traitée sur le même pied que les soumissionnaires potentiels en ce qui concerne leur possibilité d'introduire un recours contre la décision d'attribution finale.

En outre, les requérants ont fait valoir que les autorités municipales d'Albertslund avaient enfreint l'article 55 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26 de la directive 2014/24/UE), cf. article 61, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi (article 26, paragraphe 4, de ladite directive) en ayant réalisé l'appel d'offres sous la forme d'une procédure négociée sans que les conditions posées à l'article 61, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi

(article 26, paragraphe 4, de ladite directive), ne soient réunies. Les requérants ont notamment invoqué que la procédure négociée réalisée par les autorités municipales d'Albertslund n'était pas justifiée par les cas d'exception décrits à l'article 61, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi (article 26, paragraphe 4, de ladite directive). Il était question de la mise en concurrence d'accords-cadres visant la réalisation de services artisanaux, dont les spécifications ne seraient déterminées qu'à la conclusion des accords et qui, selon l'avis de marché publié, correspondaient à des travaux « ordinaires ».

À l'inverse, les autorités municipales étaient d'avis qu'elles avaient été en droit d'utiliser la procédure négociée du fait qu'il s'agissait de cinq lots qui (bien que les services fondamentaux mis en concurrence étaient individuellement de nature générale) comprenaient des éléments correspondant à des adaptations du cadre de prestation des services, appelées à faire l'objet de négociations, et que des négociations avaient eu lieu et avaient conduit à une modification de la base contractuelle sous la forme, notamment, de nouvelles descriptions des services. L'obligation de s'assurer que les offres étaient conformes au cahier des charges était également remplie puisque les autorités municipales avaient veillé à garantir le plus haut niveau de concurrence possible puisqu'elles avaient reçu au total 14 offres conformes au cahier des charges. Le but des négociations était donc de permettre aux soumissionnaires d'optimiser leurs offres, de garantir que les offres soumises étaient conformes au cahier des charges et de préciser la description des services. Enfin, les autorités municipales ont soutenu que la procédure négociée était une forme de procédure assimilée, dans la loi danoise sur la passation des marchés publics, aux procédures ouverte et restreinte. L'article 61 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26, paragraphe 4, sous a et b, et paragraphe 6 de la directive 2014/24/UE) ne représente pas une disposition dérogatoire et cet article ne doit donc pas être interprété de manière restrictive. Au contraire, il doit être interprété comme une forme de procédure assimilée aux autres formes de procédure décrites à l'article 55 de ladite loi (article 26 de ladite directive).

S'agissant de la réponse à cette question, les membres de la commission des recours, qui se composait de deux membres de la présidence et de deux experts, avaient des vues divergentes. Une majorité des membres ont constaté que l'article 61, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi (article 26, paragraphe 4, de ladite directive) était une disposition dérogatoire aux formes de procédure normales, que cet article devait donc, selon la jurisprudence européenne, être interprété de manière restrictive et qu'il incombait à l'entité adjudicatrice de prouver que les conditions étaient réunies. La majorité des membres de la commission des recours ont considéré que les preuves requises n'avaient pas été fournies. En majorité, la commission a notamment insisté sur le fait que 1) il s'agissait de travaux « ordinaires » qui, comme l'avaient reconnu les autorités municipales, étaient de nature générale (« produits prêts à l'emploi » mentionnés dans l'un des considérants à titre d'exemple de cas dans lesquels la procédure négociée ne doit pas être appliquée), 2) il s'agissait d'un accord-cadre et les services devraient donc dans tous les cas être précisés par la suite, et 3) les autorités municipales n'avaient concrètement précisé qu'à un stade avancé de la procédure de recours les éléments sur lesquels elles se fondaient pour considérer que les conditions posées pour l'application de la procédure négociée étaient réunies.

Une minorité des membres de la commission des recours était d'avis que les preuves requises avaient été fournies.

Via l'assignation du 29 avril 2022, les autorités municipales d'Albertslund ont intenté un recours devant les juridictions.

### 3. JUGEMENTS PRONONCÉS PAR DES JURIDICTIONS DANOISES SUR DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION

*Jugement du Tribunal judiciaire de Copenhague du 3 mars 2022, G4S Security Services A/S contre Post Danmark A/S, cf. décisions des 22 janvier 2019 et 8 octobre 2020 de la commission des recours.*

L'affaire portait sur une procédure de passation de marché lancée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux et visant entre autres la fourniture de services de gardiennage. Dans sa décision du 22 janvier 2019, la commission des recours a constaté que Post Danmark avait violé les règles du droit des marchés publics en maintenant sa décision de passer le marché avec un soumissionnaire spécifique après que G4S Security Services avait attiré son attention sur le fait que ledit soumissionnaire ne possédait pas lui-même l'autorisation requise par la loi pour fournir les services de gardiennage. La commission des recours a interprété une clause du dossier d'appel d'offres de telle sorte que l'autorisation devait exister à la date de la soumission de l'offre, ce qui n'était pas le cas. Il ne suffisait pas que le sous-traitant sur lequel s'appuyait le soumissionnaire, possède l'autorisation requise. Dans sa décision du 8 octobre 2020, la commission des recours a débouté le requérant de sa demande d'indemnisation, d'un montant de 35 900 000 DKK majoré des intérêts moratoires courus à compter du 12 juillet 2018, car Post Danmark aurait très vraisemblablement annulé la procédure si elle s'était rendu compte que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges. Les conditions de lien de causalité posées par les règles en matière d'indemnisation n'étaient donc pas réunies.

G4S a alors saisi le Tribunal judiciaire de Copenhague qui, néanmoins, a donné gain de cause à Post Danmark dans son jugement du 3 mars 2022. Le Tribunal a considéré que la loi danoise sur les activités de gardiennage devait être interprétée de telle sorte que la société concluant un accord de prestation de services de gardiennage devait détenir personnellement l'autorisation requise. Cependant, il n'était pas possible de déduire de ladite loi que l'autorisation requise devait être détenue à la date de soumission des offres. Il n'y avait donc pas lieu d'octroyer une indemnisation.

*Jugement du Tribunal de Svendborg du 12 mai 2022, FynBus, Midttrafik et Sydtrafik contre Alsvognen I/S, Betina Thomsen et Allan Peter Gramstrup Thomsen, et jugement du Tribunal de Svendborg du 12 mai 2022, FynBus, Midttrafik et Sydtrafik contre Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, cf. décisions des 19 mai et 27 octobre 2020 de la commission des recours (rapport annuel 2020, page 16).*

Dans ses deux décisions, la commission des recours a constaté que les sociétés de transport avaient violé la directive européenne sur les services spéciaux dans le cadre de procédures ouvertes visant, entre autres, la fourniture de services de transport à la demande. Les requérants ont fait valoir que les sociétés de transport avaient écarté une exigence minimale voulant que les véhicules offerts puissent accueillir deux grands fauteuils roulants à la fois. Le fait d'écarter ladite exigence minimale constituait une modification substantielle des contrats visés par celle-ci. La commission des recours a constaté que les marchés avaient

été passés de gré à gré en violation de l'obligation de mise en concurrence et les sociétés de transport se sont vu imposer une pénalité financière de 3 millions DKK (décision du 19 mai 2020) et de 7 millions DKK (décision du 27 octobre 2020).

Les sociétés de transport ont saisi la justice et les deux affaires ont été traitées ensemble par le Tribunal judiciaire de Svendborg. Dans ses jugements du 12 mai 2022, le Tribunal a confirmé l'appréciation faite par la commission des recours concernant l'exigence minimale relative aux deux fauteuils roulants et donné gain de cause aux défendeurs.

Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen a ensuite demandé une indemnité. Dans sa décision du 13 décembre 2022, la commission des recours a condamné les sociétés de transport à verser une indemnité de 600 000 DKK en réparation de l'intérêt positif matériel du requérant (rapport annuel 2022, page 46).

*Jugement du Tribunal de Frederiksberg du 30 juin 2022, municipalité de Gentofte contre Eksponent ApS, cf. décisions des 29 avril 2020 et 10 février 2021 de la commission des recours (rapport annuel 2021, page 35).*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres ouverte visant la conception et l'implantation d'un nouveau site web pour les autorités municipales. Les autorités municipales avaient défini comme exigence minimale que les soumissionnaires devaient fournir au moins trois références concernant des tâches correspondantes. Des offres ont été transmises par trois soumissionnaires. Eksponent, un soumissionnaire évincé, a fait valoir que le soumissionnaire retenu ne répondait pas aux exigences minimales. Les autorités municipales ont ensuite reconnu qu'au moins l'une des références ne pouvait pas être utilisée, mais qu'au lieu de rejeter l'offre dudit soumissionnaire, elles lui avaient donné la possibilité de transmettre de nouvelles références afin de garantir le respect de l'exigence minimale. Eksponent a également introduit un recours à ce sujet. Dans sa décision du 29 avril 2020, la commission des recours a constaté que les autorités municipales avaient violé les règles en matière de marchés publics en demandant par la suite au soumissionnaire retenu des informations concernant une référence obligatoire. La commission a annulé la décision d'attribution du marché.

Dans la décision du 10 février 2021 de la commission des recours, Eksponent s'est vu octroyer une indemnisation estimée à 1,2 millions DKK en réparation de son intérêt positif matériel.

Les autorités municipales ont saisi le Tribunal de Frederiksberg, qui a considéré qu'elles avaient été en droit de demander de nouvelles références au soumissionnaire retenu et leur a donné gain de cause.

Il a été interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de la Région est.

*Jugement du Tribunal de Glostrup du 9 décembre 2022, municipalité de Ringkøbing-Skjern contre De Forenede Dampvaskerier A/S, cf. décisions des 15 mai et 17 décembre 2020 de la commission des recours.*

Les autorités municipales de Ringkøbing-Skjern ont mis en concurrence, dans le cadre d'une procédure ouverte au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics, un accord-cadre de six ans visant la fourniture de solutions de location et de lavage de vêtements pour personnel médical. Le critère d'attribution était le prix. Les autorités municipales ont reçu deux offres. Elles ont rejeté l'offre la plus basse au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges et attribué le marché à l'autre soumissionnaire.

Le soumissionnaire évincé a saisi la commission des recours. Dans sa décision du 15 mai 2020, la commission des recours a constaté que l'offre du requérant était conforme au cahier des charges et a annulé la décision prise par les autorités municipales de conclure le marché avec l'autre soumissionnaire. Dans la décision du 17 décembre 2020 de la commission des recours, le requérant, qui avait conclu à une indemnisation d'environ 4,1 millions DKK, a obtenu une indemnisation de 2,5 millions DKK en réparation de son intérêt positif matériel.

Les autorités communales ont saisi le Tribunal de Glostrup en faisant valoir que les règles du droit des marchés publics n'avaient pas été violées et qu'aucune obligation d'indemnisation ne pouvait être constatée à leur charge. Le requérant a demandé à obtenir gain de cause et a conclu, comme devant la commission des recours, à une indemnisation d'environ 4,1 millions DKK. En outre, le requérant a demandé à ce que les autorités municipales résilient le contrat conclu avec l'autre soumissionnaire en application de l'article 185, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics.

Le Tribunal a confirmé l'appréciation faite par la commission des recours concernant la conformité de l'offre du requérant avec le cahier des charges et a ainsi, comme la commission, constaté une obligation d'indemnisation à la charge des autorités municipales vis-à-vis du requérant. Le Tribunal a augmenté le montant de l'indemnisation à environ 4,1 millions DKK conformément aux conclusions du requérant.

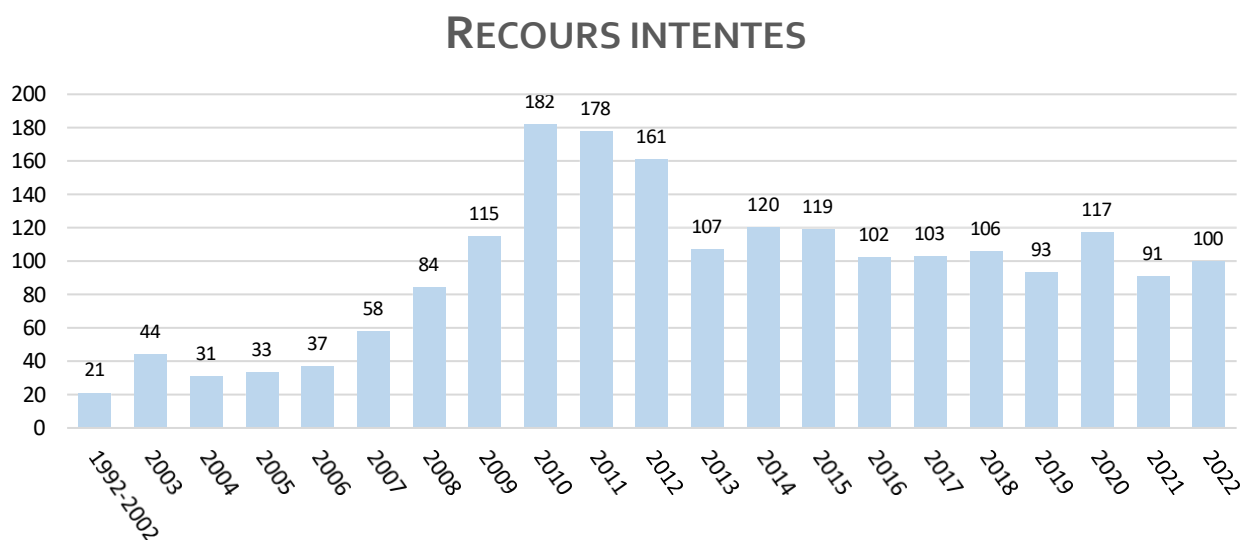
Cependant, le Tribunal n'a pas, en application de l'article 185, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, condamné les autorités municipales à résilier le contrat conclu avec l'autre soumissionnaire. En vertu de ces dispositions (purements nationales), l'entité adjudicatrice est tenue de résilier un contrat résultant d'une décision d'attribution annulée à moins que des circonstances spéciales ne justifient qu'il soit maintenu. Le Tribunal s'est référé aux travaux préparatoires desdites dispositions, dont il découle qu'un contrat peut être maintenu pour peu qu'un soumissionnaire indûment évincé lors de l'attribution ait obtenu une indemnisation en réparation de son intérêt positif matériel et que le soumissionnaire retenu se serait également vu attribuer le contrat si le soumissionnaire indûment évincé n'avait pas soumis d'offre. Telles étaient justement les circonstances à la base du litige dont le Tribunal avait été saisi.

## 4. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2022

Les informations statistiques ci-après sont basées tantôt sur un recensement manuel, tantôt sur les statistiques annuelles établies chaque année par la commission.

### 4.1 Recours intentés

En 2022, 100 recours ont été intentés devant la commission. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de recours intentés de 1992 à 2022.



Le nombre de recours intentés en 2022 était un peu plus élevé qu'en 2021, mais toujours largement inférieur aux chiffres de 2010-2012.

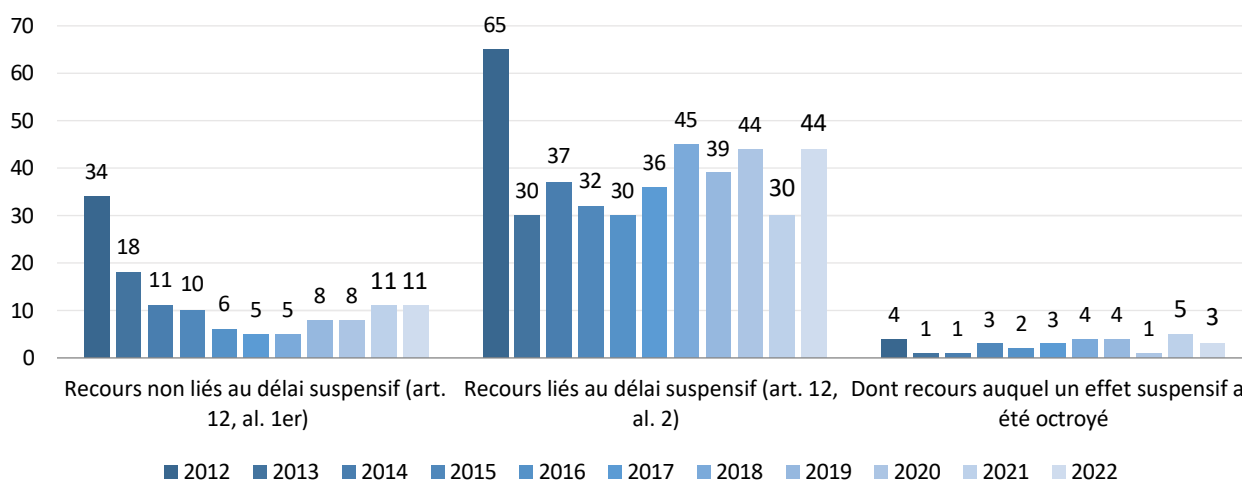
Comme indiqué à la section 4.1 du rapport annuel 2013, la chute considérable du nombre de recours intentés doit être vue à la lumière des modifications apportées en 2013 à la loi danoise d'application des règles en matière de marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière de marchés publics ») et au décret sur la commission des recours, modifications dont le but était justement de limiter le nombre de recours. L'augmentation notamment de la taxe de recours à 20 000 DKK dans les affaires portant sur une violation de la directive sur la passation des marchés publics (dans la plupart des cas) ainsi que le risque encouru par le requérant de se voir condamné aux dépens sont supposés jouer un rôle prépondérant à cet égard. La faible chute du nombre de recours entre 2016 et 2019 s'explique vraisemblablement par le fait que, suite à la mise en œuvre des vastes modifications apportées aux règles de fond en matière des marchés publics, les requérants potentiels ont été plus réticents et que la commission des recours n'est plus compétente pour connaître des affaires liés à des marchés dont la valeur est inférieure aux seuils définis et qui ne présentent pas un intérêt transfrontalier certain (cf. section V de la loi danoise sur la passation des marchés publics).

## 4.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres décisions visant l'attribution d'un effet suspensif

Comme indiqué ci-après, la commission a rendu en 2022 une décision intermédiaire dans onze recours dans le cadre desquels il lui avait été demandé de conférer un effet suspensif au titre de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, ainsi que dans 44 recours intentés durant le délai suspensif (standstill) en application de l'article 12, al. 2, de ladite loi, en vertu duquel la commission dispose d'un délai légal de 30 jours pour statuer sur l'octroi d'un effet suspensif. En 2022, un effet suspensif a été octroyé à trois recours (voir la section 1.4 ci-dessus). Dans certains cas, la commission se prononce sur l'octroi de l'effet suspensif sous la forme d'un courrier et pas d'une décision en bonne et due forme. De telles décisions sous forme de courrier sont également incluses dans le calcul.

Le graphique ci-après montre le nombre de décisions rendues concernant des recours intentés durant le délai suspensif et d'autres recours visant l'attribution d'un effet suspensif entre 2012 et 2022.

### RECOURS INTENTES DURANT LE DELAI SUSPENSIF ET AUTRES DECISIONS VISANT L'OCTROI D'UN EFFET SUSPENSIF



Dans le cadre de plusieurs recours, les décisions de la commission concernant l'attribution d'un effet suspensif ont débouché sur la révocation du recours suite au rendu d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les règles en matière de marchés publics aient été violées. De telles décisions exigent de vastes ressources pour la commission puisque, le plus souvent, elle doit préparer et rendre sa décision dans un délai de 30 jours, c.-à-d. dans un laps de temps très court et que, malgré leur caractère provisoire, les décisions comportent souvent un vaste exposé des faits et des motifs. De manière générale, les règles liées au délai suspensif et celles liées à l'attribution d'un effet suspensif font que la commission doit, dans un grand nombre de recours, rendre deux décisions : d'une part, une décision concernant l'effet suspensif et, d'autre part, une décision au fond concernant les violations alléguées. À cela s'ajoutent une décision d'indemnisation éventuelle et, durant le recours, d'autres décisions éventuelles concernant le droit d'accès aux documents.

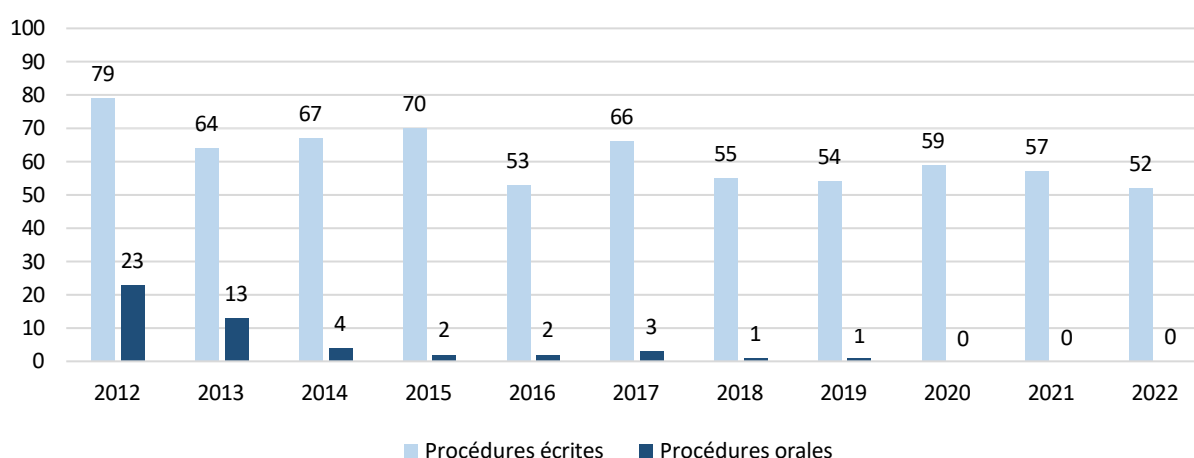


### 4.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours

Les 42 recours dans le cadre desquels la commission a rendu une décision au fond en 2022 (voir section 4.4) ont fait l'objet d'une procédure écrite.

Le graphique ci-dessous montre le nombre de procédures écrites et orales organisées par la commission des recours entre 2012 et 2022.

## PROCÉDURES ÉCRITES ET ORALES ORGANISÉES PAR LA COMMISSION DES RECOURS



Remarque! Les chiffres reproduits comprennent également les recours rejetés.

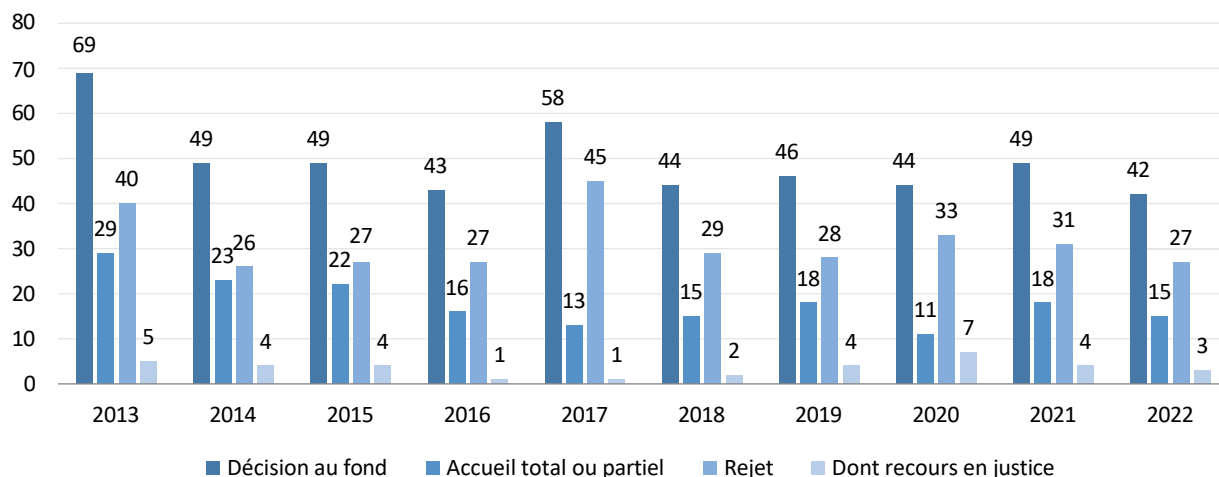
La répartition du nombre de procédures écrites par rapport au nombre de procédures orales montre que seul un petit nombre de recours ont fait l'objet d'une procédure orale. Comme indiqué également à la section 4.3 du rapport annuel 2013, cette chute est conforme à l'intention du législateur. En 2010, l'article 11, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur l'application des règles en matière des marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière de marchés publics ») disposait que l'instruction et le règlement des recours reposent sur l'échange de mémoires écrits à moins que le président en charge d'un recours spécifique ne décide qu'il convient d'organiser une procédure orale. En 2009 (année précédant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 11, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi), le nombre de procédures écrites et le nombre de procédures orales était à égalité. Durant l'instruction du recours, les parties ont la possibilité de demander l'organisation d'une procédure orale, mais l'expérience montre que cela n'a lieu que dans un très petit nombre de cas.

### 4.4 Recours réglés et issue de ces recours

En 2022, la commission a statué au fond sur 42 recours. Quinze requérants ont obtenu entièrement ou partiellement gain de cause, tandis que les 27 restants ont été déboutés de leur demande. Dans la majorité des cas, les décisions de la commission constituent les décisions définitives rendues dans les affaires en question. Sur les 42 décisions, seules quatre d'entre elles ont fait l'objet d'un recours devant les juridictions.

Le nombre de décisions ayant fait l'objet d'un recours en justice est pratiquement identique aux chiffres de l'année précédente.

## RECOURS REGLES ET ISSUE DE CES RECOURS



Remarque! Le calcul du nombre de recours intentés devant les juridictions se base notamment sur le recensement du nombre de citations que la commission des recours a reçues pour son information. La commission ne peut garantir que toutes les citations déposées lui sont transmises. La commission demande à recevoir pour son information une copie de toutes les citations qui sont déposées auprès des juridictions dans le cadre des décisions qu'elle a rendues.

Le tableau ci-après montre que le pourcentage de recours accueillis en 2022 s'élevait à environ 36 % et était donc plus ou moins égal à 2021.

Les calculs illustrés dans le graphique et le tableau ci-dessous ne comprennent pas les « décisions fumus » passées en force de décisions définitives. En 2022, la commission a rendu 34 « décisions fumus ». Dans huit d'entre elles, la commission a estimé que la condition de justification à première vue (« fumus boni juris ») était remplie. Dans sept affaires, l'entité adjudicatrice a alors annulé l'appel d'offres ou sa décision d'attribution, après quoi le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

Dans les 26 « décisions fumus » restantes, la commission a estimé que la condition de justification à première vue n'était pas remplie, suite à quoi, dans 13 recours, le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire est alors devenue la décision définitive de la commission.

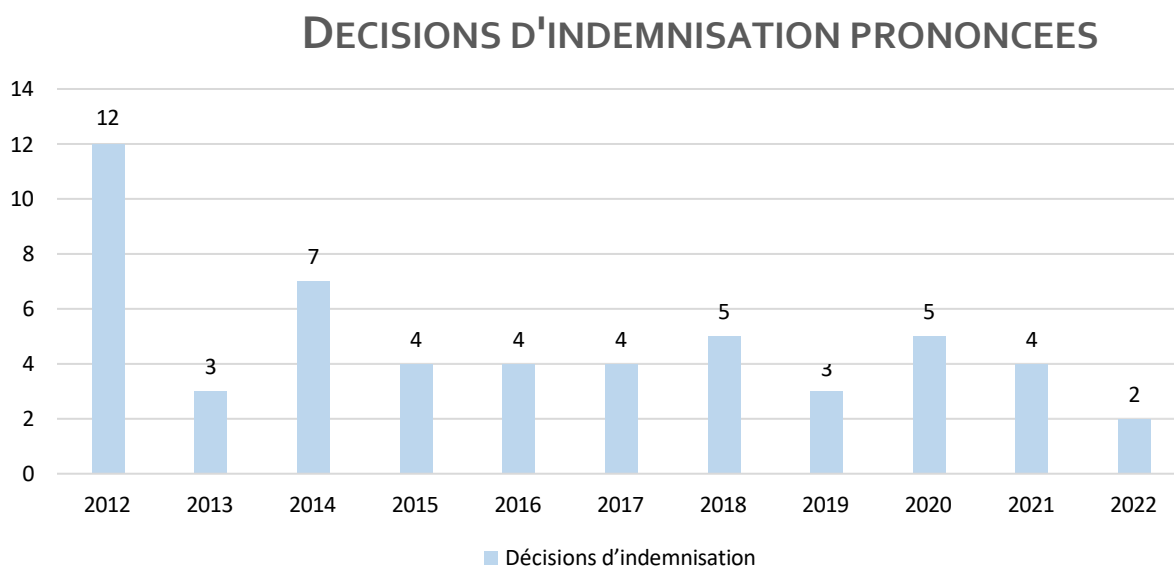
Année	Accueil total ou partiel	Rejet
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	26 %	74 %
2018	34 %	66 %
2019	39 %	61 %

2020	25 %	75 %
2021	37 %	63 %
2022	36 %	64 %

#### 4.5 Décisions d'indemnisation prononcées

En 2022, la commission des recours a rendu deux décisions d'indemnisation.

La durée moyenne des procédures pour les questions d'indemnisation était d'environ sept mois.



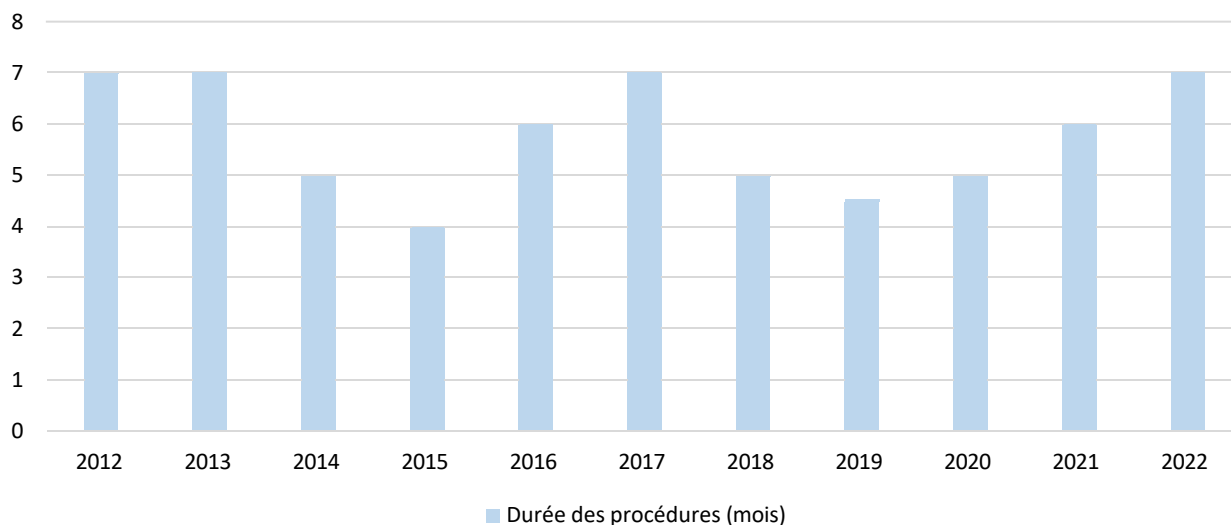
Comme indiqué à la section 4.5 du rapport annuel 2013, l'expérience montre que, dans un grand nombre des recours où le requérant obtient totalement ou partiellement gain de cause lorsque la commission statue au fond, la question d'une indemnisation est réglée en dehors de la commission, si bien que les parties passent un accord au lieu de d'attendre une décision de la commission des recours. Le nombre de décisions d'indemnisation en 2012 doit être vu en combinaison avec le grand nombre de recours intentés au cours des années précédentes.

#### 4.6 Durée moyenne des procédures

En 2022, la durée moyenne des procédures auprès de la commission des recours était de sept mois.

Le graphique ci-dessous montre l'évolution de la durée moyenne des procédures pour les recours rejetés et les décisions au fond sur une base mensuelle pour les années 2012-2022.

## DUREE MOYENNE DES PROCEDURES



La durée moyenne, qui, en 2014 et 2015, affichait une tendance à la baisse de sept mois en 2012- 2013 à cinq mois en 2014 et à quatre mois en 2015, est repassée à six mois en 2016 et à sept mois en 2017, soit au même niveau qu'en 2012-2013. La durée des procédures est redescendue à cinq mois en 2018 et à 4,5 mois en 2019. En 2020 et 2021, la durée moyenne est respectivement remontée à cinq et six mois.

La durée moyenne est passée à sept mois en 2022, soit au même niveau qu'en 2012-2013 et 2017.

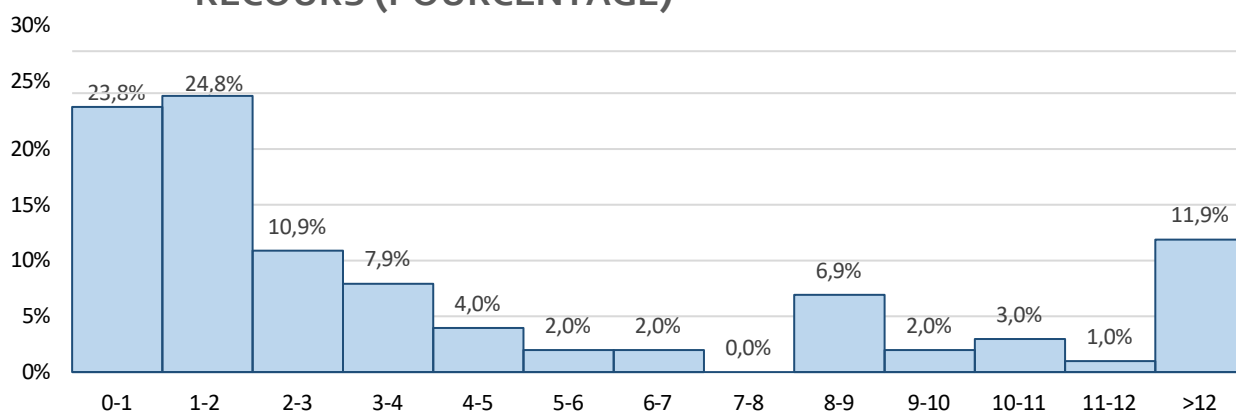
Le nombre d'affaires pendantes fin 2022 s'élevait à 42, ce qui correspond à celui des années 2017-2021.

### 4.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage)

Le graphique ci-dessous montre pour 2022 le pourcentage de procédures clôturées en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois. Le récapitulatif inclut tous les recours, y compris les recours rejetés et les recours révoqués, notamment après le prononcé d'une « décision fumus » par la commission. Les décisions d'indemnisation, qui sont très rares, ne sont pas incluses. Pour toute remarque supplémentaire, référence est faite à la section 4.8 ci-dessous, qui récapitule la durée des procédures en nombre de mois en pourcentage cumulé.

Une procédure est réputée clôturée lors du rendu de la décision au fond, du rejet du recours ou du désistement du requérant. S'agissant de la durée supplémentaire des procédures pour les recours dans le cadre desquels est également rendue une décision d'indemnisation, référence est faite à la section 4.5.

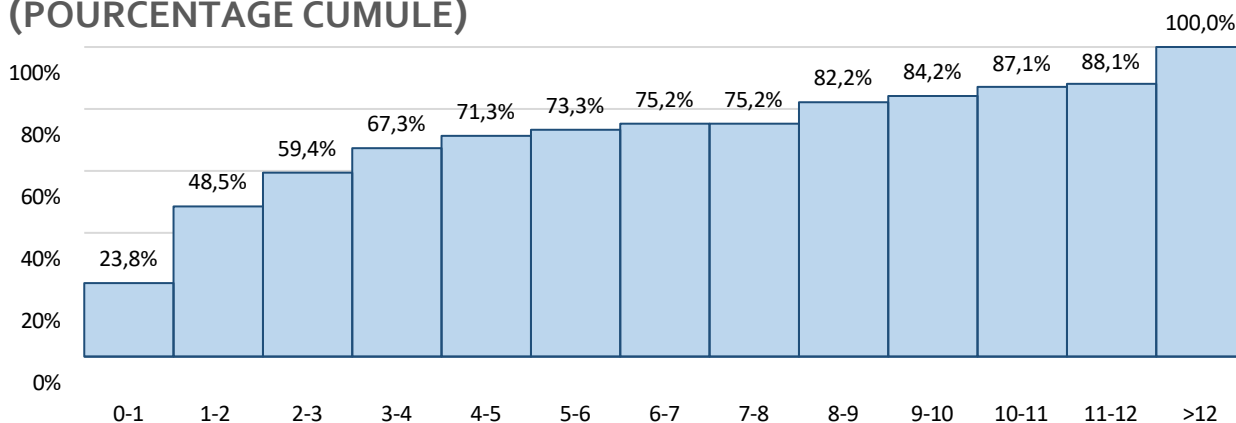
## DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS PUOR LES RECOURS (POURCENTAGE)



### 4.8 Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage cumulé)

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2022 en pourcentage cumulé.

## DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS POUR LES RECOURS (POURCENTAGE CUMULE)

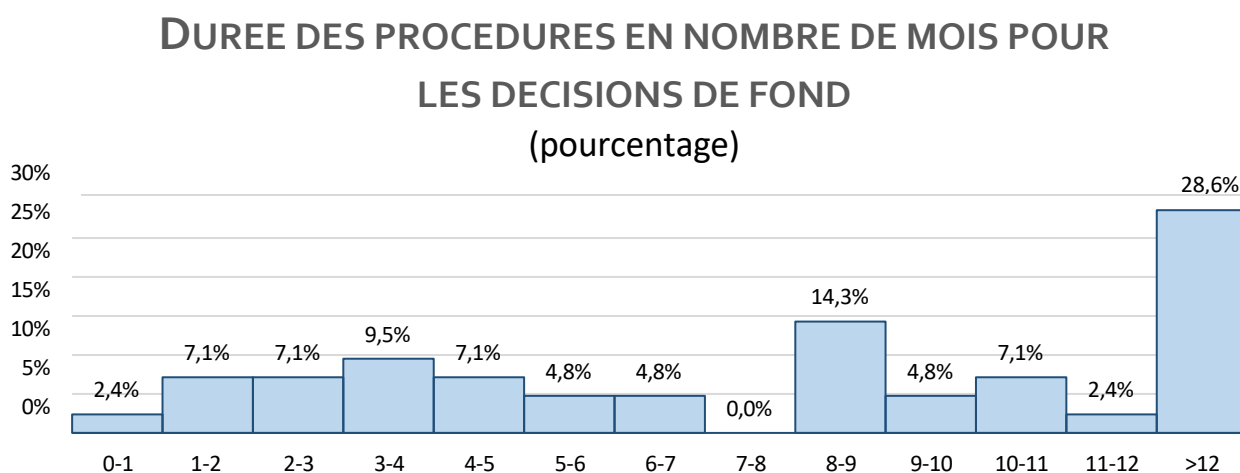


En 2022, quelque 24 % des procédures ont été clôturées au cours du premier mois suivant l'introduction du recours, contre environ 32 % en 2020 et environ 23 % en 2021. En 2022, quelque 49 % des procédures ont été clôturées au cours des deux premiers mois suivant l'introduction du recours, contre env. 54 % en 2020 et env. 37 % en 2021. Il apparaît en outre qu'environ 59 % de tous les recours introduits en 2022 ont été clôturés au cours des trois premiers mois, contre environ 63 % en 2020 et environ 46 % en 2021. Les calculs pour 2022 incluent entre autres 45 recours qui ont été révoqués. Dans plus ou moins la moitié de ces affaires, le requérant s'est désisté à la suite du prononcé d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les règles en matière de marchés publics aient été violées. Par ailleurs, le tableau montre qu'environ 73 % des procédures en 2022 ont été clôturées dans les cinq-six premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 80 % en 2020 et environ 75 % en 2021 et qu'environ 84 % des procédures sont clôturées en l'espace de neuf à dix mois, contre environ 94 % en 2020 et environ 93 % en 2021.

Ainsi, la durée des procédures auprès de la commission des recours n'est généralement pas très longue. Une grande partie des dossiers sont clôturés dans un délai qui, à la lumière de leur portée et de leur complexité en droit et en fait ainsi que des valeurs souvent énormes qui y sont associées, doit être qualifié de court.

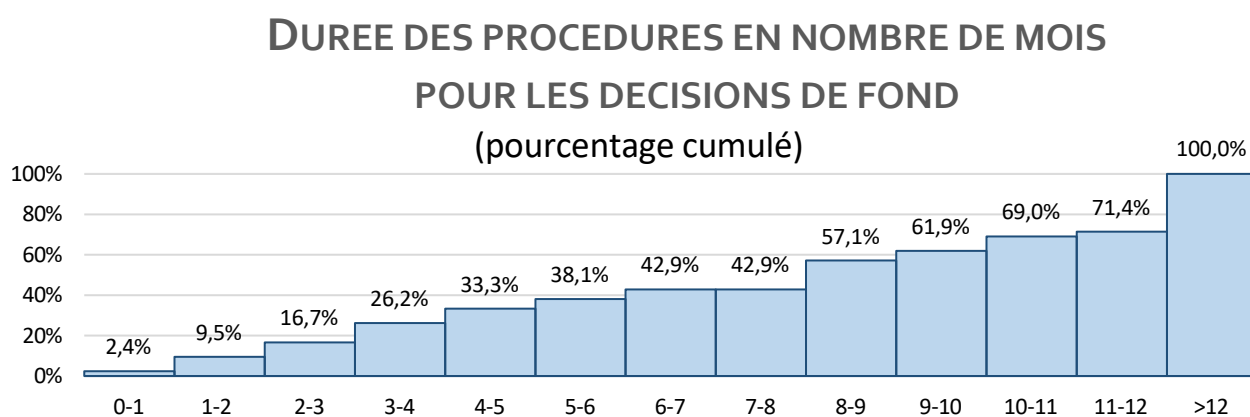
#### 4.9 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage)

Le graphique ci-dessous montre pour 2022 le pourcentage de décisions au fond qui sont rendues en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois, 2-3 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois.



#### 4.10 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage cumulé)

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2022 pour les décisions au fond en pourcentage cumulé.



Le tableau montre qu'en 2022, une décision au fond a été rendue dans environ 26 % des recours de ce type en l'espace de trois-quatre mois, contre environ 41 % en 2020 et environ 20 % en 2021. En outre, une décision au fond a été rendue en 2022 dans quelque 38 % des recours en l'espace de cinq-six mois, contre 50 % en 2020 et environ 55 % en 2021. Le tableau indique également qu'en 2022, une décision au fond a été rendue après sept à huit mois dans environ 43 % des recours, contre environ 77 % en 2020 et environ

67 % en 2021. D'expérience, on sait que les 57 % restants (23 % en 2020 et 33 % en 2021), qui correspondent à des procédures de plus longue durée, relèvent de la catégorie des affaires d'une portée et complexité en droit et en fait exceptionnelles qui, par la force des choses, prennent plus de temps à traiter. Lorsque l'on envisage la durée des procédures pour les décisions au fond rendues par la commission des recours, il convient de rappeler que le traitement d'un dossier ne consiste pas seulement à préparer une décision au fond. Souvent, des ressources importantes sont consacrées en cours de procédure à la prise de décisions concernant l'octroi d'un effet suspensif et le droit d'accès aux documents conformément à la loi danoise sur la procédure administrative (cf. section 4.2 ci-avant).

## 5. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS

Les activités externes de la commission des recours en 2022 n'ont pas été dans la même mesure que les deux années précédentes limitées par la pandémie de COVID-19. Ainsi, outre les procédures de recours, la commission a mené différentes activités.

### *Consultation*

Le 7 mars 2022, la commission des recours a répondu à une consultation concernant un projet de loi portant modification de la loi danoise sur la passation des marchés publics, de la loi danoise sur la mise en concurrence de certains marchés publics ou bénéficiant d'une aide publique et de la loi danoise sur la commission des recours.

### *Participation à des conférences, etc.*

Le 6 avril 2022, Jakob O. Ebbensgaard, président de la commission des recours, et Maiken Nielsen, conseillère spécialisée, ont présenté un exposé à la Conférence des achats de l'État danois.

Les 4 mai 2022 et 23 septembre 2022, la commission des recours et son secrétariat ont participé en virtuel à des réunions du *Network of first instance procurement review bodies*, organisées par la Commission européenne.

Le 30 septembre 2022, la commission des recours a organisé une réunion avec ses experts.

Le 2 novembre 2022, Jakob O. Ebbensgaard, président de la commission des recours, et Kirsten Thorup, vice-présidente, ont présenté un exposé à la Conférence JUC sur les marchés publics. Le secrétariat de la commission a également participé à cette conférence.

Le 2 décembre 2022, Kirsten Thorup, vice-présidente, a participé à la conférence « *Into the northern light – In memory of Steen Treumer* ».