

# KLAGENÆVNET FOR UDBUD

(COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS)

## Rapport annuel 2021

## SOMMAIRE

|   |    |
|---|----|
| AVANT-PROPOS.....   | 6  |
| 1. COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS .....   | 7  |
| 1.1 Base législative et création.....   | 7  |
| 1.2 Composition de la commission des recours .....  | 7  |
| 1.3 Secrétariat de la commission des recours en matière de marchés publics.....   | 9  |
| 1.4 Tâches de la commission des recours, y compris ses moyens de réaction et de sanction.....   | 9  |
| 1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge .....  | 13 |
| 1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours.....  | 14 |
| 1.7 Préparation et règlement des dossiers, y compris condamnation aux dépens.....   | 16 |
| 1.8 Affaires liées au droit d'accès aux documents au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration .....                                  | 18 |
| 2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES.....  | 20 |
| 2.1 Introduction.....   | 20 |
| 2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions définitives.....  | 20 |
| 2.2.1 Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats .....  | 20 |
| Décision du 26 janvier 2021, Ishøj Ny Antenneforening contre la municipalité d'Ishøj.....   | 20 |
| Décision du 20 avril 2021, Docteur S, Docteur K et Alment Praktiserende Læge R ApS contre la Région Jutland du Nord.....                                    | 22 |
| Décision du 20 mai 2021, Geelmuyden Kiese A/S contre la municipalité d'Aarhus.....  | 23 |
| Décision du 13 juillet 2021, Vikarlæger.dk A/S contre la Région Sjælland.....   | 24 |
| Décision du 26 août 2021, HydroCharting ApS contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI) ..... | 25 |
| 2.2.2 Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres.....                            | 26 |
| Décision du 14 janvier 2021, Audio Visionary Music A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI).....   | 26 |
| Décision du 25 mars 2021, Jacobs Douwe Egberts DK ApS contre Fællesindkøb Fyn.....  | 26 |
| Décision du 31 mai 2021, Familieplejen Bornholm contre la municipalité régionale de Bornholm .....  | 28 |
| Décision du 18 juin 2021, Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH contre la Région Danemark Sud.....   | 28 |
| Décision intermédiaire du 9 septembre 2021, ABB Power Grids Denmark A/S contre Femern Bælt A/S .....  | 29 |
| Décision du 27 août 2021, PricewaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab contre la Police nationale danoise .....                          | 31 |
| 2.2.3 Conformité des offres au cahier des charges et réserves .....   | 32 |
| Décision du 15 mars 2021, Brdr. Thybo A/S contre la municipalité de Horsens .....   | 32 |

|   |    |
|---|----|
| 2.2.4 Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation .....  | 33 |
| Décision du 11 janvier 2021, Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification .....          | 33 |
| Décision du 14 juillet 2021, DXC Technology Danmark A/S contre la Direction générale danoise des services judiciaires, représentée par l'Administration danoise de l'enregistrement ..... | 33 |
| Décision du 7 avril 2021, Urbaser A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S .....  | 34 |
| Décision du 27 août 2021, PricewaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab contre la Police nationale danoise .....  | 35 |
| Décision du 3 novembre 2021, Meldgaard Miljø A/S contre la municipalité de Rebild .....   | 36 |
| 2.2.5 Demandes d'informations complémentaires .....   | 36 |
| Décision du 11 janvier 2021, Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification .....          | 36 |
| 2.2.6 Accords-cadres .....  | 36 |
| Décision du 17 février 2021, Systematic A/S contre les municipalités de Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre et Slagelse .....  | 36 |
| Décision du 9 novembre 2021, Simonsen & Weel A/S contre la Région Jutland du Nord et la Région Danemark Sud .....   | 38 |
| 2.2.7 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission .....  | 39 |
| Décision du 6 janvier 2021, Remondis A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S .....   | 39 |
| Décision d'indemnisation du 10 février 2021, Eksponent ApS contre la municipalité de Gentofte .....   | 41 |
| Décision du 17 février 2021, Systematic A/S contre les municipalités de Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre et Slagelse .....  | 42 |
| Décision du 25 février 2021, SUEZ Water A/S contre Danish Oil Pipe A/S .....  | 42 |
| Décision intermédiaire du 7 avril 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB contre les Régions Jutland-Central, Jutland du Nord, Danemark Sud, Sjælland et Capitale .....                | 43 |
| Décision du 8 avril 2021, C. Møllmann & Co. A/S contre la municipalité de Rudersdal .....   | 44 |
| Décisions des 15 avril et 4 octobre 2021, Dansk Uniform/Chriswear c/o Iver Sørensen contre les Régions Capitale et Jutland-Central .....  | 45 |
| Décision du 13 juillet 2021, Vikarlæger.dk A/S contre la Région Sjælland .....  | 46 |
| Décision du 30 juillet 2021, EL-TECH TEAM ApS contre AAB Vejle .....  | 46 |
| Décision intermédiaire du 9 septembre 2021, ABB Power Grids Denmark A/S contre Femern Bælt A/S .....  | 48 |
| Décision intermédiaire du 15 octobre 2021, Verdo Teknik A/S contre la municipalité de Copenhague .....  | 48 |
| Décision du 9 novembre 2021, Simonsen & Weel A/S contre la Région Jutland du Nord et la Région Danemark Sud .....   | 49 |
| Décision du 10 novembre 2021, A/S Bladkompagniet contre HOFOR A/S .....   | 49 |
| Décision relative aux dépens du 22 novembre 2021, Rally Point Tactical Scandinavia ApS contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense       |    |

|  |           |
|--|-----------|
| nationale (FMI).....   | 49        |
| Décision intermédiaire du 30 novembre 2021, Holbøll A/S contre Næstved Fjernvarme a.m.b.a. ....  | 50        |
| 2.2.8 Motifs d'exclusion .....   | 51        |
| Décision du 11 janvier 2021, Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification .....   | 51        |
| Décision du 18 juin 2021, Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH contre la Région Danemark Sud.....  | 54        |
| Décision du 1 <sup>er</sup> septembre 2021, Faaborg Værft A/S contre Center for Logistik og Samarbejde ApS .....   | 54        |
| 2.2.9 Présélection .....   | 56        |
| Décision intermédiaire du 7 avril 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB contre les Régions Jutland-Central, Jutland du Nord, Danemark Sud, Sjælland et Capitale .....   | 56        |
| Décision intermédiaire du 9 septembre 2021, ABB Power Grids Denmark A/S contre Femern Bælt A/S .....   | 56        |
| 2.2.10 Signes indiquant un comportement faussant la concurrence .....  | 56        |
| Décision du 11 janvier 2021, Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification .....   | 56        |
| Décision du 7 avril 2021, Urbaser A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S .....   | 56        |
| Décision intermédiaire du 29 septembre 2021, OneMed A/S contre la Région Capitale .....  | 56        |
| Décision intermédiaire du 9 décembre 2021, Eastwest Instore ApS contre la Région Capitale .....  | 57        |
| <b>3. JUGEMENTS PRONONCÉS PAR DES JURIDICTIONS DANOISES SUR DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION .....</b>  | <b>59</b> |
| Arrêt rendu en appel par la Cour de la région est (Østre Landsret) le 22 décembre 2021 dans l'affaire Joca Trading A/S contre les municipalités d'Allerød, Rudersdal et Hørsholm (cf. décision du 13 juin 2019 de la commission des recours) ..... | 59        |
| Jugement du Tribunal de Kolding du 17 décembre 2021 dans l'affaire Fyns Almennyttige Boligselskab contre Westflyt Kolding ApS (cf. décision de la commission des recours du 6 octobre 2021).....   | 60        |
| <b>4. DÉCISIONS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE CONCERNANT DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION.....</b>  | <b>61</b> |
| Arrêt de la Cour de justice du 17 juin 2021 dans l'affaire C-23/20, Simonsen & Weel A/S contre les Régions Jutland du Nord et Danemark Sud.....  | 61        |
| <b>5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2021.....</b>  | <b>63</b> |
| 5.1 Recours intentés.....  | 63        |
| 5.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres décisions visant l'attribution d'un effet suspensif.....  | 64        |
| 5.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours .....  | 65        |
| 5.4 Recours réglés et issue de ces recours .....   | 65        |
| 5.5 Décisions d'indemnisation prononcées.....  | 67        |
| 5.6 Durée moyenne des procédures .....   | 67        |

|      |   |    |
|------|---|----|
| 5.7  | Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage).....                                   | 68 |
| 5.8  | Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage cumulé).....           | 69 |
| 5.9  | Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage).....        | 70 |
| 5.10 | Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage cumulé)..... | 70 |
| 6.   | AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS .....   | 72 |

## AVANT-PROPOS

Par la présente, la commission danoise des recours en matière de marchés publics (*Klagenævnet for Udbud*) publie son neuvième 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 2021, qui ont été sélectionnées selon leur caractère de principe ou l'intérêt particulier qu'elles présentent. Un certain nombre de ces décisions concernaient le sens à donner aux 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, tantôt sur 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 est consacré à l'arrêt de la Cour de justice européenne dans l'affaire C-23/20 opposant *Simonsen & Weel A/S* aux régions Jutland du Nord et Danemark Sud.

Le chapitre 5 comprend des informations statistiques sur les activités de la commission des recours, assorties de commentaires. En 2021, 91 recours ont été intentés devant la commission. Ce chiffre est plus ou moins égal à 2019, mais inférieur à 2020. Dans les décisions rendues par la commission, seuls 37 % des recours ont été accueillis, en tout ou en partie, ce qui est supérieur à 2020, mais légèrement inférieur à 2019. En outre, dans quelque 43 % 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.

En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était en 2021 de six mois, contre cinq mois en 2020.

Nikolaj Aarø-Hansen, président

Viborg, juillet 2022

# 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. décret-loi n° 593 du 2 juin 2016, 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 2021, 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

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
- LL.M. Katja Høegh, juge de seconde instance (jusqu'au 15 avril 2021)
- Jesper Stage Thusholt, juge de première instance
- Charlotte Hove Lasthein, juge de première instance
- Jakob O. Ebbensgaard, juge de seconde instance
- Anders Raagaard, juge de première instance (jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021)
- Jesper Jarnit, juge de seconde instance (à compter du 15 avril 2021)
- Mette Langborg, juge de première instance (à compter du 20 août 2021)

Experts de la commission de recours en 2021 :

- Pernille Hollerup, Senior Director
- Jan Eske Schmidt, partenaire de la connaissance
- Lene Ravnholt, conseillère juridique
- Preben Dahl, juriste en chef
- Steen Treumer, professeur, docteur (jusqu'au 16 août 2021)
- Stephan Falsner, avocat
- Palle Skaarup, conseiller en marchés publics (jusqu'au 23 novembre 2021)
- 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, maître de conférences
- Trine Kronbøl, chef de service
- Johan Iversen Møller, avocat (jusqu'au 23 septembre 2021)
- Mikael Kenno Fogde, avocat
- Rikke Fog Bach, directrice commerciale
- Louise Kirkegaard Folling, conseillère en chef
- Torkil Schrøder-Hansen, avocat, conseiller en chef (à compter du 20 septembre 2021)
- Michael Steinicke, professeur (à compter du 23 novembre 2021)
- Christian Lund Hansen, conseiller en chef (à compter du 23 novembre 2021)



### 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 2021, 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 écrites demandant à savoir si une procédure de recours a été ouverte 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 2021, le secrétariat se composait des personnes suivantes :

- Dorthe Hylleberg, assistante administrative (jusqu'au 31 octobre 2021)
- Heidi Thorsen, assistante administrative (jusqu'au 31 octobre 2021)
- Julie Just O'Donnell, juriste, conseillère spécialisée (jusqu'au 30 septembre 2021)
- Maiken Nielsen, HEC spécialisation juridique, conseillère spécialisée
- Mona Rosenlund, juriste, conseillère spécialisée (à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2021)
- Tanja Bøtker Lindgren, juriste, assistante

Comme le reste de la société danoise, la commission des recours s'est ressentie de la pandémie de COVID-19 en 2021. Le secrétariat de la commission des recours a donc eu recours au télétravail durant de longues périodes. Néanmoins, vu que les procédures auprès de la commission se déroulent avant tout par écrit, il n'a pas été nécessaire de reporter le traitement des recours ni de mettre en œuvre des mesures spéciales pour pouvoir traiter les recours en télétravail.

### 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 Ellehauge: *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 4 décisions sur 49 en 2021. 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 six mois en 2021. À cet égard, il convient entre autres de noter qu'une très grande partie (46 %) 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 5 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 remplies. 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 2021, la commission des recours a, dans cinq cas, octroyé l'effet suspensif à un recours : décision du 22 janvier 2021 dans l'affaire Systematic A/S contre les municipalités de Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre et Slagelse ; décision intermédiaire du 7 avril 2021 dans l'affaire Babcock Scandinavian AirAmbulance AB contre Région Jutland-Central, Région Danemark Sud, Région Sjælland et Région Capitale ; décision intermédiaire du

15 octobre 2021 dans l'affaire Verdo Teknik A/S contre la municipalité de Copenhague ; décision du 27 octobre 2021 dans l'affaire Bolt Services DK ApS contre la municipalité d'Aarhus ; et décision intermédiaire du 30 novembre 2021 dans l'affaire Holbøll A/S contre Næstved Fjernvarme a.m.b.a.

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 2021, cinq décisions de ce type ont été rendues : décision du 26 janvier 2021 dans l'affaire Ishøj Ny Antenneforening contre la municipalité d'Ishøj Kommune ; décision du 17 février 2021 dans l'affaire Systematic A/S contre les municipalités de Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre et Slagelse ; décision du 25 mars 2021 dans l'affaire Jacobs Douwe Egberts DK ApS contre Fællesindkøb Fyn ; décision du 16 avril 2021 dans l'affaire Biometric Solutions A/S contre le ministère danois des Affaires étrangères, la Police nationale danoise et le ministère danois des Étrangers et de l'Intégration ; et décision du 1<sup>er</sup> septembre 2021 dans l'affaire Faaborg Værft A/S contre Center for Logistik og Samarbejde ApS. Les décisions des 17 février, 25 mars et 1<sup>er</sup> septembre 2021 sont résumées 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 exiger sa résiliation ;
- infliger une sanction de substitution à l'entité adjudicatrice ;
- 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. 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 aux décisions de la commission des recours du 6 janvier 2021 (Remondis A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S) et du 10 novembre 2021 (A/S Bladkompagniet contre HOFOR A/S) (comme résumé 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 2021, une décision a été rendue sur la base d'un tel élargissement dans quatre cas : décision du 11 janvier 2021 (Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification) ; décision du 14 janvier 2021 (Audio Visionary

Music A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S); décision intermédiaire du 9 septembre 2021 (ABB Power Grids Denmark A/S contre Femern Bælt A/S) et décision du 9 novembre 2021 (Simonsen & Weel A/S contre Région Jutland du Nord et Région Danemark Sud).

### *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.

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.naevneneshus.dk](http://www.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, peuvent bénéficier d'une exception au droit d'accès en vertu de la loi danoise sur la transparence de l'administration.

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 (Scientia Ltd. contre Université d'Aarhus).

En outre, l'introduction d'un recours requiert que le requérant possède un intérêt légitime. 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 légitime. Si le requérant n'est pas en mesure d'établir qu'il possède un intérêt légitime, le recours est rejeté. La commission des recours a rendu diverses décisions qui précisent cette exigence d'un intérêt légitime. 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 (décrite ci-après au chapitre 2).



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 2021.

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 au chapitre 2).

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).

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 2021 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)) et sont directement accessibles via <https://klfu.naevneneshus.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 2021, 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
- Conformité des offres au cahier des charges et réserves
- Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation
- Demandes d'informations complémentaires
- Accords-cadres
- Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission
- Motifs d'exclusion
- Présélection
- Signes indiquant un comportement faussant la concurrence

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

*Décision du 26 janvier 2021, Ishøj Ny Antenneforening contre la municipalité d'Ishøj*

*Dans le cadre de la vente de l'antenne collective d'Ishøj à Stofa A/S, les autorités municipales d'Ishøj n'avaient pas violé la loi sur la passation des marchés publics ni la directive sur l'attribution de contrats de concession en ne mettant pas en concurrence des services soumis à l'obligation d'appel d'offres que Stofa fournissait, au titre du contrat, aux autorités municipales. Les différentes parties de l'installation conjointement détenue (les autorités municipales détiennent au minimum deux circuits bifilaires par câble*

*à fibre optique servant à garantir l'infrastructure de la municipalité tandis que Stofa détient les câbles à fibre optique proprement dits et les autres câbles qui garantissent l'infrastructure permettant de fournir aux citoyens un accès à Internet et aux services de télévision) devaient être considérées comme étant liées d'une manière inséparable et formant un tout indivisible.*

Le recours portait sur la vente par les autorités municipales du réseau de l'antenne collective d'Ishøj à la suite d'une procédure de vente ressemblant à un appel d'offres sans publication d'un avis de marché. Dans le cadre de la vente, l'acheteur s'est engagé à mettre gratuitement l'installation à la disposition des établissements publics de la municipalité, en ce compris l'exploitation et l'entretien de l'installation. Le requérant, qui jusqu'alors avait exploité l'installation en application d'un contrat de concession, a fait valoir que le contrat de vente comprenait un service soumis à l'obligation d'appel d'offres, qui aurait dû être mis en concurrence au titre de la section II ou III de la loi sur la passation des marchés publics ou, à titre subsidiaire, sous la forme d'un contrat de concession.

Il ressortait du contrat que les autorités municipales recevraient de l'acquéreur, Stofa, des services d'exploitation et d'entretien gratuits et à durée illimitée ainsi que des services portant sur d'autres interventions sur les câbles à fibre optique dont les autorités municipales conservaient la propriété. On pouvait donc estimer que les autorités municipales payaient pour ces services en vendant l'installation à un prix plus bas que celui qui aurait été proposé si l'installation avait fait l'objet d'un appel d'offres sans cette obligation.

En référence à la décision du 30 novembre 2017 dans l'affaire GlaxoSmithKline Pharma A/S contre Statens Serum Institut et le ministère danois de la Santé et de la Vieillesse (rapport annuel 2017, page 18) et à la jurisprudence de la Cour de justice européenne dans le domaine des marchés mixtes mentionnée dans cette décision, la commission des recours a déterminé si les différentes parties du contrat « étaient liées d'une manière inséparable et formaient ainsi un tout indivisible ». Les autorités municipales s'étaient en réalité réservé la propriété de deux circuits bifilaires par câble à fibre optique et avaient ainsi obtenu un prix de vente plus bas. Le contrat ne comportait aucun droit pour Stofa à fournir un accès à Internet et des services de télévision aux habitants de la municipalité et la société n'avait donc aucune garantie que les autorités municipales feraient appel à ses services pour ces fournitures. Autrement dit, lesdites fournitures n'étaient pas incluses dans le contrat. En revanche, le contrat stipulait que Stofa serait chargée de l'exploitation et de l'entretien des câbles et, ce faisant, des circuits bifilaires de la municipalité sans que les autorités ne doivent rien payer. Toutefois, il convenait d'estimer que cette partie du contrat était liée de manière inséparable à l'objet principal du contrat de vente de l'installation, qui n'était pas soumis à l'obligation de mise en concurrence. Le contrat de livraison desdits services d'exploitation et d'entretien n'était donc pas individuellement soumis à l'obligation de mise en concurrence.

La propriété conjointe, laquelle a été établie par le biais de la convention de cessions des parts, en vertu de laquelle l'acquéreur, Stofa, détient les câbles à fibres optique et les câbles utilisés comme infrastructure pour les citoyens tandis que les autorités municipales conservent les câbles utilisés jusqu'alors pour la municipalité et ses établissements publics, et en vertu de laquelle Stofa a la possibilité et (durant une certaine période) l'obligation partielle d'utiliser (sa partie de) l'installation pour fournir des services de télévision et un accès à Internet aux habitants de la municipalité, n'impliquait pas non plus l'existence d'une concession au sens de la directive sur les concessions.

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

*Décision du 20 avril 2021, Docteur S, Docteur K et Alment Praktiserende Læge R ApS contre la Région Jutland du Nord*

*La vente de cabinets médicaux régionaux et d'appoint avec les numéros de prestataires associés à des médecins traitants n'est pas soumise à l'obligation de mise en concurrence. Un médecin traitant possédant un numéro de prestataire exécute une tâche pour les autorités régionales sous la forme d'un traitement fourni à un patient moyennant une rémunération des autorités régionales. Cette tâche n'est pas soumise à l'obligation de mise en concurrence, car cette obligation, selon les déclarations de la Cour de justice européenne, présuppose une sélection entre plusieurs soumissionnaires. Il n'est pas ici question d'une telle sélection puisque tout médecin (qualifié) possédant un numéro de prestataire peut exécuter ladite tâche moyennant une rémunération des autorités régionales. Le fait que le médecin ait acheté le numéro de prestataire auprès des autorités régionales n'a aucune importance.*

Un médecin traitant dirige son cabinet médical à l'instar d'une société privée sur la base d'un numéro de prestataire. Ce numéro permet au médecin d'accéder au paiement fourni par les autorités régionales pour les traitements fournis aux patients conformément à une convention conclue entre l'Ordre danois des médecins traitants (*Praktiserende Lægers Organisation*) et les autorités nationales compétentes. Lorsqu'il cesse ses activités, le médecin vend le cabinet avec le numéro de prestataire associé à un autre médecin qui a le droit de pratiquer. Le médecin acquéreur poursuit ensuite l'exploitation du cabinet sur la base du numéro de prestataire. Afin de garantir une couverture médicale adéquate, les autorités régionales peuvent notamment racheter un cabinet qui n'a pas pu être vendu, après quoi elles peuvent confier l'exploitation du cabinet à un tiers pour une durée limitée (cabinet médical d'appoint). En l'absence d'une offre intéressante pour un tel cabinet d'appoint, les autorités régionales peuvent elles-mêmes poursuivre son exploitation (cabinet médical régional).

Le recours portait sur la conversion par les autorités régionales du Jutland du Nord de trois cabinets d'appoint et de deux cabinets régionaux en cabinets privés ordinaires. Les autorités régionales ont annoncé que ces cabinets et les numéros de prestataire associés étaient en vente et indiqué que les acheteurs seraient sélectionnés parmi les soumissionnaires sur la base de critères précis. Trois médecins, qui avaient soumis une offre pour l'achat d'un ou plusieurs cabinets, mais ne se les étaient pas vu attribuer, ont dénoncé le fait que les cabinets avaient été vendus sans avoir été mis en concurrence selon le régime assoupli au titre de la section III de la loi sur la passation des marchés publics alors que la vente des cabinets portait sur un service qui était soumis à l'obligation de mise en concurrence et qui consistait à avoir le droit, au nom des autorités régionales, d'offrir des consultations aux citoyens et de percevoir le chiffre d'affaires associé. La valeur de ce service dépassait la valeur marchande des numéros de prestataire et les ventes étaient donc intégralement soumises à l'obligation de mise en concurrence en application des règles sur les contrats mixtes définies à l'article 26 de la loi sur la passation des marchés publics (article 3, paragraphes 3, 4 et 6, de la directive 2014/24/UE).

La commission des recours a débouté le requérant de sa demande. À cet égard, la commission des recours a notamment rappelé que le régime ordinaire pour la vente des cabinets et des numéros de prestataire entre médecins avec l'accès en résultant aux traitements de patients moyennant une rémunération de l'État danois ne relevait pas de la directive sur la passation des marchés publics ni, partant, de la loi sur la

passation des marchés publics (cf. arrêts de la Cour de justice européenne du 2 juin 2016 dans l'affaire C-410/14, Falk Pharma, et du 1<sup>er</sup> mars 2018 dans l'affaire C-9/17, Tirkkonen, en vertu desquels l'obligation de mise en concurrence présuppose une sélection entre les soumissionnaires intéressés). La vente de numéros de prestataire entre des autorités régionales et un médecin traitant n'entraîne pas pour l'acquéreur des obligations autres que celles découlant de la convention applicable et de la législation en vigueur. Le fait que certains médecins achètent des numéros de prestataire à des autorités régionales plutôt qu'à un autre médecin ne veut pas dire que le régime ordinaire ne doit plus être considéré comme un régime non soumis à l'obligation de mise en concurrence ni que le numéro de prestataire concerné ne peut pas être considéré comme faisant partie de ce régime.

*Décision du 20 mai 2021, Geelmuyden Kiese A/S contre la municipalité d'Aarhus*

*Mise en concurrence d'un service selon le régime assoupli au titre de la section III de la loi sur la passation des marchés publics avec le critère d'attribution « Qualité ». Le recours avait été introduit par un soumissionnaire évincé qui prétendait entre autres que le soumissionnaire retenu aurait dû être exclu pour des raisons d'impartialité et que le contrat conclu avec ledit soumissionnaire indiquait une modification d'un élément fondamental. Le requérant n'a pas obtenu gain de cause sur aucun de ces deux points.*

Le recours portait sur la mise en concurrence d'un contrat visant le rôle d'opérateur du festival annuel « Internet Week Denmark ». Entre autres, le requérant a fait valoir que le soumissionnaire retenu aurait dû être exclu au motif qu'il bénéficiait d'un avantage concurrentiel indu lié à l'impartialité d'un collaborateur en chef qui, par le passé, avait travaillé pour les autorités municipales et dont les services avaient été prêtés par celles-ci au festival. En outre, le requérant a notamment invoqué que des éléments fondamentaux avaient été modifiés durant la procédure d'appel d'offres, ce qui exigeait une remise en concurrence, en ce sens que l'exigence selon laquelle le soumissionnaire retenu devrait veiller à ce que le festival obtienne son propre numéro d'immatriculation CVR avait été modifiée de telle sorte que cela n'était exigé que si cela était jugé opportun.

Le requérant n'a pas obtenu gain de cause. Il existait vraisemblablement un risque que l'ancien responsable de projet de la municipalité ait acquis des connaissances pertinentes dans le cadre de ses fonctions auprès des autorités municipales, mais toutes ces connaissances pertinentes avaient été transmises dans le cadre de l'appel d'offres. À la lumière de la nature et de l'organisation de l'appel d'offres notamment, il n'y avait donc pas de raison d'affirmer que le soumissionnaire retenu avait concrètement bénéficié, du fait des connaissances qu'il avait acquises par le passé, d'un avantage concurrentiel qui n'avait pas été compensé.

L'exigence initiale concernant l'obtention du numéro CVR n'était pas susceptible d'influencer la participation des soumissionnaires potentiels à l'appel d'offres ni le contenu des offres. Aussi, le fait qu'il soit devenu facultatif d'obtenir un numéro CVR ne constituait pas une modification d'un élément fondamental. La commission des recours a notamment fait référence à l'article 178 de la loi sur la passation des marchés publics (article 72, al. 4 et 5, de la directive 2014/24/UE) (section II de ladite loi). Les principes définis dans ces dispositions s'appliquent aux appels d'offres organisés au titre de la section III de la loi sur la passation des marchés publics (cf. décision du 27 juin 2017 dans l'affaire CFD contre l'Autorité danoise en charge des interprètes en langage des signes, à laquelle la commission des recours a également fait référence).

Par ailleurs, rien ne permettait d'établir que les autorités municipales avaient commis une erreur dans l'évaluation des offres.

Le requérant a été débouté de toutes les parties de son recours.

*Décision du 13 juillet 2021, Vikarlæger.dk A/S contre la Région Sjælland*

*La valeur estimée d'un marché de gré à gré n'avait pas été suffisamment évaluée ni documentée par l'entité adjudicatrice. Le marché a été déclaré dépourvu d'effets. Aucune raison de demander de plus amples informations à l'entité adjudicatrice en vue du traitement du recours.*

Le 23 mai 2017, les autorités régionales du Sjælland ont mis en concurrence un accord-cadre de quatre ans visant la fourniture de services d'intérim de médecins spécialistes à des hôpitaux somatiques et aux services psychiatriques de la Région Sjælland jusqu'au 31 octobre 2021.

Le 5 décembre 2019, les autorités régionales ont conclu un contrat avec SurgiTeam visant l'affectation de médecins au service de chirurgie de l'hôpital de Nykøbing Falster. Le contrat, qui courait du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2020, a ensuite été prolongé. Le contrat a été conclu sans mise en concurrence ni avis de marché de gré à gré (cf. article 4 de la loi sur la commission des recours).

L'agence Vikarlæger.dk faisait partie des fournisseurs associés à l'accord-cadre de 2017. Il convenait donc d'admettre que l'agence Vikarlæger.dk aurait pu fournir les services visés par le contrat conclu entre les autorités régionales et SurgiTeam. Il n'était donc pas dans l'intérêt légitime de l'entreprise de saisir la commission des recours (cf. article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la commission des recours).

Dans le cadre du recours, l'agence Vikarlæger.dk avait demandé à la commission des recours de demander différentes informations aux autorités régionales. Ces informations ne concernaient toutefois pas les conclusions déposées, si bien que la commission des recours aurait pu juger nécessaire de les obtenir pour pouvoir se prononcer sur lesdites conclusions.

La valeur du marché de gré à gré était contestée, de même que la question de savoir si le marché aurait dû être mis en concurrence. Le contrat en cours n'avait pas de date d'expiration et était donc d'application jusqu'à sa résiliation sur préavis d'un mois.

La commission des recours a indiqué qu'une entité adjudicatrice, lorsqu'elle évalue s'il convient de supposer que la valeur du contrat correspond à la valeur-seuil définie dans les règles en matière de passation des marchés publics, doit procéder à une estimation objective et, à cet égard, procéder aux contrôles nécessaires et suffisants pour réaliser ladite estimation objective (cf. article 30 de la loi sur la passation des marchés publics, les travaux législatifs préparatoires et notamment la décision du 27 juillet 2009 de la commission des recours dans l'affaire Alfa Laval Nordic A/S contre Odense Vandselskab A/S). L'entité adjudicatrice doit veiller à pouvoir prouver l'estimation objective et les contrôles réalisés à cet égard. Il résulte de la nature de l'estimation réalisée par l'entité adjudicatrice et de l'intérêt pour garantir l'efficacité des règles sur la passation des marchés publics que l'entité adjudicatrice, lors de l'estimation de la valeur du contrat, doit procéder à une évaluation prudente. Autrement dit, le contrat doit a priori être mis en concurrence pour peu qu'il existe un degré non négligeable d'incertitude quant à la valeur du contrat par rapport à une valeur seuil.



Pour toute l'année 2020 et la période janvier-mars 2021, la valeur totale des achats réalisés auprès de SurgiTeam était de quelque 10,6 millions DKK.

Vu l'envergure des achats, en ce compris l'augmentation de leur volume, il existait en tous cas déjà lors de la facturation en avril 2020 pour les trois premiers mois de la durée du contrat (janvier-mars 2020) un risque grave de dépasser la valeur-seuil en ce sens que rien que le montant facturé pour mars 2020 s'élevait déjà à 696 870 DKK. La valeur-seuil a été dépassée dès octobre 2020. Par la suite, les achats se sont poursuivis à un même niveau élevé. En outre, il a été indiqué que les autorités régionales, lors du traitement du dossier, avaient entrepris d'organiser une nouvelle procédure d'appel d'offres. Si les autorités régionales avaient expliqué pourquoi les achats étaient nécessaires, elles n'avaient cependant pas expliqué ni documenté comment la valeur avait été évaluée.

La commission des recours a estimé que les autorités régionales n'avaient pas prouvé qu'il était possible de ne pas organiser un nouvel appel d'offres. La commission de recours s'est référée à la base de l'estimation réalisée pour déterminer la valeur, sur les relations contractuelles et sur l'évolution, l'envergure et la valeur des achats.

Vu qu'il existait ainsi une attribution directe illégale sans avis de marché de gré à gré (cf. article 4 de la loi sur la commission des recours), la commission des recours a déclaré le contrat dépourvu d'effets (cf. article 17, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de ladite loi). Le contrat a été déclaré dépourvu d'effets à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2021, tenant compte ainsi des intérêts invoqués par les autorités régionales pour justifier que le contrat ne soit exceptionnellement pas déclaré dépourvu d'effets (cf. article 17, al. 3, de ladite loi).

Par ailleurs, la commission des recours a imposé une sanction alternative concernant la période durant laquelle le contrat avait été d'application (cf. article 18, al. 2, de ladite loi). La sanction économique a été fixée à un montant de 700 000 DKK (cf. travaux législatifs préparatoires de l'article 19, al. 1<sup>er</sup>- 3, de ladite loi).

*Décision du 26 août 2021, HydroCharting ApS contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI)*

*Le marché portant sur des licences de logiciel avait un intérêt transfrontalier certain. Dans l'annonce du marché, l'entité adjudicatrice avait indiqué que le marché avait un intérêt transfrontalier certain, mais a fait valoir dans le cadre du recours que l'annonce ne reflétait pas ses vues sur la question. Néanmoins, l'entité adjudicatrice n'a pas présenté durant le recours de note ni aucun autre document précisant ses vues sur la question de l'intérêt transfrontalier certain.*

Le recours portait sur l'acquisition de licences pour un logiciel permettant de nettoyer des données sonars. La valeur de cette acquisition était estimée à 700 000 DKK et était donc inférieure aux valeurs-seuils. L'acquisition a été annoncée et dans l'annonce, FMI a indiqué qu'il s'agissait d'une mise en concurrence de « marchandises et services présentant un intérêt transfrontalier certain ».

Durant le recours, l'entité adjudicatrice a invoqué que le recours devait être rejeté. À cette fin, elle a fait valoir que la commission des recours n'avait pas compétence pour traiter le recours, étant donné que le marché mis en concurrence ne dépassait pas les valeurs limites définies dans la directive sur la passation

des marchés publics et ne présentait pas d'intérêt transfrontalier certain. L'annonce ne reflétait pas les vues de l'entité adjudicatrice sur la question de l'intérêt transfrontalier certain.

Tout d'abord, la commission des recours a indiqué que le marché mis en concurrence ne relevait pas de la section II ou III de la loi sur la passation des marchés publics et que l'essentiel pour déterminer la compétence de la commission était donc de savoir si le marché présentait un intérêt transfrontalier certain et relevait ainsi du chapitre IV de ladite loi (cf. article 191, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi).

Ensuite, la commission des recours a rappelé, en référence aux travaux législatifs préparatoires, que, selon une estimation générale et vu notamment que le marché portait sur le développement d'un programme logiciel pour le nettoyage de données sonars, le marché mis en concurrence présentait (malgré sa faible valeur et le fait que FMI n'ait pas reçu d'offres ni de demandes de la part d'entreprises étrangères) un intérêt transfrontalier certain. S'agissant du contenu de l'annonce, la commission des recours a fait remarquer que FMI n'avait pas présenté de note ni aucun autre document précisant ses vues sur la question de l'intérêt transfrontalier certain.

Dès lors, la commission n'a pas accueilli la demande de rejet. Par ailleurs, la commission a estimé que FMI était en droit et dans l'obligation de rejeter l'offre de HydroCharting ApS comme étant non conforme au cahier des charges vu qu'elle ne remplissait pas une exigence minimale.

### 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 14 janvier 2021, Audio Visionary Music A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)*

*Mise en concurrence d'un accord-cadre en huit lots, dont deux étaient « soumis » à un modèle dit « est/ouest », selon lequel l'un des lots ne serait pas a priori attribué au soumissionnaire offrant le prix le plus bas, mais à celui offrant le deuxième prix le plus bas à la condition que le soumissionnaire offrant le deuxième prix le plus bas fournisse la prestation au même prix que celui proposé par le soumissionnaire offrant le prix le plus bas. Prononcé d'une « décision fumus » indiquant que le modèle n'était pas légal et qu'il était envisageable que la décision d'attribution soit annulée. Pas d'effet suspensif octroyé vu que la condition d'urgence n'était pas remplie.*

La décision intermédiaire du 29 mai 2020 est résumée dans le rapport annuel 2020 de la commission des recours. Il est indiqué dans le rapport annuel que la décision définitive a été rendue le 14 janvier 2021 et que la commission a maintenu que le modèle n'était pas légal et la décision d'attribution concernant les conclusions 1 et 2 a été annulée.

Via l'assignation du 9 juillet 2021, SKI a intenté un recours devant les juridictions.

*Décision du 25 mars 2021, Jacobs Douwe Egberts DK ApS contre Fællesindkøb Fyn*

*Deux produits de café différents étaient comparables, en ce sens que le dossier d'appel d'offres indiquait clairement les modalités de calcul du prix d'évaluation, qui était le seul critère d'évaluation. Le fait que les soumissionnaires ne pouvaient soumettre qu'une seule offre n'était pas contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence.*

Le recours portait sur la mise en concurrence d'un accord-cadre avec un seul fournisseur concernant la fourniture de café, de thé et de machines, etc. à plusieurs municipalités de Fionie. L'appel d'offres avait été organisé de telle sorte que les soumissionnaires pouvaient offrir soit du café liquide soit du café soluble, et deux listes d'offres avaient été établies – une pour chaque type de café. Le cahier des charges indiquait que les soumissionnaires ne pouvaient offrir qu'un seul type de café et qu'il n'était pas permis de soumettre des offres alternatives ou parallèles. Le critère d'attribution était le prix le plus bas qui, dans le cas du café, serait calculé sur la base du prix au litre de café passé.

Un soumissionnaire évincé a saisi la commission des recours et fait valoir que l'appel d'offres avait été organisé de telle sorte que l'évaluation, contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE), entraînait une comparaison de produits incomparables. En outre, le requérant a invoqué que le dossier d'appel d'offres imposait au soumissionnaire souhaitant offrir du café liquide davantage d'obligations qu'au soumissionnaire souhaitant offrir du café soluble, en ce sens que la liste d'offres pour le café liquide comprenait également une obligation d'offrir du lait liquide ou du cacao si les machines existantes de l'entité adjudicatrice l'exigeaient. Enfin, le requérant a fait valoir que l'accord de régulation de prix visé par le contrat n'était pas uniforme pour les deux types de café, en ce sens que la régulation était opérée sur la base de la quantité de substances sèches, laquelle était différente pour les deux types de café.

La commission des recours a indiqué que les deux listes d'offres avaient été établies de telle sorte que le prix était calculé de manière identique pour les deux listes sur la base du prix par litre de café passé multiplié par la consommation annuelle attendue et qu'aucune évaluation qualitative du café n'avait été opérée. Vu que les listes d'offres indiquaient clairement les modalités de calcul du prix d'évaluation, les offres portant sur du café liquide et les offres portant sur du café soluble étaient comparables. L'entité adjudicatrice détermine par estimation les exigences imposables au marché mis en concurrence et le fait qu'il existe plusieurs différences entre le café liquide et le café soluble ne saurait en soi conduire à l'existence d'une violation du principe de transparence ou d'égalité de traitement puisque le seul paramètre de concurrence était le prix par litre de café passé.

Par ailleurs, la commission des recours a indiqué que les dispositions relatives à la régulation de prix n'étaient pas contraires aux principes de transparence et d'égalité de traitement et que le fait qu'il était exigé dans la liste d'offres que l'assortiment comprenne du cacao/lait liquide lorsqu'il était clair pour les soumissionnaires que le cacao/lait liquide ne serait pas inclus dans l'évaluation des offres n'empêchait pas de comparer les offres portant sur du café liquide et les offres portant sur du café soluble.

Enfin, la commission des recours a indiqué que le fait que les soumissionnaires devaient offrir soit du café liquide, soit du café soluble et ne pouvait donc soumettre qu'une seule offre n'était pas contraire lui non plus aux principes de transparence et d'égalité de traitement puisque les listes d'offres indiquaient clairement la manière dont le prix d'évaluation serait calculé. Les soumissionnaires pouvaient donc eux-mêmes calculer le type de café qui leur permettrait de soumettre l'offre la plus basse. Il n'était donc pas dans leur intérêt de pouvoir soumettre plusieurs offres.

*Décision du 31 mai 2021, Familieplejen Bornholm contre la municipalité régionale de Bornholm*

*Les règles du décret danois sur la soumission d'offres de contrôle, relatives aux conditions en matière d'offre de contrôle, d'évaluation, de modèle d'évaluation et d'impartialité, étaient respectées. Aucune obligation de contracter.*

Le recours portait sur la mise en concurrence au titre du chapitre III de la loi sur la passation des marchés publics (régime assoupli) d'un accord-cadre de quatre ans visant la fourniture de services de consultance dans le cadre du placement d'enfants et de jeunes dans des familles d'accueil, etc. Le requérant, qui faisait partie des soumissionnaires évincés (car les autorités municipales ont repris la charge des prestations) a notamment fait valoir que l'offre de contrôle des autorités municipales, qui a été soumise en application du décret danois sur la soumission d'offres de contrôle, avait été établie par du personnel impartial, que le calcul de différents tarifs horaires reposait sur de fausses bases, que l'évaluation qualitative opérée ne correspondait pas au cahier des charges et que le modèle d'évaluation appliqué ne convenait pas.

Les autorités municipales ont reconnu qu'elles n'avaient pas respecté l'obligation d'informer les soumissionnaires qu'une offre de contrôle serait soumise. Rien ne permettait d'établir que l'offre de contrôle avait été établie par du personnel impartial. Les affirmations du requérant selon lesquelles l'offre de contrôle avait été soumise sur une base autre que le cahier des charges reposaient sur différents moyens de recours selon lesquels une autre base de calcul avait été utilisée. Suite à une interprétation des dispositions invoquées, la commission des recours a établi que de telles questions étaient régies par d'autres dispositions du décret et que rien (cf. principe dispositif défini à l'article 10 de la loi sur la commission des recours) ne permettait de donner gain de cause au requérant sur ce point.

S'agissant de l'évaluation qualitative, la commission des recours a constaté que la réponse dans l'offre de contrôle dépassait le nombre maximum de caractères, mais que cela avait été pris en compte lors de l'évaluation, en ce sens que la description complète de l'offre de contrôle n'avait pas été incluse dans l'évaluation puisque les caractères excédentaires avaient été supprimés dans la fiche d'évaluation utilisée. Rien ne permettait de constater que les autorités municipales avaient dépassé leur estimation lors de l'évaluation.

Par ailleurs, la commission des recours a établi que l'article 160 de la loi sur la passation des marchés publics ne s'appliquait pas aux appels d'offres organisés au titre du régime assoupli et que le modèle d'évaluation remplissait au demeurant les exigences fondamentales en matière de transparence et d'égalité de traitement

S'agissant des conclusions d'annulation, la commission des recours a établi, d'une part, qu'elle était compétente pour traiter de telles conclusions et, d'autre part, que les règles relatives aux offres de contrôle n'avaient pas pour objet de réguler la possibilité pour les entités adjudicatrices de reprendre la charge des prestations et que rien ne permettait dès lors d'annuler la décision des autorités municipales de reprendre la charge des prestations.

*Décision du 18 juin 2021, Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH contre la Région Danemark Sud*

La décision est décrite en détail au point 2.2.8 « Motifs d'exclusion ».

*Décision intermédiaire du 9 septembre 2021, ABB Power Grids Denmark A/S contre Femern Bælt A/S*

*L'article 60 de la directive sur la passation des marchés publics et l'article 154 de la loi sur la passation des marchés publics ne s'appliquaient pas à un appel d'offres organisé au titre de la directive sur les services spéciaux. L'entité adjudicatrice n'était pas tenue d'évaluer si un candidat remplissait une exigence minimale liée à sa capacité économique de manière autre que prévu ou pour une période plus courte que celle prévue, notamment parce qu'une réduction du chiffre d'affaires exigé/de la période aurait entraîné un changement de l'exigence minimale contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 36, paragraphe 1, de la directive sur les services spéciaux. Le candidat aurait dû clairement voir que l'exigence liée au niveau du chiffre d'affaires pour le moins n'était pas remplie, et il ne pouvait donc pas présupposer que la société mère, à titre d'unité de soutien, contribuerait suffisamment pour satisfaire à cette exigence minimale. Les intérêts à la base de l'article 79, paragraphe 2, section 2, de la directive sur les services spéciaux ne sauraient donc en l'espèce conduire à contraindre l'entité adjudicatrice à donner au candidat la possibilité de remplacer la société mère. Cette conclusion ne saurait être remise en question par la date et les événements précédant la constitution de la société et de sa société mère. Le fait que toutes les entreprises ne remplissaient pas l'exigence minimale liée à la capacité économique et financière ne conduisait pas en soi à établir que les exigences minimales étaient contraires à l'article 36, paragraphe 1, de la directive sur les services spéciaux. Le principe d'égalité de traitement n'exige pas que toutes les conditions du dossier d'appel d'offres soient neutres du point de vue de la concurrence pour tous les opérateurs économiques. Les exigences définies pour la capacité économique étaient objectivement justifiées, proportionnelles et conformes à l'article 36, paragraphe 1, de la directive sur les services spéciaux.*

Le recours a été traité par deux membres de la présidence de la commission des recours, conformément à l'article 10, al. 6 (cf. al. 4) de la loi sur la commission des recours.

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la directive sur les services spéciaux et concernant un marché visant l'établissement, l'exploitation et la maintenance d'un poste de transformation du côté danois de la liaison fixe du détroit de Fehmarn. La valeur totale du marché s'élevait à 70 000 000 EUR. Dans l'avis de marché, Femern Bælt avait défini des exigences minimales concernant la capacité économique et financière des candidats, de telle sorte que ceux-ci devaient remplir des exigences spécifiques en termes de chiffre d'affaires et de solvabilité au cours de chacun des trois derniers « exercices ». Aucune exigence n'avait été définie concernant la longueur des périodes couvertes par les rapports annuels.

Un candidat, ABB Power Grids, ne remplissait pas les exigences liées au chiffre d'affaires et au ratio de solvabilité et a dès lors basé sa candidature à la présélection sur sa société mère, Hitachi ABB, à titre d'unité de soutien. Femern Bælt a rejeté la candidature en référence au fait que ABB Power Grids et la société mère ne remplissaient pas ensemble l'exigence minimale concernant la capacité économique et financière.

Dans sa décision, la commission des recours a établi que l'article 60 de la directive sur la passation des marchés publics relatif aux moyens de preuve ne s'appliquait pas aux appels d'offres organisés au titre de la directive sur les services spéciaux. À cet égard, la commission a insisté sur le fait qu'en vertu de l'article 80, paragraphe 3, de la directive sur les services spéciaux, les dispositions des articles 59 et 61 de la directive sur la passation des marchés publics s'appliquent aux paragraphes 1 et 2 dudit article, tandis qu'aucune référence n'est faite à l'article 60 de la directive sur la passation des marchés publics qui, pour

ce qui est du paragraphe 3, a été transposé à l'article 154 de la loi sur la passation des marchés publics. En outre, la commission des recours a établi que l'article 154 de la loi sur la passation des marchés publics ne s'appliquait pas non plus directement à la directive sur les services spéciaux, du fait que la référence comprise à l'article 11 du décret danois n° 1624 du 15 décembre 2015 sur les procédures de passation des marchés publics par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux concernant l'application de l'article 148 de la loi sur la passation des marchés publics (article 59, paragraphe 1, section 1, de la directive 2014/24/EU) pouvait, rien que de par son libellé, être entendue de telle sorte que c'était l'utilisation proprement dite du document unique de marché européen qui pouvait servir de moyen provisoire pour prouver que le candidat ou le soumissionnaire n'étaient pas visés par des motifs d'exclusion et remplissaient les exigences de capacité dans le cadre de la sélection (cf. article 78 de la directive sur les services spéciaux).

La commission des recours a estimé que Femern Bælt avait été en droit de rejeter la candidature à la présélection d'ABB Power Grids du fait que ABB Power Grids, sur la base des informations figurant dans les formulaires DUME, ne remplissait pas l'exigence minimale définie concernant le chiffre d'affaires.

Par ailleurs, la commission des recours a estimé que, selon les informations fournies par ABB Power Grids et la société mère dans les formulaires DUME, il devait être clair pour ABB Power Grids qu'elle ne remplissait pas les exigences minimales liées au chiffre d'affaires et que Femern Bælt n'était donc pas tenue de procéder à une évaluation approfondie. Les circonstances invoquées par ABB Power Grids concernant la date et les événements précédant la constitution des sociétés ne sauraient conduire à contraindre Femern Bælt à évaluer la conformité aux exigences minimales d'une manière autre que celle prévue ou pour une période plus courte que celle prévue, du fait notamment qu'une réduction du chiffre d'affaires exigé/de la période aurait entraîné un changement de l'exigence minimale contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 36, paragraphe 1, de la directive sur les services spéciaux.

À en juger par le contenu des formulaires DUME respectifs d'ABB Power Grids et de la société mère, qui ne contenaient pas d'informations erronées, il aurait dû en outre être clair (vu la façon dont les exigences minimales étaient définies) pour ABB Power Grids qu'elle ne remplissait pas tout au moins l'exigence liée au niveau de chiffres d'affaires et qu'ABB Power Grids ne pouvait donc pas présupposer que la société mère, à titre d'unité de soutien, contribuerait suffisamment pour que l'exigence minimale soit remplie.

Dans ces circonstances, la commission des recours a estimé que les intérêts à la base de l'article 79, paragraphe 2, section 2, de la directive sur les services spéciaux ne sauraient en l'espèce conduire à contraindre Femern Bælt à donner à ABB Power Grids la possibilité de remplacer la société mère. À l'appui de ses conclusions, ABB Power Grids avait fait référence à la décision du 18 janvier 2019 de la commission des recours dans l'affaire ALSTOM Transport Danmark A/S contre DSB.

Enfin, la commission des recours a estimé que Femern Bælt était en droit d'avoir défini les exigences liées au chiffre d'affaires et au ratio de solvabilité et d'exiger en même temps que les candidats présentent les informations y afférentes figurant dans leurs rapports annuels (voir l'article 80, paragraphe 2, cf. paragraphe 1 de la directive sur les services spéciaux, cf. article 58, al. 3, de la directive sur la passation des marchés publics).

Le fait que toutes les entreprises ne remplissaient pas l'exigence minimale liée à la capacité économique et financière ne conduisait pas en soi à établir que les exigences minimales étaient contraires à l'article 36, paragraphe 1, de la directive sur les services spéciaux. À cet égard, la commission des recours a fait remarquer que le principe d'égalité de traitement n'exigeait pas que toutes les conditions du dossier d'appel d'offres soient neutres du point de vue de la concurrence pour tous les opérateurs économiques.

Rien ne permettait d'invalidier l'appréciation faite par Femern Bælt concernant les besoins en capitaux par rapport au montant du chiffre d'affaires et au ratio de solvabilité, ni le fait que les informations devaient remonter aux trois derniers exercices, car les exigences définies concernant la capacité économique étaient, selon les informations disponibles (dont les explications de Femern Bælt dans le cadre du recours), objectivement justifiées, proportionnelles et conformes à l'article 36, paragraphe 1, de la directive sur les services spéciaux).

L'effet suspensif n'a pas été octroyé au recours, car la condition « *fumus boni juris* » n'était pas remplie. ABB Power Grids s'est ensuite désistée et la décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

*Décision du 27 août 2021, PricewaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab contre la Police nationale danoise*

*Le recours portait sur la mise en concurrence d'un contrat visant la fourniture, l'entretien, le dépannage et le développement continu d'une solution IAM (gestion des accès et des identités) capable de prendre en charge des tâches de gestion d'utilisateurs. Le requérant, un soumissionnaire évincé, a fait valoir entre autres que son offre n'avait pas été correctement évaluée et que la procédure de négociation n'était pas suffisamment décrite dans l'avis de marché, notamment qu'il n'était pas indiqué si une rémunération serait fournie aux soumissionnaires qui participaient aux négociations, cf. article 62 de la loi sur la passation des marchés publics (article 29, paragraphe 1, points 1 et 2, de la directive 2014/24/UE). La Police nationale danoise n'avait pas enfreint l'article 62 de ladite loi (article 29, paragraphe 1, points 1 et 2, de ladite directive), car la procédure était suffisamment décrite et il n'est obligatoire d'inclure des informations sur une rémunération éventuelle que si cela est le cas. Aucune annulation.*

La Police nationale danoise a lancé une procédure d'appel d'offres négociée au titre du chapitre II de la loi sur la passation des marchés publics concernant un système de gestion d'accès utilisateurs au sein de ses services, avec les sous-critères « Prix », « Qualité » et « Respect des délais de livraison ». Un soumissionnaire évincé a saisi la commission, invoquant que la Police nationale avait commis une série de fautes graves lors de l'évaluation qualitative de son offre, notamment en basant ladite évaluation sur des informations incorrectes dans les faits qui ne ressortaient pas de l'offre. Après avoir examiné l'offre, la commission des recours a établi que la Police nationale, sur certains points, n'avait pas correctement évalué l'offre, mais qu'au demeurant, elle n'avait pas commis d'erreur dans l'évaluation des offres et que la Police nationale, dans la mesure où son évaluation reposait sur une estimation, n'avait pas agi de manière subjective ni dépassé les limites applicables aux pouvoirs adjudicateurs pour les estimations. Les erreurs constatées lors de l'évaluation ne présentaient pas pour l'attribution une importance telle qu'il convenait d'admettre les conclusions d'annulation.

En outre, le requérant a invoqué que la Police nationale avait enfreint l'article 62 de la loi sur la passation des marchés (article 29, paragraphe 1, points 1 et 2, de la directive 2014/24/UE) en ne décrivant pas dans

l'avis de marché comment les négociations étaient censées se dérouler ni si une rémunération serait fournie aux participants aux négociations.

Il ressortait de l'avis de marché que la Police nationale se réservait le droit d'attribuer le marché sur la base de la première offre sans procéder à des négociations et que les candidats invités à soumettre une offre recevraient de plus amples informations pratiques concernant le déroulement des négociations, lesquelles étaient décrites plus avant dans le cahier des charges.

La commission des recours a estimé que les candidats et soumissionnaires potentiels avaient été suffisamment informés sur les modalités de la procédure de négociation. Le requérant a été débouté de sa demande sur ce point.

S'agissant de la rémunération éventuelle, la commission des recours a constaté qu'il n'était pas indiqué dans l'avis de marché ni dans le dossier d'appel d'offres que la Police nationale fournirait une rémunération aux participants aux négociations ni que la Police nationale n'avait pas fourni une telle rémunération au cours de la procédure.

Par ailleurs, la commission des recours a établi qu'il convenait de supposer que ladite rémunération était un élément essentiel susceptible d'influer sur l'aspect concurrentiel global de la procédure d'appel d'offres. La commission a donc conclu qu'il était obligatoire d'indiquer si une telle rémunération serait fournie aux participants.

En revanche, la commission des recours n'a pas trouvé lieu d'établir que l'entité adjudicatrice, en n'indiquant pas qu'une telle rémunération ne serait pas fournie aux participants aux négociations, avait enfreint l'article 62 de la loi sur la passation des marchés publics (article 29, paragraphe 1, points 1 et 2 de la directive 2014/24/UE).

Le requérant a également été débouté de sa demande sur ce point.

### 2.2.3 Conformité des offres au cahier des charges et réserves

*Décision du 15 mars 2021, Brdr. Thybo A/S contre la municipalité de Horsens*

*Les autorités municipales de Horsens n'étaient pas en droit de prendre en compte l'offre retenue, car cette offre comprenait une réserve concernant l'échéancier du cahier des charges, ce qui constituait une réserve concernant un élément fondamental. La décision d'attribution a été annulée en référence à la nature de la violation constatée.*

Le recours portait sur une procédure ouverte au titre de la loi sur la passation des marchés publics de travaux, concernant la fourniture de travaux principaux de construction. Le critère d'attribution était le prix le plus bas. Le cahier des charges comprenait un échéancier pour les travaux de construction, sous la forme d'une date de début et d'une date de fin. L'offre du soumissionnaire retenu était soumise à la condition que l'échéancier puisse être prolongé d'un mois minimum. Au vu du contenu de la communication transmise concernant le résultat de l'appel d'offres, la commission des recours a constaté que les autorités municipales de Horsens avait pris en compte cette offre, ce que corroboraient également les spécifications concernant le montant du contrat d'ouvrage. Force était donc de considérer que la condition définie constituait une réserve concernant l'échéancier et que cette réserve concernait donc un élément



fondamental. Le fait que le soumissionnaire retenu ait indiqué dans son offre que le montant du contrat devrait être majoré de la somme de 200 000 DKK pour peu que l'échéancier ne puisse pas être prolongé (mention par laquelle le soumissionnaire retenu, en réalité, a lui-même déterminé le montant de la réserve émise) ne donnait pas le droit aux autorités municipales de Horsens de prendre en compte l'offre majorée dudit montant, ainsi que le mentionnait le contrat d'ouvrage.

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

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

*Décision du 11 janvier 2021, Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification*

La décision est décrite en détail au point 2.2.8 « Motifs d'exclusion ».

*Décision du 14 juillet 2021, DXC Technology Danmark A/S contre la Direction générale danoise des services judiciaires, représentée par l'Administration danoise de l'enregistrement*

*Procédure restreinte concernant un système informatique, avec le critère d'attribution « Meilleur rapport qualité-prix ». L'entité adjudicatrice avait violé les règles en matière de marchés publics, car le modèle d'évaluation pour le sous-critère « Prix » ne reflétait pas les achats attendus et constituait un mélange de deux offres que devaient soumettre les soumissionnaires : une offre avec l'utilisation d'un logiciel spécifique et une offre parallèle avec l'utilisation d'un autre logiciel. Annulation de la décision d'attribution.*

La Direction générale danoise des services judiciaires a mis en concurrence, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreinte au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics, un marché concernant l'exploitation, la maintenance, le support et le développement continu d'un système d'enregistrement numérique (e-TL) pour une valeur totale estimée à 90 millions DKK. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » (35 %) et « Qualité » (65 %). Les soumissionnaires devaient soumettre une offre pour une option visant le remplacement du logiciel Oracle par un logiciel correspondant meilleur marché. Tous les coûts liés à l'évaluation préalable et à l'exécution du remplacement devaient être inclus dans les prix offerts et la réduction attendue des coûts de licence devaient également être indiquée. La Direction générale danoise des services judiciaires était tenue, au plus tard dans les six mois précédant la signature du contrat, d'informer dans quelle mesure elle entendait acheter l'option.

Des offres ont été soumises par DXC et Netcompany A/S, et la Direction générale a décidé de conclure le contrat avec Netcompany, dont le prix offert était de loin le plus bas. DXC a saisi la commission des recours et notamment fait valoir que la rémunération mensuelle pour l'exploitation, la maintenance et le support avait été incluse deux fois dans le prix d'évaluation total et que le contrat n'aurait jamais pu porter sur les deux scénarios (c-à-d. avec et sans achat de l'option). À cet égard, la Direction générale a invoqué que la même rémunération n'avait pas été incluse deux fois dans le prix d'évaluation, mais qu'il s'agissait de deux rémunérations différentes (avec et sans achat de l'option).

La commission des recours s'est uniquement prononcée sur les conclusions portant sur l'évaluation par rapport au sous-critère « Prix » et a, tout d'abord, établi qu'un principe fondamental du droit des marchés publics veut que l'entité adjudicatrice décrive clairement ce qu'elle souhaite acheter et que les offres

doivent être évaluées en conséquence. L'option couvrait les deux rémunérations pour l'exploitation, la maintenance et le support, de la même façon que le prix offert a priori. La Direction générale n'avait pas précisé si le choix quant à l'achat ou pas de l'option avait été fait à la date de la décision d'attribution ni indiqué le montant du prix final.

La structuration de l'appel d'offres par la Direction générale a donc – contrairement à l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et au principe de transparence – entraîné un manque de clarté quant à ce que la Direction générale souhaitait acheter. Par conséquent, le modèle d'évaluation constituait un mélange des deux offres que les soumissionnaires étaient censés soumettre : une offre avec Oracle comme logiciel et une offre parallèle avec un autre logiciel meilleur marché. Dès lors, le modèle d'évaluation ne reflétait pas les achats attendus dans le cadre du contrat qui, en aucun cas, ne viserait les deux scénarios. Parmi les éléments inclus dans le critère « Prix », les rémunérations pour l'exploitation, la maintenance et le support du logiciel bénéficiaient donc du fait du modèle appliqué d'une pondération qui ne reflétait pas les achats réels.

Ainsi, la commission a également accueilli la demande du requérant visant l'annulation de la décision d'attribution. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait qu'une correction de l'évaluation conformément aux moyens de recours invoqués par DXC aurait permis à Netcompany de soumettre l'offre avec le meilleur rapport qualité-prix.

*Décision du 7 avril 2021, Urbaser A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S*

*Le fait de ne pas avoir exclu deux soumissionnaires de la soumission d'offres coordonnées n'était pas contraire à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE), car les informations à cet égard ne sont apparues que durant le recours et que l'appel d'offres a tout de suite après été annulé pour d'autres motifs objectifs.*

Le recours portait sur la mise en concurrence, au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics, d'un marché visant la collecte municipale de déchets. Le requérant, un soumissionnaire évincé, a fait notamment valoir que le soumissionnaire retenu et une autre société qui avait également soumis une offre auraient dû être exclus de la procédure de passation de marché en application de l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4 de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE), car l'une de ces sociétés avait offert un prix élevé irréaliste afin d'influencer le modèle d'évaluation de prix défini.

Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix (pondération 70-30 %). Le modèle d'évaluation de l'entité adjudicatrice voulait que l'offre avec le prix le plus bas se voie attribuer le score maximum et toute offre dont le prix était supérieur de 30 % audit prix se voie attribuer le score minimum. Les autres offres se sont vu attribuer des points selon une interpolation linéaire. Si l'écart réel entre les prix offerts était supérieur à 30 %, l'effet de levier serait augmenté de 10 % à la fois jusqu'à ce que toutes les offres conformes au cahier des charges puissent être incluses dans le modèle (maximum 100 % néanmoins).

L'entité adjudicatrice avait sélectionné le motif d'exclusion non obligatoire défini à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE) visant à exclure un opérateur économique si le pouvoir adjudicateur disposait

d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique avait conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

Dans le cadre de la procédure, quatre offres ont été soumises. Pour trois d'entre elles, le prix était compris entre 30,4 et 33,4 millions DKK. Pour la dernière, le prix se montait à 55,2 millions DKK. Dès lors, le modèle d'évaluation final est passé de « prix le plus bas + 30 % » initialement à « prix le plus bas + 90 % ». Le soumissionnaire retenu avait soumis le deuxième prix le plus bas (environ 30,8 millions DKK).

Le requérant a notamment fait valoir que le soumissionnaire retenu et la société qui avait soumis l'offre de 55,2 millions DKK étaient au final détenus par la même société et que les sociétés avaient coordonné le prix de leurs offres, en ce sens que l'une des deux sociétés sœurs avait offert un prix élevé irréaliste, ce qui avait entraîné une modification de « l'effet de levier » dans le modèle d'évaluation initialement défini.

En référence à sa pratique antérieure, la commission des recours a rappelé que l'entité adjudicatrice bénéficiait d'une part de subjectivité lorsqu'elle détermine si les éléments permettant de conclure à l'existence d'un accord restrictif sont d'une plausibilité telle que cela devrait conduire à une exclusion du candidat ou du soumissionnaire.

Dans sa décision, la commission des recours a établi qu'il n'était pas prouvé que l'entité adjudicatrice, à l'heure de l'évaluation et de l'attribution, avait connaissance du fait que les deux soumissionnaires contestés étaient au final détenus par la même société. Le fait que l'une des sociétés ait offert un prix très élevé ne constituait donc pas en soi à cette date un « élément suffisamment plausible » pour conclure à un comportement faussant la concurrence, cf. article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE). De même, il n'y avait pas lieu de conclure à cette date que l'entité adjudicatrice était obligée de procéder à un contrôle.

Vu que les informations concernant la détention des deux sociétés qui auraient pu donner matière à réfléchir ne sont apparues que durant le recours et que l'entité adjudicatrice a tout de suite après annulé l'appel d'offres pour des motifs objectifs étrangers au recours, l'entité adjudicatrice n'avait pas violé les règles en matière de marchés publics, comme le prétendait le requérant.

Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que la différence de prix constatée entre l'offre la plus élevée, d'une part, et les trois autres offres, d'autre part (en plus du fait que le modèle d'évaluation défini serait largement modifié en cas de grand écart de prix) était frappante quand on connaît la structure de détention des sociétés (comme l'ont montré les informations apparues par la suite lors de la décision de la commission des recours).

*Décision du 27 août 2021, PricewaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab contre la Police nationale danoise*

La décision est décrite en détail au point 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 3 novembre 2021, Meldgaard Miljø A/S contre la municipalité de Rebild*

*Certaines parties du modèle d'évaluation n'étaient pas décrites de manière suffisamment claire dans le cahier des charges. Il était donc envisageable que le requérant obtienne gain de cause. Toutefois, la condition d'urgence n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres ouverte lancée au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics et visant la collecte de déchets ménagers. Le requérant, un soumissionnaire évincé, a notamment fait valoir que les autorités municipales de Rebild avaient enfreint les articles 160 et 164 de la loi sur la passation des marchés publics (article 67, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE) et l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive) en ne déterminant pas et ne décrivant pas toutes les parties du modèle d'évaluation et en appliquant un modèle d'évaluation ne permettant pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Entre autres, le requérant a invoqué que le cahier des charges ne précisait pas assez clairement les éléments qui seraient positivement/négativement pondérés et que le modèle d'évaluation ne convenait pas, notamment en ce qui concerne le critère « Service d'exploitation local où sont conservés les véhicules ». Conformément à sa pratique antérieure, la commission des recours a établi qu'il n'était pas obligatoire pour une entité adjudicatrice de décrire de manière exhaustive tous les éléments affectant l'évaluation réalisée sur la base des sous-critères qualitatifs. La commission des recours a donc établi que le critère concernant la présence locale pouvait avoir un effet discriminatoire par rapport aux soumissionnaires qui n'étaient pas situés dans la localité visée, en raison de quoi un tel critère ne pouvait être utilisé que s'il était objectif, nécessaire et justifié. Si un tel critère avait pu être appliqué, il incombait en outre aux autorités municipales de s'assurer que le dossier d'appel d'offres indiquait clairement que la présence locale serait pondérée positivement. Les exigences mentionnées n'étaient pas remplies. De plus, aucune circonstance n'avait été invoquée, qui aurait montré que le critère concernant la présence locale permettait concrètement d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il était donc envisageable que le requérant obtienne gain de cause sur ce point. Toutefois, la condition d'urgence n'étant pas remplie, il n'y avait pas lieu d'octroyer l'effet suspensif au recours.

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

### 2.2.5 Demandes d'informations complémentaires

*Décision du 11 janvier 2021, Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification*

La décision est décrite en détail au point 2.2.8 « Motifs d'exclusion ».

### 2.2.6 Accords-cadres

*Décision du 17 février 2021, Systematic A/S contre les municipalités de Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre et Slagelse*

*Les autorités municipales ont violé l'article 100 de la loi sur la passation des marchés publics (article 33, paragraphe 5, de la directive 2014/24/EU) en incluant, en partie, dans l'évaluation qualitative des offres les informations des soumissionnaires sur des « cas d'application » alors que l'accord-cadre ne le permettait*

*pas. En outre, les autorités municipales ont enfreint les principes d'égalité de traitement et de transparence en ayant donné des informations peu claires et contradictoires sur l'importance des cas d'application et en ayant appliqué, lors de l'évaluation qualitative des offres, une méthode ne permettant pas de garantir une évaluation homogène et satisfaisante des offres. Par conséquent, la commission des recours a annulé la procédure réduite.*

Le recours portait sur la passation d'un marché au titre d'un accord-cadre SKI visant « un logiciel en tant que service » (logiciel hébergé par le fournisseur) sous la forme d'une procédure réduite portant sur 11 contrats de fourniture individuels visant l'acquisition, l'implantation et l'exploitation d'une nouvelle solution informatique commune dans les cinq principaux domaines d'activité des deux municipalités : affaires sociales, santé, services à la personne, éducation et abus d'alcool et de drogue. La procédure a été lancée conjointement par deux municipalités en vue de conclure des contrats distincts avec chacune d'entre elles. La procédure réduite a été appliquée en obtenant les offres de deux fournisseurs au titre de l'accord-cadre. Le recours a été introduit par un soumissionnaire évincé lors de la procédure réduite et la commission des recours a octroyé un effet suspensif provisoire au recours en application des règles générales définies en la matière dans la loi sur la commission des recours vu que les règles relatives au délai suspensif (*standstill*) et à l'octroi automatique de l'effet suspensif ne s'appliquent pas aux marchés passés au titre d'accords-cadres (voir l'article 3, al. 3, point 2, cf. art. 12, al. 2, de la loi sur la commission des recours). La commission ne s'est pas prononcée sur la question de savoir s'il convenait d'octroyer l'effet suspensif au recours. À la place, elle a rendu sa décision.

Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » et « Qualité », moyennant une pondération spécifique. L'accord-cadre indiquait que des sous-critères devaient être liés au sous-critère « Qualité » avec une pondération relative spécifique, notamment un sous-critère « Test », qui faisait également partie du cahier des charges de la procédure réduite. Ledit cahier des charges comprenait, sous l'intitulé « Spécification des exigences fonctionnelles » un peu moins de 100 cas d'application qui décrivaient différents scénarios. Lors de l'échange de questions/réponses durant l'appel d'offres, les autorités municipales ont notamment indiqué ce qui suit : « Les cas d'application ne sont pas une exigence, en ce compris une exigence minimale, mais correspondent aux attentes de l'entité adjudicatrice concernant les procédures appliquées. Vu qu'ils sont inclus dans le dossier de passation de marché servant de base à l'interprétation du contrat de fourniture, ils seront inclus dans le dossier de passation de marché par la suite, mais PAS dans l'évaluation. Vu qu'il ne s'agit pas d'exigences, il sera présumé que les cas d'application seront remplis selon les besoins sous-jacents exprimés. » Dans d'autres réponses transmises, les autorités municipales ont notamment indiqué que les soumissionnaires devaient eux-mêmes sélectionner les cas d'application qu'ils souhaitaient présenter.

La commission des recours a établi que les autorités municipales avaient violé l'article 100 de la loi sur la passation des marchés publics (article 35, paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE) en basant la procédure réduite au titre de l'accord-cadre sur de nouvelles conditions sous la forme de cas d'application fonctionnels qui n'étaient pas définis d'avance dans le dossier d'appel d'offres de l'accord-cadre. Tout d'abord, la commission a établi que le fait que les cas d'application n'étaient pas directement mentionnés dans les documents servant de base à l'accord-cadre concernant l'organisation de la procédure réduite ne saurait en soi empêcher les autorités municipales d'utiliser des cas d'application et que cela ne suffisait pas pour conclure que les cas d'application constituaient de nouvelles conditions. Les cas d'application étaient

décrits et définis de façon telle dans le dossier d'appel d'offres de la procédure réduite qu'ils faisaient partie des éléments sur lesquels reposerait l'évaluation des offres sur la base du sous-critère « Test ». Selon les réponses transmises par les autorités municipales, les cas d'application utilisés ne représentaient pas des exigences, mais décrivaient leurs attentes quant aux procédures que les soumissionnaires pouvaient utiliser comme outil pour présenter la structure technologique, etc. et les cas d'application ne seraient pas inclus dans l'évaluation. Il était donc clair pour les soumissionnaires que les cas d'application ne devaient pas être entendus comme des exigences et qu'ils n'étaient pas censés être inclus dans l'évaluation. Pour autant, les autorités municipales ont, en partie du moins, utilisé les cas d'application d'une manière autre que celle annoncée et les cas d'application ont donc été inclus (conformément au dossier d'appel d'offres) à titre d'exigences dans l'évaluation sur la base du sous-critère « Test ». Selon l'accord-cadre, la présentation faite par les soumissionnaires ne devait pas consister à passer en revue le déroulement des processus et il n'était pas prévu ni présupposé que des exigences d'évaluation concrètes puissent être définies pour la réalisation du test. Du fait qu'elles avaient, lors de l'évaluation sur la base du sous-critère « Test », inclus des éléments concernant la réalisation de cas d'application qui n'étaient ni prévus ni présupposés dans l'accord-cadre, les autorités municipales ont enfreint l'article 100 de la loi sur la passation des marchés publics (article 35, paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE).

Par ailleurs, la commission des recours a estimé que la réponse transmise par les autorités municipales durant l'échange de questions/réponses ne permettait pas clairement aux soumissionnaires de savoir quel rôle les cas d'application joueraient concrètement dans la procédure réduite et que les autorités municipales avaient, dans leur réponse, donné des informations peu claires et contradictoires concernant l'importance des cas d'application.

Enfin, la commission a estimé que les autorités municipales avaient violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en appliquant une méthode pour l'évaluation des offres sur la base du sous-critère « Test » qui ne permettait pas de garantir une évaluation satisfaisante et homogène. À cet égard, la commission a rappelé que le cahier des charges avait été défini de telle sorte que les soumissionnaires pouvaient eux-mêmes décider s'ils voulaient utiliser les cas d'application pour démontrer leurs services et, le cas échéant, choisir les cas d'application qu'ils souhaitaient utiliser. Cette méthode ne permettait pas aux autorités municipales d'évaluer les solutions des soumissionnaires sur une base homogène et transparente. La base d'évaluation des deux offres était concrètement différente du fait que les deux soumissionnaires n'avaient pas utilisé le même nombre de cas d'application.

La commission des recours a annulé la procédure réduite au motif que le dossier d'appel d'offres n'avait pas pu servir de base à une décision d'attribution légale.

*Décision du 9 novembre 2021, Simonsen & Weel A/S contre la Région Jutland du Nord et la Région Danemark Sud*

*Dans sa décision du 16 janvier 2020, la commission des recours a présenté une série de questions préjudicielles à la Cour de justice européenne (rapport annuel 2020, page 42), qui y a répondu dans son arrêt du 17 juin 2021 (affaire C-23/20). La commission des recours a alors rendu sa décision sur la base de ces réponses. Annulation et avis non contraignant (cf. article 14 de la loi sur la commission des recours).*

Le recours portait sur la mise en concurrence, au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics, d'un accord-cadre visant la fourniture d'équipements pour alimentation par sonde destinés à des

patients à domicile et à des établissements publics. Le requérant, un soumissionnaire évincé, a notamment conclu à ce que la commission des recours constate que les régions avaient violé l'article 56 de la loi sur la passation des marchés publics (article 49 de la directive 2014/24/UE) et l'article 128, al. 2, de ladite loi (article 51, paragraphe 2, de ladite directive) ainsi que les principes d'égalité de traitement et de transparence définis dans l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive) en n'indiquant pas dans l'avis de marché la quantité estimée ni la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché, et que les régions avaient enfreint les principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive) en n'indiquant pas dans l'avis de marché ni dans les autres documents de marché une quantité maximale ou une valeur maximale pour les produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché. Dans sa décision intermédiaire du 18 septembre 2019, la commission a décidé de ne pas octroyer l'effet suspensif au recours du fait que la condition d'urgence n'était pas remplie.

Dans sa décision du 16 janvier 2020, la commission des recours a présenté une série de questions à la Cour de justice européenne, qui y a répondu dans son arrêt du 17 juin 2021 (affaire C-23/20), cf. chapitre 4.

Sur la base de la réponse de la Cour de justice, la commission des recours a établi ce qui suit dans sa décision du 9 novembre 2021 :

- l'entité adjudicatrice doit, dans l'avis de marché, indiquer la quantité estimée et/ou la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché ;
- l'entité adjudicatrice doit en outre indiquer dans l'avis de marché ou dans les autres documents de marché une quantité maximale ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché ;
- les valeurs et quantités mentionnées doivent être indiquées de manière globale.

Ces exigences n'étaient pas remplies. La commission des recours a donc établi que les violations constatées n'étaient pas uniquement de nature purement formelle et la décision d'attribution a été annulée.

Par ailleurs, la commission des recours a formulé, en application de l'article 14 a de la loi sur la commission des recours, un avis non contraignant précisant qu'aucune circonstance spéciale ne justifiait la poursuite de l'accord-cadre (cf. article 185, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics).

Dans sa réponse aux questions préjudicielles qui lui ont été présentées, la Cour de justice a établi que le fait que les avis de marché ne répondaient pas aux exigences indiquées ne saurait en soi conduire à considérer le marché comme étant conclu sans avis de marché, car la violation concernée était visible pour toute personne qui avait donc la possibilité d'introduire un recours. Le requérant a alors retiré ses conclusions visant à déclarer le contrat comme dépourvu d'effets.

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

*Décision du 6 janvier 2021, Remondis A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S*

*Marché de gré à gré exceptionnellement maintenu (cf. article 17, al. 3, de la loi sur la commission des recours).*

Après avoir en vain organisé trois procédures d'appel d'offres, Silkeborg Genbrug og Affald A/S (ci-après « SGA ») avait attribué de gré à gré à l'entreprise HCS un marché soumis à l'obligation d'appel d'offres et visant la collecte de déchets sans publication d'un avis de marché de gré à gré (cf. article 4 de la loi sur la commission des recours). SGA a fait valoir vis-à-vis de la commission des recours que les conditions définies à l'article 80, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 32, al. 2, de la directive 2014/24/UE) étaient remplies et que l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive) et son article 6 (article 4, sous a-c, article 13, de ladite directive) n'avaient donc pas été violés. SGA a indiqué que le contrat avait été conclu à la suite d'un besoin urgent d'intérêt public et avec une durée aussi courte que possible.

En vertu de l'article 80, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 32, al. 2, de la directive 2014/24/UE), une entité adjudicatrice peut recourir à la procédure négociée sans publication préalable dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour l'entité adjudicatrice ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation.

La commission des recours a rappelé que l'article 80, al. 5, qui transpose l'article 32, paragraphe 2, de la directive sur la passation des marchés publics, est le prolongement du droit en vigueur et doit être interprété conformément à la directive. L'article 32, al. 2, sous c), de ladite directive dispose que « les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne sont en aucun cas imputables au pouvoir adjudicateur ». Le considérant 80 de la directive (et les motifs de l'article 80, paragraphe 5) indique en outre comme exemple que les catastrophes naturelles requièrent une action immédiate. La commission des recours a estimé qu'il incombait à SGA de prouver que le marché provisoire conclu avec HCS pouvait légalement être conclu sans mise en concurrence. Après avoir examiné le déroulement des faits dans le cadre des trois procédures d'appel d'offres organisées en vain, la commission des recours a estimé que SGA n'avait pas prouvé que le contrat conclu de gré à gré et courant du 1<sup>er</sup> janvier 2020 au 20 mars 2022 était légal. Le défendeur avait eu le temps d'organiser une procédure ouverte et de remplacer le fournisseur au 1<sup>er</sup> janvier 2020, date à laquelle l'ancien contrat venait à expiration. Cela aurait probablement aussi pu se faire si au moins l'une des procédures d'appel d'offres avaient été organisées et réalisées conformément aux règles en la matière.

La commission des recours a ensuite procédé à une évaluation au titre de l'article 17, al. 3, de la loi sur la commission des recours pour déterminer si le contrat conclu de gré à gré ne devait pas exceptionnellement être déclaré comme dépourvu d'effets.

La commission des recours a insisté sur le fait que le marché de gré à gré portait sur une obligation de service public pour la collecte des déchets dans la municipalité, que la durée du contrat, à l'heure de la décision rendue par la commission, n'était plus que de 1 an et 2 mois et que le délai de livraison pour les nouveaux camions à ordures était de 14-18 mois. Il existait donc des raisons impérieuses d'intérêt général qui nécessitaient que les effets du contrat provisoire conclu soient maintenus (cf. article 17, al. 3). Du fait que SGA, en tant que société anonyme de droit danois, ne fait pas partie de l'administration publique danoise, la commission des recours a déposé plainte auprès de la police concernant la violation constatée en vue de la prise d'une sanction.



*Décision d'indemnisation du 10 février 2021, Eksponent ApS contre la municipalité de Gentofte*

*Le fait que le soumissionnaire retenu ait transmis des références ne répondant pas aux exigences minimales définies a entraîné la non-conformité de l'offre au cahier des charges, et dans sa décision du 29 avril 2020, la commission des recours a annulé la décision d'attribution de l'entité adjudicatrice. Dans sa décision du 10 février 2021, la commission des recours a condamné l'entité adjudicatrice à verser une indemnité estimée à 1,2 million DKK en couverture des pertes subies par le requérant en n'ayant pas obtenu l'attribution du marché (intérêt positif matériel).*

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, qui faisait partie des soumissionnaires évincés, a notamment fait valoir durant le recours que le soumissionnaire retenu ne répondait pas aux exigences minimales définies concernant la fourniture de trois références à l'appui des capacités techniques et professionnelles, du fait que deux des trois références fournies n'étaient pas utilisables. 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 du soumissionnaire retenu, 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 notamment constaté que l'entité adjudicatrice avait violé les règles en matière de passation des marchés publics en demandant par la suite au soumissionnaire retenu des informations concernant une référence obligatoire, et la commission a annulé la décision d'attribution.

Eksponent a alors introduit une demande d'indemnisation de quelque 2,2 millions DKK en réparation de son intérêt positif matériel ou, à titre subsidiaire, une indemnisation de 120 000 DKK en réparation du préjudice de confiance subi.

Les autorités municipales ont conclu au débouté du requérant en rappelant entre autres qu'elles auraient annulé l'appel d'offres si elles avaient réalisé que leur seule alternative était de conclure un contrat avec Eksponent. Dans le cadre de la demande d'indemnisation, les autorités municipales ont rappelé qu'elles ne pouvaient pas accepter la solution informatique offerte par Eksponent. Les autorités municipales contestaient en outre le montant des pertes calculé par Eksponent.

La commission des recours a établi que les autorités municipales avaient agi de manière fautive dans le cadre des violations constatées des règles en matière de passation des marchés publics. Selon les informations disponibles sur l'évaluation de l'offre d'Eksponent, dont les points attribués et les remarques des autorités municipales concernant la solution offerte, la commission des recours n'a pas pu établir que les autorités municipales n'auraient pas accepté la solution d'Eksponent. Dès lors, les autorités municipales n'ayant pas établi que l'appel d'offres aurait été annulé si elles avaient réalisé que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges, Eksponent était en droit de percevoir une indemnisation en réparation de son intérêt positif matériel.

Le montant de l'indemnisation devait être fixé sur la base de la marge bénéficiaire attendue imputable à la tâche mise en concurrence. Un certain nombre d'heures de consultance qui, dans d'aussi brefs délais,

n'auraient pas pu être allouées à d'autres tâches n'ont pas été incluses dans le calcul du montant de l'indemnisation, mais il n'y avait pas lieu de ne pas inclure dans le calcul la partie du marché mis en concurrence qui portait sur la maintenance et le support. Au contraire, il convenait de prendre en compte le fait que le marché portait sur des options. Le montant de l'indemnité a été fixé, selon les estimations, à 1,2 million DKK.

Via l'assignation du 6 avril 2021, les autorités municipales de Gentofte ont intenté un recours devant les juridictions.

*Décision du 17 février 2021, Systematic A/S contre les municipalités de Greve, Holbæk, Ringsted, Køge, Vordingborg, Kalundborg, Roskilde, Næstved, Guldborgsund, Lejre et Slagelse*

La décision est décrite en détail au point 2.2.6 « Accords-cadres ».

*Décision du 25 février 2021, SUEZ Water A/S contre Danish Oil Pipe A/S*

*Le requérant a été condamné à rembourser les dépens au défendeur bien que le requérant ait obtenu gain de cause concernant la modification d'un élément fondamental.*

Le recours portait sur une procédure d'appels d'offres négociée conformément à la directive sur les services spéciaux concernant la construction d'une nouvelle station d'épuration pour eaux usées sur la base d'un système de sélection au titre de ladite directive. La commission des recours a été saisie par SUEZ Water, dont l'offre avait été rejetée par Danish Oil Pipe au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges. Danish Oil Pipe a annulé l'appel d'offres après l'introduction du recours. SUEZ Water a maintenu son recours en vue de se faire indemniser des frais de soumission.

La commission des recours a établi que le défendeur avait été en droit de rejeter l'offre au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges, vu qu'il n'était pas clair si l'offre remplissait une des exigences minimales et que l'offre comprenait une réserve jugée porter sur des éléments fondamentaux, notamment en ce qui concerne l'échéancier. Danish Oil Pipe n'était pas dans l'obligation de contrôler les informations et les risques liés au manque de clarté relevaient de la responsabilité de SUEZ Water à titre de soumissionnaire. SUEZ Water a obtenu gain de cause en ce qui concerne le fait que Danish Oil Pipe, durant la procédure d'appel d'offres, avait modifié un élément fondamental, ce qui a été reconnu par Danish Oil Pipe.

La commission des recours a donné gain de cause à Danish Oil Pipe concernant une demande d'indemnisation en réparation du préjudice de confiance subi, car la non-conformité de l'offre de SUEZ Water au cahier des charges ne conduisait pas à l'existence d'un lien de causalité entre la violation constatée et les pertes prétendues.

SUEZ Water a été condamnée à rembourser les dépens à Danish Oil Pipe bien que SUEZ Water ait obtenu gain de cause concernant la modification d'un élément fondamental, ce qui normalement conduirait à l'annulation de la décision d'attribution. Suite à cette décision, SUEZ Water est considérée comme la partie qui succombe, puisque Danish Oil Pipe s'était déjà exécutée à la réception du recours et que la commission a débouté le requérant de sa demande d'indemnisation.

*Décision intermédiaire du 7 avril 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB contre les Régions Jutland-Central, Jutland du Nord, Danemark Sud, Sjælland et Capitale*

*Le recours portait sur la mise en concurrence de quatre services d'urgence hélicoptérés 24/7 dans le cadre de l'exploitation du service national d'hélicoptères médicalisés. Le requérant n'a pas été présélectionné au motif que sa demande ne remplissait pas les exigences minimales concernant sa capacité économique et financière. Prononcé d'une « décision fumus » indiquant que la candidature du requérant remplissait les exigences minimales et qu'il était envisageable que la décision de ne pas présélectionner le requérant soit annulée. La commission a octroyé un effet suspensif au recours.*

Les autorités régionales du Jutland-Central ont mis en concurrence, en tant que responsable des cinq régions danoises, quatre services d'urgences hélicoptérés 24/7 dans le cadre de l'exploitation du service national d'hélicoptères médicalisés. Dans l'avis de marché, les autorités régionales ont défini entre autres des exigences minimales concernant la capacité économique des candidats. Les candidats devaient 1) posséder au moins 7 millions EUR de capitaux propres au cours de l'exercice précédent, 2) avoir enregistré des bénéficiaires avant impôt au cours de deux des trois derniers exercices et 3) présenter un ratio de solvabilité de 20 % au cours de l'exercice précédent. Il était indiqué qu'il était important pour les régions que l'opérateur ait la solidité économique nécessaire pour prendre en charge les tâches visées tout au long de la période contractuelle. Il était donc obligatoire que l'opérateur remplisse de manière isolée les exigences minimales concernant la capacité économique et financière des candidats. Dans la mesure où le candidat se prévalait de la capacité économique et financière d'autres unités, il était obligatoire que l'unité sur laquelle le candidat basait sa capacité économique et financière s'engage à fournir au candidat un apport en capital si celui-ci se voyait attribuer le marché ou mettre un prêt subordonné à la disposition du candidat pendant la durée ordinaire de dix ans du marché afin que les capitaux propres et le ratio de solvabilité répondent aux exigences minimales à l'heure de la conclusion du contrat. Si le candidat se prévalait d'un apport en capital et/ou d'un prêt subordonné mis à sa disposition au plus tard à la date de conclusion du contrat, la candidature devait être accompagnée d'une déclaration contraignante émise par l'unité de soutien et indiquant la mise à disposition de l'apport en capital/prêt subordonné pour une période d'au moins dix ans dans le cas où le candidat se verrait attribuer le marché.

Babcock s'est portée candidate à la présélection. S'agissant des exigences minimales définies concernant sa capacité économique et financière, Babcock a indiqué qu'elle ne s'appuyait pas sur la capacité d'autres unités, mais a joint une « lettre de soutien » de sa société mère. Pour peu que Babcock soit attribué le marché, la société mère déclarait qu'elle entendait augmenter le capital social de Babcock afin que celle-ci remplisse à l'avenir les exigences financières définies dans le contrat ou mettre à la disposition de Babcock un prêt subordonné pour la durée ordinaire de dix ans du contrat dans le but que Babcock remplisse les exigences financières à la date de la conclusion du contrat. Babcock a indiqué dans son formulaire DUME qu'elle ne dépendait pas de la capacité d'autres unités pour répondre aux exigences minimales.

Les autorités régionales ont rejeté la candidature à la présélection de Babcock au motif que Babcock, selon elles, ne répondait pas aux exigences minimales concernant sa capacité économique et financière, et les autorités régionales ont indiqué qu'elles ne pouvaient pas clairement déterminer si Babcock dépendait de la société mère pour répondre aux exigences minimales économiques. À cet égard, les autorités régionales ont rappelé ce qui suit : 1) il ne faisait aucune doute que Babcock ne remplissait pas à elle seule les exigences

définies concernant la capacité économique et financière ; 2) Babcock a indiqué dans son formulaire DUME qu'elle ne basait pas sa capacité sur la capacité d'autres unités ; 3) la candidature ne comprenait pas de formulaire DUME pour une unité de soutien faisant partie du même groupe ; et 4) la déclaration de soutien fournie par la société mère ne comprenait aucun engagement juridiquement contraignant à mettre un prêt subordonné à la disposition de Babcock ou à lui fournir un apport en capital.

Babcock a introduit un recours concernant la décision prise par les autorités régionales de ne pas la présélectionner.

La commission des recours a estimé que l'exigence définie par les autorités régionales concernant l'apport en capital ou le prêt subordonné impliquait en fait que les candidats, après un apport en capital ou la mise à disposition d'un prêt subordonné, répondraient eux-mêmes aux exigences minimales économiques. Le cas échéant, les candidats ne se baseraient pas sur la capacité économique d'une autre unité, mais sur la leur. Vu que cela était le cas pour Babcock, le candidat n'était pas tenu de l'indiquer dans son formulaire DUME. Sur cette base et au vu de la manière dont étaient formulés le cahier des charges et certaines réponses transmises par les autorités régionales durant la procédure de candidature, Babcock n'était pas non plus dans l'obligation de fournir un formulaire DUME pour la société mère. Si on partait du principe que les autorités régionales avaient voulu définir des exigences concernant la transmission d'un formulaire DUME par l'unité censée apporter du capital ou mettre un prêt subordonné à la disposition d'un candidat, le dossier d'appels n'était alors, dans le meilleur des cas, pas très clair et les risques liés à un tel manque de clarté relevaient des régions.

En outre, la commission des recours a estimé que la « lettre de soutien » transmise par la société mère était d'une clarté telle qu'elle contraignait juridiquement la société mère à apporter à Babcock le capital nécessaire ou à mettre à sa disposition un prêt subordonné pour peu qu'elle se voie attribuer le marché.

La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie. S'agissant de la condition d'urgence, la commission des recours a insisté sur le fait que Babcock n'avait pas été présélectionnée et n'avait donc pas pu soumettre d'offre. En vertu des règles d'indemnisation ordinaires, Babcock n'avait donc pas la possibilité d'obtenir une compensation financière si la commission des recours donnait gain de cause à l'entreprise dans sa décision finale. La condition était donc remplie. Enfin, la commission des recours a estimé que l'intérêt de Babcock à obtenir l'effet suspensif était supérieur à l'intérêt des autorités régionales à ce que la procédure d'appel d'offres se poursuive. Les conditions d'octroi de l'effet suspensif étaient donc remplies.

Les autorités régionales ont alors annulé la décision de présélection contestée et Babcock a révoqué son recours.

La décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

*Décision du 8 avril 2021, C. Møllmann & Co. A/S contre la municipalité de Rudersdal*

*Aucun intérêt légitime à contester des erreurs que l'entité adjudicatrice avait déjà corrigées.*

Dans le cadre d'une procédure restreinte visant la conclusion d'accords-cadres concernant des services artisanaux, l'entreprise C. Møllmann & Co. (ci-après « C. Møllmann ») a été présélectionnée. Les autorités

municipales ont décidé de conclure un contrat avec trois des entreprises présélectionnées, classées n° 1, 2 et 3. Après que C. Møllmann, qui ne s'était pas vu attribuer le marché, ait contesté l'attribution et saisi la commission de recours en lui demandant d'octroyer l'effet suspensif à son recours, les autorités municipales ont révoqué la décision d'attribution. Une nouvelle décision d'attribution a alors été prise, dans le cadre de laquelle C. Møllmann s'est vu attribuer le contrat classé n° 2. C. Møllmann a par la suite été exclue de la procédure d'appel d'offres en ce sens qu'elle n'a pas transmis, avant l'expiration d'un délai spécifique, la documentation requise pour prouver les informations fournies dans son formulaire DUME, cf. article 136, point 3, de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous e, f et h, de la directive 2014/24/UE).

La commission n'a pas octroyé d'effet suspensif au recours. Durant le recours, C. Møllmann contestait toujours la légalité de la première attribution, bien que celle-ci ait été révoquée à la suite d'erreurs que le candidat avait dénoncées et que les autorités régionales avaient reconnues. En outre, C. Møllmann a indiqué que les autorités régionales avaient violé les règles liées au délai suspensif en revoyant la décision d'attribution alors que le recours avait été introduit durant le délai suspensif.

La commission des recours a estimé que les autorités municipales, en annulant la première attribution et en procédant à une nouvelle évaluation et à une nouvelle attribution, avaient corrigé les erreurs reconnues de manière légale et pertinente. Dès lors, C. Møllmann n'avait aucun intérêt légitime à ce que la commission des recours se prononce sur les conclusions déposées concernant ces erreurs. Ces conclusions ont donc été rejetées (cf. article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la commission des recours).

Par ailleurs, la commission des recours a indiqué que la révocation de la décision d'attribution et la nouvelle évaluation n'étaient pas contraires aux règles liées au délai suspensif (cf. article 3, al. 1<sup>er</sup>, et article 12, al. 2, de la loi sur la commission des recours et article 173 de la loi sur la passation des marchés publics). La commission des recours a indiqué que les autorités municipales avaient attendu, avant de conclure le contrat, que la commission se prononce sur l'octroi de l'effet suspensif.

Le requérant a également été débouté de sa demande concernant les erreurs d'évaluation dans le cadre de l'attribution n° 2.

*Décisions des 15 avril et 4 octobre 2021, Dansk Uniform/Chriswear c/o Iver Sørensen contre les Régions Capitale et Jutland-Central.*

*Annulation subjective d'une procédure d'appel d'offres, car le vrai motif était de vouloir conclure un contrat avec un soumissionnaire dont l'offre n'était pas conforme au cahier des charges (et éviter ainsi de conclure un contrat avec le requérant dont l'offre était conforme). Annulation de la décision d'annulation. Contrat provisoire déclaré dépourvu d'effets et entité adjudicatrice condamnée à une sanction économique. Le requérant s'est vu octroyer une indemnisation de 2,5 millions DKK en réparation de son intérêt positif matériel.*

Durant une procédure d'appel d'offres lancée au titre du chapitre II de la loi sur la passation des marchés publics et concernant des vêtements de travail pour les services d'urgence, les deux régions ont reçu des offres conformes au cahier des charges de Dansk Uniform et Hoffmann Firmatøj A/S. Le marché a été attribué à Hoffmann. Dansk Uniform a ensuite souligné que l'offre soumise par Hoffmann n'était pas conforme au cahier des charges puisque deux exigences minimales n'étaient pas remplies. Les autorités

régionales ont annulé l'appel d'offres et indiqué différents motifs sans substance. Les autorités régionales du Jutland-Central ont conclu avec Hoffmann un contrat de gré à gré d'une valeur supérieure à la valeur seuil. Dans sa décision du 15 avril 2021, la commission des recours a établi que l'annulation n'était pas objective, car la vraie raison était que l'offre de Hoffmann n'était pas conforme au cahier des charges. La commission des recours a donc annulé la décision des autorités régionales d'annuler l'appel d'offres et a déclaré le contrat provisoire comme étant dépourvu d'effets, en ce sens que le contrat, comme revendiqué par les autorités régionales du Jutland-Central, ne saurait se fonder sur l'article 80, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 32, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE) (« dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour l'entité adjudicatrice ne permet pas de respecter les délais »). En référence aux travaux législatifs préparatoires, qui mentionnent les catastrophes naturelles comme un exemple de tels événements, la commission des recours a établi que les autorités régionales du Jutland-Central n'avaient pas prouvé qu'il était légal en l'espèce de procéder à une attribution de gré à gré. Vu que le contrat avait expiré, les autorités régionales du Jutland-Central ont été condamnées à une sanction économique de 100 000 DKK. Les conclusions du requérant, demandant à ce que la commission des recours établisse que l'appel d'offres ne pouvait pas être annulé pour des raisons d'absence de concurrence, ont été rejetées, car les autorités régionales n'avaient pas pris une telle décision.

Dans sa décision du 4 octobre 2021, la commission des recours a établi que les violations étaient motivées par une intention ferme de conclure un contrat avec une entreprise spécifique et donc par le manque de volonté de conclure un contrat avec Dansk Uniform, qui était le fournisseur initial et avait soumis une offre conforme au cahier des charges. La violation portait donc essentiellement sur le manque de volonté des autorités régionales à conclure un contrat avec le requérant bien que l'offre de ce dernier fût proche de celle du soumissionnaire retenu et sans que les autorités régionales n'aient à aucun moment présenté des raisons objectives pour leur refus. Les autorités régionales avaient donc commis une faute à l'égard de Dansk Uniform. Il incombait aux autorités régionales d'établir qu'elles auraient également annulé l'appel d'offres au motif légal qu'elles avaient reçu trop peu d'offres conformes au cahier des charges et elles n'ont pas fourni les preuves requises. Les conditions de lien de causalité étaient donc remplies. Dansk Uniform avait ainsi droit à une indemnisation en réparation de son intérêt positif matériel. Le montant a été fixé à 2,5 millions DKK.

*Décision du 13 juillet 2021, Vikarlæger.dk A/S contre la Région Sjælland*

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 30 juillet 2021, EL-TECH TEAM ApS contre AAB Vejle*

*Offre indument rejetée comme étant anormalement basse. Erreurs commises dans l'évaluation. Entité adjudicatrice contrainte de prouver que le demandeur en réparation n'aurait pas obtenu un score plus élevé (et donc vainqueur) si l'évaluation avait été correcte. Charge de la preuve non satisfaite. Indemnisation octroyée conformément aux règles en matière d'intérêt positif matériel.*

Le 26 novembre 2020, la commission des recours a rendu une décision au fond (rapport annuel 2020, page 36). Dans sa décision, la commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu, comme cela s'était pourtant passé, de rejeter l'offre d'EL-TECH TEAM pour des travaux électriques (mis en concurrence par adjudication)

au motif qu'elle était anormalement basse (cf. article 8, al. 3, de la loi sur la passation des marchés publics de travaux). La décision du 30 juillet 2021 porte sur la demande d'indemnisation introduite par EL-TECH TEAM, en ce sens que le requérant exigeait que le montant de l'indemnisation soit calculé en vertu des règles en matière d'intérêt positif matériel.

Tout d'abord, la commission des recours a estimé qu'AAB Vejle avait commis une faute vis-à-vis d'EL-TECH TEAM, en ce sens qu'il n'y avait pas lieu, comme établi dans la décision antérieure, de rejeter l'offre comme étant anormalement basse.

Toutefois, la coopérative de logement AAB Vejle avait fait valoir qu'elle aurait annulé l'appel d'offres si elle avait su que l'offre soumise par EL-TECH TEAM ne pouvait pas être rejetée comme étant anormalement basse. Par ailleurs, AAB Vejle a invoqué, comme nouveau moyen de recours, que le modèle d'évaluation ne convenait pas.

La commission des recours a estimé qu'il incombait à AAB Vejle de prouver que l'appel d'offres aurait été annulé.

La commission a fait remarquer qu'elle n'avait pas indiqué dans sa décision du 26 novembre 2020 que le modèle d'évaluation ou le dossier d'appel d'offres ne convenaient pas pour servir de base à une décision d'attribution légale. Il a été établi que la coopérative de logement n'avait pas prouvé qu'elle aurait annulé l'appel d'offres. S'agissant de la question concernant l'applicabilité et la possibilité d'une fixation stratégique des prix, la commission des recours a insisté sur le fait que les listes d'offres comprenaient une information sur les quantités attendues (consommation), de telle sorte que les soumissionnaires avaient la possibilité d'optimiser leur offre et le modèle d'évaluation se basait sur ce fait.

La question était alors de savoir s'il pouvait être établi que EL-TECH TEAM se serait vu attribuer au moins 2 points par rapport au sous-critère « Coopération ». Cela était nécessaire pour que l'entreprise puisse être considérée comme ayant soumis l'offre économiquement la plus avantageuse et donc qu'une indemnisation puisse être octroyée et calculée sur la base des règles en matière d'intérêt positif matériel. La charge de la preuve à cet égard incombait a priori à EL-TECH TEAM.

La commission des recours a ensuite examiné le déroulement des faits. La coopérative de logement avait tout d'abord attribué le marché à Lindpro, en ce sens qu'elle avait donc également évalué l'offre de EL-TECH TEAM sans la trouver anormalement basse. Lors de l'évaluation des offres par rapport au sous-critère « Coopération », la coopérative de logement avait attribué 0 point sur 10 à EL-TECH TEAM, qui était le fournisseur initial, bien que l'offre, au vu de son contenu, aurait sans aucun doute dû se voir attribuer un score plus élevé. AAB Vejle avait donc violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en n'attribuant, comme elle l'a fait, que 0 point à l'entreprise. Après que EL-TECH TEAM a demandé une justification de l'attribution, AAB Vejle a toutefois rejeté l'offre de l'entreprise comme étant anormalement basse.

Les scores « 1 point » et « 2 points » n'ayant pas été définis plus avant lors de l'appel d'offres et l'offre d'EL-TECH TEAM comprenant une série d'informations concernant le respect du sous-critère, il appartenait donc à AAB Vejle de prouver que EL-TECH TEAM, lors d'une évaluation, ne se serait pas vu attribuer au moins 2 points. La charge de la preuve n'a pas été satisfaite.

L'exigence d'un lien de causalité par rapport à l'indemnisation réclamée en réparation de l'intérêt positif matériel était donc remplie.

EL-TECH TEAM avait calculé le montant de ses pertes à 1 095 085,80 DKK sur la base d'une marge perdue de 365 028,60 DKK et d'une période contractuelle de trois ans.

Le calcul du montant réclamé comprenait des éléments d'incertitude, notamment en ce qui concerne le montant de la marge bénéficiaire. La documentation présentée, en ce compris les calculs de l'expert-comptable et un rapport annuel, n'appuyait pas suffisamment le montant réclamé.

Le montant de l'indemnisation a alors été estimé à 450 000 DKK, un montant jugé adéquat en réparation de l'intérêt positif matériel de l'entreprise pour une période contractuelle de trois ans.

*Décision intermédiaire du 9 septembre 2021, ABB Power Grids Denmark A/S contre Femern Bælt A/S*

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 ».

*Décision intermédiaire du 15 octobre 2021, Verdo Teknik A/S contre la municipalité de Copenhague*

*Le recours portait sur une procédure restreinte lancée au titre du chapitre II de la loi sur la passation des marchés publics et visant l'exploitation et l'entretien notamment d'environ 400 feux de circulation dans la municipalité de Copenhague. La spécification des exigences comprenait, sous l'intitulé « Entretien des poteaux », différentes informations détaillées sur la mise en peinture des poteaux, y compris des informations indiquant que les poteaux devaient au minimum être mis en peinture une fois tous les dix ans. Lors d'un échange de questions/réponses, l'entité adjudicatrice a toutefois annoncé que les soumissionnaires devaient faire abstraction de l'exigence de mise en peinture des poteaux et que la seule exigence était donc la « réparation de la peinture des poteaux endommagés, de telle sorte qu'ils paraissent identiques et intacts ».*

Les autorités municipales de Copenhague ont décidé de conclure un contrat avec un soumissionnaire, mais environ quatorze jours plus tard, elles ont annulé l'appel d'offres en référence à des irrégularités constatées dans le dossier d'appel d'offres. Les autorités municipales de Copenhague ont ensuite lancé une nouvelle procédure d'appel d'offres pour le même marché, mais sous la forme d'une procédure ouverte cette fois. Dans le cadre du nouvel appel d'offres, la spécification des exigences comprenait encore une fois, sous l'intitulé « Entretien des poteaux », des informations détaillées sur la mise en peinture des poteaux, mais sans information cette fois indiquant que les poteaux devaient au minimum être mis en peinture une fois tous les dix ans. Lors d'un échange de questions/réponses, les autorités municipales ont de nouveau annoncé que les soumissionnaires devaient faire abstraction de l'exigence de mise en peinture des poteaux et que la seule exigence était la « réparation de la peinture des poteaux endommagés, de telle sorte qu'ils paraissent identiques et intacts ». Sur la base du nouvel appel d'offres, les autorités municipales de Copenhague ont décidé de conclure un contrat avec un nouveau soumissionnaire. Le soumissionnaire retenu lors du premier appel d'offres a ensuite saisi la commission de recours et dénoncé certains aspects de l'évaluation des offres. De plus, l'un des éléments du recours portait sur la question de savoir si les autorités municipales avaient violé le principe de transparence en laissant tomber une exigence minimale relative à la mise en peinture des poteaux.



La commission des recours a provisoirement estimé que les autorités municipales, en indiquant durant la procédure d'appel d'offres que les soumissionnaires devaient « faire abstraction de l'exigence relative à la mise en peinture des poteaux », avaient modifié une exigence minimale du dossier d'appel d'offres, en ce sens que, dans son introduction, la spécification des exigences indiquait expressément que les exigences décrites constituaient des exigences minimales.

La commission des recours a donc estimé que les autorités municipales n'avaient pas prouvé que la modification de l'exigence minimale concernant la mise en peinture ne constituait pas un changement d'un élément fondamental, ce qui, en vertu des travaux préparatoires de l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE), exigeait a priori l'organisation d'un nouvel appel d'offres.

Dès lors, il était envisageable que le requérant obtiendrait gain de cause et la condition « *fumus boni juris* » était donc remplie.

Vu que le changement ne pouvait pas avoir lieu sans l'organisation d'un nouvel appel d'offres, la condition d'urgence était également remplie. Finalement, la commission a estimé qu'à la lumière d'une mise en balance des intérêts des parties, il convenait d'octroyer l'effet suspensif au recours. L'évaluation a notamment tenu compte de la nature de l'erreur que les autorités municipales étaient provisoirement jugées avoir commise et des intérêts auxquels les autorités avaient fait référence.

Dès lors, la commission a octroyé l'effet suspensif au recours. Les autorités municipales ont ensuite annulé l'appel d'offres. La décision d'octroi de l'effet suspensif est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

*Décision du 9 novembre 2021, Simonsen & Weel A/S contre la Région Jutland du Nord et la Région Danemark Sud*

La décision est décrite en détail au point 2.2.6 « Accords-cadres ».

*Décision du 10 novembre 2021, A/S Bladkompagniet contre HOFOR A/S*

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 relative aux dépens du 22 novembre 2021, Rally Point Tactical Scandinavia ApS contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI)*

*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 d'une décision sur les dépens.*

Le recours portait sur la mise en concurrence d'un accord-cadre visant l'acquisition de matériel pour le nettoyage d'armes légères et d'autres armes de petit calibre. Quelques jours après la réception du recours, FMI a annulé l'appel d'offres. La commission des recours a donc demandé au requérant de lui indiquer dans quelle mesure il entendait maintenir ou révoquer son recours. Parallèlement, la commission a fixé un délai pour les remarques des parties concernant les dépens. Peu de temps après, le requérant s'est désisté. La

commission n'allait donc pas devoir se prononcer sur les questions de fond. Durant l'échange d'écritures concernant les dépens, FMI a indiqué qu'il n'avait pas de remarques concernant les frais, après quoi le requérant a conclu à une indemnisation. Avant la révocation du recours, aucune demande d'indemnisation n'avait été formée et aucune réserve n'avait été émise concernant une telle demande. La commission des recours a estimé que le requérant, dans ces circonstances, n'avait pas la possibilité de conclure à une indemnisation durant l'échange d'écritures concernant les dépens. Le requérant s'est ainsi vu attribuer la somme 5 000 DKK en couverture des dépens.

Pour des questions semblables, on se reportera notamment à la décision du 5 octobre 2018 de la commission des recours dans l'affaire Næstved Sprog- og Integrationscenter contre la municipalité de Næstved ainsi qu'à sa décision du 8 mai 2012 dans l'affaire PH-Byg Faaborg A/S contre le Conseil paroissial de Faaborg et à celle du 31 janvier 2012 dans l'affaire Noe Net A/S contre la Direction générale danoise de la Sécurité.

*Décision intermédiaire du 30 novembre 2021, Holbøll A/S contre Næstved Fjernvarme a.m.b.a.*

*Procédure restreinte lancée au titre de la directive sur les services spéciaux et visant l'établissement de conduites de chauffage urbain. L'effet suspensif a été octroyé au recours introduit par un candidat à la présélection évincé en application de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours.*

Une compagnie de chauffage urbain a lancé une procédure restreinte au titre de la directive sur les services spéciaux visant l'établissement de quelque 4,2 km de conduites de chauffage urbain, principalement dans des quartiers résidentiels. Comme exigence minimale concernant les capacités techniques et professionnelles, les candidats à la présélection devaient, au cours des cinq dernières années, avoir réalisé et clôturé deux projets comparables, c.-à-d. des projets réalisés à titre de travaux principaux visant l'établissement d'installations de chauffage urbain en zone urbaine et comprenant des conduites principales et de branchement. De plus, le montant total des travaux de chaque projet devait au minimum s'élever à 4 millions DKK hors T.V.A. En outre, les candidats devaient indiquer jusqu'à cinq références concernant des projets semblables réalisés et clôturés au cours des cinq dernières années.

La compagnie de chauffage urbain a présélectionné cinq des six candidats. Le candidat non présélectionné a introduit un recours en demandant à la commission d'octroyer l'effet suspensif au recours (cf. article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours).

Le recours comprenait différents points. La commission des recours a estimé qu'il était envisageable que le requérant obtienne gain de cause en ce qui concerne le point 3 de ses conclusions, selon lequel la compagnie de chauffage urbain avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en présélectionnant le candidat W, alors que W ne répondait pas à l'exigence minimale relative aux capacités techniques et professionnelles. Aucune des cinq références communiquées par W ne comprenait des informations indiquant que les projets avaient été réalisés à titre de travaux principaux. En revanche, deux des références étaient renseignées comme étant des entreprises générales et les trois autres comme étant des accords-cadres. Pour des raisons décrites plus avant, la commission des recours a établi que la candidature de W n'indiquait pas assez clairement qu'il s'agissait de travaux principaux. La commission a fait référence au motif 40 de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 octobre 2013 dans l'affaire C- 336/12, Manova.

La commission des recours a également estimé qu'il était envisageable que le requérant obtienne gain de cause en ce qui concerne le point 4 de ses conclusions qui portait sur une violation de l'article 11 du décret danois sur les procédures de passation des marchés publics par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, cf. article 148 de la loi sur la passation des marchés publics (article 59, paragraphe 1, section 1, de la directive 2014/24/UE) en ne permettant pas aux candidats à la présélection d'utiliser le formulaire DUME comme preuve provisoire pour démontrer qu'ils répondaient à l'exigence d'aptitude dans le cadre de la sélection.

Il était donc envisageable que le point 6 des conclusions, visant l'annulation de la décision de présélection de cinq candidats, soit admise. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie.

Vu qu'il s'agissait d'un recours concernant une non-présélection, la condition d'urgence était elle aussi remplie et la mise en balance des intérêts était en faveur du requérant.

Dès lors, la commission a octroyé l'effet suspensif au recours.

Næstved Fjernvarme a.m.b.a. a annulé l'appel d'offres et le requérant s'est désisté.

La décision intermédiaire est donc devenue la décision définitive de la commission.

### 2.2.8 Motifs d'exclusion

*Décision du 11 janvier 2021, Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification*

*Il découle du principe d'égalité de traitement qu'une entité adjudicatrice, en cas de doute, est tenue de déterminer si la mise en place d'un consortium, qui est un opérateur économique (demande ou soumissionnaire), constitue un accord restrictif contraire au droit de la concurrence, en ce sens qu'un tel accord ne serait pas valable. Cela s'applique également aux cas où un opérateur économique s'appuie sur d'autres unités. Si elle choisit le motif d'exclusion non obligatoire défini à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE), l'entité adjudicatrice bénéficie d'une part de subjectivité lorsqu'elle doit déterminer si les conditions à la base du motif d'exclusion sont remplies. Si ce motif d'exclusion n'est pas choisi, et que la vérification doit donc uniquement avoir lieu selon le principe d'égalité de traitement, une base plus solide est requise pour pouvoir établir qu'il existe une violation des règles du droit de la concurrence. Le cas échéant, l'entité adjudicatrice bénéficie néanmoins toujours d'une part de subjectivité.*

Vu l'importance fondamentale du recours et 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).

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres restreinte lancée au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics et visant la conclusion d'un accord-cadre avec quatre fournisseurs concernant des prestations commerciales et des services d'analyse destinés à des projets informatiques, technologiques et de données pour une valeur de 1,6 milliard DKK. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » (30 %) et « Qualité » (70 %). La passation d'un

marché dans le cadre de l'accord-cadre devait avoir lieu via une procédure réduite (remise en concurrence). Neuf candidats ont été présélectionnés et ont soumis des offres. Le ministère danois des Impôts a décidé de conclure un accord-cadre avec quatre des soumissionnaires, dont l'un fondait sa capacité économique/financière et ses capacités techniques/professionnelles sur cinq autres entreprises – certaines d'entre elles le soutenait pour les deux types de capacité, d'autres pour un seul type.

Le recours a été introduit par Peak Consulting, qui n'avait pas conclu d'accord-cadre, et portait sur le fait que le recours par l'un des soumissionnaires sélectionnés à d'autres unités pour soutenir ses capacités constituait un accord restrictif illégal, que le ministère des Impôts aurait dû procéder à un contrôle de certaines informations figurant dans l'offre de ce soumissionnaire, que le ministère des Impôts avait commis diverses erreurs dans l'évaluation qualitative des offres et que le modèle d'évaluation du ministère des Impôts ne convenait pas.

La commission des recours a estimé que le ministère des Impôts n'avait pas violé les principes d'égalité de traitement et de transparence ni enfreint l'article 159, al. 3, de la loi sur la passation des marchés publics (article 56, al. 1<sup>er</sup> et 3 de la directive 2014/24/UE) en n'ayant pas exclu le soumissionnaire en question au titre de l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de ladite loi (article 57, paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de ladite directive). À cet égard, la commission des recours a indiqué qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur une violation éventuelle du droit de la concurrence. Pour peu que le motif d'exclusion non obligatoire au titre de l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de ladite loi (article 57, point 4, sous a, b, c, d, g et i, de ladite directive) soit d'application, la commission des recours peut toutefois traiter la question dans le cadre de son évaluation visant à déterminer si un soumissionnaire est visé par le motif d'exclusion. La commission des recours peut alors évaluer si l'entité adjudicatrice aurait dû contrôler plus avant la légalité d'un accord de consortium ou d'un accord de soutien. Si un consortium soumet une offre et que l'accord de consortium est contraire au droit de la concurrence, voire à l'article 101 du TFUE (relatif à l'interdiction de conclure des accords anticoncurrentiels), cela impliquerait que l'accord n'est pas valable. Le consortium ne pourrait alors pas fournir la prestation offerte. De même, un accord selon lequel une ou plusieurs sociétés concurrentes servent d'unités de soutien pourrait lui aussi s'avérer non valable et le soumissionnaire ne répondrait alors pas aux exigences d'aptitude. Bien que le motif d'exclusion défini à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE) n'ait pas été choisi, il incombe à l'entité adjudicatrice, en application de l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive), de contrôler si une offre se base sur un accord restrictif illégal en cas de doute. S'agissant des exigences d'aptitude, cette obligation découle également des articles 140-143 de la loi sur la passation des marchés publics (article 58, paragraphes 1-5, de la directive 2014/24/UE) (exigences d'aptitude) et de l'article 159, al. 2, point 2, de ladite loi (article 56, paragraphes 1 et 3, de ladite directive) (obligation de vérifier le respect des exigences d'aptitude), cf. article 2. Lorsqu'elle choisit le motif d'exclusion défini à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE), l'entité adjudicatrice bénéficie d'une part de subjectivité lorsqu'elle doit déterminer si les conditions à la base du motif d'exclusion sont remplies. Si ce motif d'exclusion n'est pas choisi et que la vérification doit donc uniquement avoir lieu au titre de l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive), une base plus solide est requise pour pouvoir établir qu'il existe une violation des règles du droit de la concurrence. Le cas échéant, l'entité adjudicatrice bénéficie néanmoins toujours d'une part de subjectivité lorsqu'elle évalue si elle dispose de la base solide requise pour établir qu'un accord de consortium ou un accord de soutien est illégal au sens

des règles du droit de la concurrence. Le fait que plusieurs entreprises se trouvent derrière une même offre ne saurait en soi constituer une telle base solide. Selon les informations disponibles, Peak Consulting n'avait pas demandé à la Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation de contrôler si un accord restrictif illégal avait été conclu, et aucune information n'indiquait au demeurant qu'un tel contrôle était en cours. Dès lors, la commission des recours a estimé que le doute quant à savoir si la coopération entre le soumissionnaire concerné et les entreprises de soutien sur laquelle reposait l'offre représentait un accord restrictif illégal n'était pas tel que le ministère des Impôts aurait dû procéder à un contrôle.

En outre, la commission des recours a estimé que le ministère des Impôts n'avait pas violé l'article 164, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 67, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE) (contrôle effectif, en cas de doute, des informations et des justificatifs joints à l'offre) ni enfreint les principes d'égalité de traitement et de transparence en n'ayant pas procédé à un contrôle effectif des informations figurant dans l'offre du soumissionnaire en question, qui proposait de mettre différents collaborateurs et collaboratrices à la disposition de l'entité adjudicatrice. À cet égard, la commission des recours a rappelé qu'une entité adjudicatrice a priori n'est pas tenue de contrôler les informations d'une offre, mais qu'elle peut être tenue de le faire si elle reçoit par la suite des informations ou des justificatifs d'une partie tierce qui font douter de l'exactitude des informations du candidat ou du soumissionnaire. Le fait que Peak Consulting, durant le délai suspensif, ait fait remarquer au ministère des Impôts que le soumissionnaire en question n'était qu'une agence de consultance ne contraignait toutefois pas le ministère à contrôler l'offre. De plus, le cahier des charges n'exigeait pas que certaines tâches centrales soient exécutées en personne par le soumissionnaire, cf. article 144, al. 8, de la loi sur la passation des marchés publics (article 63 de la directive 2014/24/UE).

Le ministère des Impôts n'avait pas évalué ni privilégié des éléments qui n'étaient pas indiqués dans le dossier d'appel d'offres ou ne pouvaient en être déduits par tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent. Le ministère n'avait donc pas inclus dans l'évaluation des offres des éléments ne relevant pas de son pouvoir d'appréciation. Il n'y avait donc pas lieu d'établir que le ministère des Impôts avait dépassé le cadre applicable à l'évaluation qualitative de l'entité adjudicatrice ni que le ministère avait agi de manière subjective.

Il n'y avait pas lieu d'établir que le modèle d'évaluation du ministère des Impôts, qui était un modèle différentiel, ne permettait pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. À cet égard, la commission des recours s'est basée sur le fait que l'évaluation avait été réalisée selon une méthode mathématique renseignée d'avance, qui permettait clairement de déterminer la méthode qui serait appliquée pour identifier les quatre offres présentant le meilleur rapport qualité-prix. Le fait que les offres devaient être combinées deux à deux ne conduisait pas à conclure que la méthode d'évaluation ne convenait pas, et sur la base des informations du cahier des charges concernant la méthode d'évaluation, les soumissionnaires avaient suffisamment eu la possibilité d'évaluer comment ils pouvaient optimiser leurs offres.

*Décision du 18 juin 2021, Vamed Standortentwicklung und Engineering GmbH contre la Région Danemark Sud*

*La procédure d'appel d'offres visant l'équipement de locaux semi-finis du nouvel hôpital universitaire d'Odense avait été organisée de manière telle que les avantages de facto inhérents du soumissionnaire retenu avaient été minimisés et que le soumissionnaire retenu n'avait donc pas bénéficié d'un avantage concurrentiel indu. Il n'y avait pas lieu d'établir que l'appel d'offres avait été adapté au soumissionnaire retenu.*

Le recours portait sur une procédure négociée concernant un contrat d'ouvrage visant l'équipement de locaux semi-finis et le déménagement de matériel vers le nouvel hôpital universitaire d'Odense. Le soumissionnaire retenu avait déjà remporté le marché d'entreprise générale portant sur la construction des bâtiments. Ce marché ne portait toutefois que sur la construction de locaux semi-finis dans certaines sections dont le matériel et les équipements étaient d'une très grande complexité, et c'étaient ces locaux semi-finis qui devaient désormais être équipés.

Entre autres, le requérant a fait valoir que le soumissionnaire retenu bénéficiait, en tant que constructeur des locaux semi-finis, de plusieurs avantages concurrentiels, tels que le fait qu'il n'était pas concerné par les risques et coûts importants liés aux problèmes d'interface entre les travaux de construction et les travaux d'équipement ni le fait qu'il pourrait économiser les coûts liés à la main d'œuvre et à l'établissement et à la préparation du chantier puisqu'il lui suffirait de continuer les travaux après avoir terminé la construction des locaux semi-finis. De plus, le requérant a invoqué que l'entité adjudicatrice n'avait pas fait son possible pour compenser ces avantages concurrentiels.

La commission des recours a indiqué que le soumissionnaire retenu n'avait pas bénéficié d'un avantage concurrentiel indu du fait de ses connaissances sur les travaux de construction des locaux semi-finis et de l'échéancier y afférent. Le fait que le soumissionnaire retenu puisse économiser les coûts liés à la main d'œuvre et à l'établissement et la préparation du chantier en continuant les travaux au nouvel hôpital universitaire d'Odense après avoir terminé de construire les locaux semi-finis était une conséquence inévitable de son rôle d'entrepreneur dans le cadre des travaux de construction. Il s'agissait donc d'un avantage de facto inhérent. Vu que les coûts liés au chantier ne représentaient qu'une moindre partie du critère « Économie » qui, lui-même, n'était pondéré qu'à 30 %, la commission a indiqué que l'entité adjudicatrice avait, dans la manière dont elle avait organisé l'appel d'offres, raisonnablement minimisé cet avantage.

Par ailleurs, la commission des recours a indiqué que le fait que le dossier d'appel d'offres indique que le local semi-fini devait être remis directement par l'entrepreneur chargé des travaux de construction à l'entrepreneur chargé de l'équipement était une erreur et qu'il n'y avait pas lieu d'établir que l'appel d'offres avait été adapté au soumissionnaire retenu.

*Décision du 1<sup>er</sup> septembre 2021, Faaborg Værft A/S contre Center for Logistik og Samarbejde ApS*

*Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres négociée conformément à la directive sur les services spéciaux concernant un prototype de bateau qui devrait servir au développement d'un bateau à passagers sans conducteur entre Aalborg et Nørresundby.*

La société Center for Logistik og Samarbejde ApS (ci-après « CLS »), une initiative industrielle sans but lucratif qui se consacre au développement de compétences notamment dans le domaine des transports maritimes autonomes et des technologies respectueuses de l'environnement au Danemark, avait conclu un contrat avec Tuco Værft concernant un projet de développement d'un bateau. À un moment donné, CLS s'est toutefois rendu compte qu'il était nécessaire de mettre le marché en concurrence.

Trois chantiers navals ont été présélectionnés, mais seuls Mathis Værft et Tuco Værft ont soumis une offre. Le troisième chantier naval, Faaborg Værft, a introduit, avant l'expiration du délai de soumission, un recours concernant entre autres le fait que Tuco Værft n'avait pas été exclu de la présélection au motif de son impartialité.

CLS a transmis des explications et indiqué notamment que les parties avaient, en mai 2019, conclu un contrat initial concernant le projet. En septembre 2020, CLS a demandé à Tuco Værft un plan du bateau. Les parties ont continué à négocier et en novembre 2020, tout était prêt pour le financement du bateau. Plus tard dans le mois, CLS a toutefois réalisé que la construction du bateau devait être mise en concurrence.

CLS a alors conclu un contrat avec une entreprise tierce chargée de rédiger les spécifications des exigences, etc. Suite à une demande de Faaborg Værft, CLS a prolongé le délai prévu pour les questions et le délai de soumission. Un modèle que Tuco Værft avait partagé avec CLS a été transmis par téléchargement aux entreprises présélectionnées en vue d'en faire un document de travail.

Par la suite, Tuco Værft a remporté le marché.

La commission des recours a indiqué qu'il incombait à CLS de prouver que Tuco Værft n'avait pas bénéficié d'un avantage concurrentiel indu du fait de son implication dans le projet préalablement à l'organisation de l'appel d'offres. La commission des recours a rappelé que les entités adjudicatrices disposent, selon la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne et la pratique de la commission des recours, d'une large marge d'appréciation lorsqu'elles évaluent s'il convient de rejeter l'offre d'un soumissionnaire qui les a assistées dans les contrôles réalisés préalablement à l'organisation d'un appel d'offres au motif qu'il serait contraire au principe d'égalité de traitement de la prendre en compte. De plus, les entreprises ne peuvent généralement pas être exclues d'une procédure de passation de marché au motif qu'elles ont exécuté des travaux préparatoires liés au marché mis en concurrence. La simple possibilité d'un conflit d'intérêts n'est pas suffisante. Une exclusion ne peut avoir lieu qu'après une évaluation concrète de l'offre soumise par l'entreprise concernée.

Après avoir passé en revue le déroulement des faits, dont les évaluations réalisées tout au long de la procédure avec négociation, la commission des recours a établi que CLS avait prouvé que Tuco Værft n'avait pas bénéficié d'un avantage concurrentiel indu.

À cet égard, la commission s'est notamment basée sur les explications de CLS concernant la coopération entre les parties, sur les différences qu'il avait été possible de constater en comparant le modèle partagé et les exigences définies dans les spécifications et sur les changements opérés durant la soumission des offres. Les avantages dont Tuco Værft aurait bénéficié selon Faaborg Værft n'avaient pas influé sur l'évaluation. Enfin, la commission des recours a insisté sur le fait que Faaborg Værft n'avait aucune

remarque concernant l'échéancier ni le dossier d'appel d'offres et que Mathis Værft avait soumis son offre avant l'expiration du délai imparti.

Le requérant a donc été débouté de ses conclusions selon lesquelles l'offre de Tuco Værft aurait dû être rejetée.

### 2.2.9 Présélection

*Décision intermédiaire du 7 avril 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB contre les Régions Jutland-Central, Jutland du Nord, Danemark Sud, Sjælland et Capitale*

La décision est décrite en détail au point 2.2.7 « Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission ».

*Décision intermédiaire du 9 septembre 2021, ABB Power Grids Denmark A/S contre Femern Bælt A/S*

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 ».

### 2.2.10 Signes indiquant un comportement faussant la concurrence

*Décision du 11 janvier 2021, Peak Consulting Group A/S contre le ministère danois des Impôts représenté par la Direction générale du Développement et de la Simplification*

La décision est décrite en détail au point 2.2.8 « Motifs d'exclusion ».

*Décision du 7 avril 2021, Urbaser A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S*

La décision est décrite en détail au point 2.2.4. « Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation ».

*Décision intermédiaire du 29 septembre 2021, OneMed A/S contre la Région Capitale*

*Il existait à l'heure de l'évaluation et de l'attribution suffisamment d'éléments permettant de conclure que les deux soumissionnaires qui s'étaient vu attribuer chacun un lot avaient conclu un accord en vue de fausser la concurrence, raison pour laquelle les autorités de la Région Capitale auraient dû contrôler les faits plus avant, cf. article 159, al. 3, de la loi sur la passation des marchés publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE) et article 138 de ladite loi (article 57, paragraphes 6 et 7, de ladite directive). Les autorités régionales ont donc enfreint les principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive) en attribuant les marchés sans avoir procédé à ce contrôle.*

Le recours portait sur la mise en concurrence au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics de deux lots visant l'achat de gants d'examen en nitrile. La procédure a été organisée dans le cadre de l'établissement d'une réserve européenne de ressources (rescEU). Chaque lot avait une valeur d'environ 40 millions DKK et les lots devaient être attribués aux deux offres économiquement les plus avantageuses qu'il serait possible d'identifier sur la base du meilleur rapport quantité-qualité et de la livraison initiale possible pour la somme contractuelle fixée. Dans le cadre de l'appel d'offres, les autorités régionales avaient activé les motifs d'exclusion non obligatoires définis à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la passation des marchés publics, dont le motif n° 4 concernant une distorsion de la concurrence (article 57,



paragraphe 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE). Lorsque la commission des recours s'est penchée sur la question de l'effet suspensif, le requérant a fait valoir que les deux soumissionnaires retenus auraient dû être exclus de la procédure de passation de marché au motif qu'ils avaient soumis des offres coordonnées. La commission des recours a concrètement évalué les éléments susceptibles d'indiquer une coordination des deux offres, y compris le fait qu'il existait des erreurs de frappe identiques qui ne portaient pas seulement sur les spécifications techniques et le fait que le prix des gants ne reflétait pas l'assistance que l'un des soumissionnaires mettait à la disposition de l'autre. La commission des recours a ainsi constaté que les autorités régionales avaient été attentives aux faits puisque, dans une annexe au rapport d'évaluation, elles avaient indiqué qu'il apparaissait « de manière directe et précise que l'un de ces soumissionnaires avait copié les spécifications des exigences sur l'autre » et que cette copie « témoignait d'un certain degré de coordination des offres ». Afin de pouvoir exclure les soumissionnaires de la procédure de passation de marché suite à l'existence « d'éléments suffisamment plausibles », comme l'invoquait le requérant, les autorités seraient tout d'abord obligées, en application de l'article 138 de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 6 et 7, de la directive 2014/24/UE), d'octroyer aux soumissionnaires concernés un délai adéquat après l'expiration du délai de soumission pour présenter des preuves suffisantes pour démontrer leur fiabilité et il faudrait ensuite que ces preuves ne soient pas fournies ou soient jugées insuffisantes. Vu que la procédure décrite à l'article 138 de ladite loi (article 57, paragraphes 6 et 7, de ladite directive) n'a pas été suivie, la commission des recours a indiqué dans sa décision qu'il était envisageable que le requérant obtienne « dans cette mesure » gain de cause pour les conclusions n° 1 et qu'il était donc envisageable aussi qu'il obtienne gain de cause pour les conclusions n° 4 visant l'annulation de la décision d'attribution. La condition d'urgence n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif. Les autorités régionales ont alors révoqué la décision d'attribution et le requérant s'est désisté.

La décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

*Décision intermédiaire du 9 décembre 2021, Eastwest Instore ApS contre la Région Capitale*

*Le recours portait sur une nouvelle décision d'attribution dans le cadre de la même procédure d'appel d'offres que celle visée par la décision intermédiaire susmentionnée du 29 septembre 2021 dans l'affaire OneMed A/S contre la Région Capitale. Après avoir obtenu des explications conformément à l'article 138 de la loi sur la passation des marchés publics, les autorités régionales avaient pris une nouvelle décision d'attribution, notamment en faveur de l'un des deux soumissionnaires qui s'était déjà vu attribuer l'un des deux lots. Vu que le rapport d'évaluation des autorités régionales n'indiquait pas si elles avaient procédé à une évaluation conformément à l'article 138 de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphes 6 et 7, de la directive 2014/24/UE), et notamment si elles estimaient que les explications du soumissionnaire étaient une preuve suffisante de sa fiabilité, les autorités régionales ont enfreint les principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics en attribuant un lot à ce soumissionnaire.*

Le recours portait sur la même procédure d'appel d'offres que celle visée par la décision intermédiaire du 29 septembre 2021 de la commission des recours dans l'affaire OneMed A/S contre la Région Capitale. À la suite de cette décision, les autorités régionales ont annulé leur première décision d'attribution et ont ensuite demandé des explications conformément à l'article 138 de la loi sur la passation des marchés publics à l'un des deux soumissionnaires (A) qui avait été retenu via la décision d'attribution annulée.

L'autre soumissionnaire (B) qui avait été retenu via la décision d'attribution annulée n'a pas souhaité maintenir son offre antérieure et n'a donc pas été inclus dans l'évaluation réalisée en vue de la prise d'une nouvelle décision d'attribution. Le requérant a fait valoir que A ne pouvait pas se voir attribuer un lot du fait de la décision rendue par la commission des recours. Durant la période séparant la première décision d'attribution et la seconde, aucune nouvelles informations essentielles n'avaient été fournies concernant la relation entre A et B. Le nouveau rapport d'évaluation indiquait que les autorités régionales s'étaient basées sur le fait que A n'avait jamais été visé par l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, point 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE). Il était indiqué entre autres que les autorités régionales n'avaient pas, dans le cadre de la nouvelle évaluation, accordé d'importance aux mesures prises par A pour documenter sa fiabilité. Les autorités régionales ont fait valoir qu'il était possible de se prévaloir de ces mesures durant le recours, même si elles ne les avaient pas contrôlées. En l'absence de nouvelles informations essentielles et du fait que les autorités régionales n'avaient pas évalué si les mesures mises en œuvre constituaient une preuve suffisante de la fiabilité de A (une évaluation qui, dans un premier temps, doit être réalisée par l'entité adjudicatrice et pas la commission des recours), la commission des recours a estimé qu'il était envisageable que le requérant obtienne gain de cause concernant les conclusions d'annulation de la décision d'annulation. La condition d'urgence n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif. Les autorités régionales ont ensuite annulé la décision d'attribution et le requérant s'est désisté.

La décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

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

Le présent chapitre présente plusieurs jugements définitifs prononcés en 2021 dans des affaires dont la commission des recours avait connu. Lorsqu'elle rend une décision, la commission demande aux parties de l'informer en cas de saisine de la justice et de lui indiquer les motifs du jugement. Toutefois, il n'est pas certain que la commission reçoive des informations sur toutes les poursuites entamées en justice. Les jugements qui ne sont pas définitifs en 2021 du fait qu'ils font l'objet d'un recours devant une instance supérieure ne sont pas inclus dans la liste.

*Arrêt rendu en appel par la Cour de la région est (Østre Landsret) le 22 décembre 2021 dans l'affaire Joca Trading A/S contre les municipalités d'Allerød, Rudersdal et Hørsholm (cf. décision du 13 juin 2019 de la commission des recours)*

Le recours portait sur la mise en concurrence d'un accord-cadre visant la fourniture de conteneurs à déchets. Le recours a été introduit par un soumissionnaire évincé qui affirmait que les offres des autres soumissionnaires n'étaient pas conformes au cahier des charges du fait notamment qu'elles ne répondaient pas à une exigence minimale concernant le couvercle des conteneurs, que les entités adjudicatrices avaient commis une erreur dans de l'évaluation qualitative des offres et que la décision d'attribution n'était pas suffisamment motivée. Le requérant a été débouté de sa demande sur tous les points sauf celui concernant la motivation de la décision d'attribution. La commission des recours a ainsi débouté le requérant de sa demande d'annulation de la décision d'attribution.

Un recours en justice a été introduit devant le Tribunal de Lyngby qui, dans son jugement du 16 février 2021, a confirmé la décision de la commission des recours. Le requérant a interjeté appel du jugement auprès de la Cour de la région est qui, dans son arrêt du 22 décembre 2021, a confirmé le jugement prononcé par le Tribunal. Aussi bien le Tribunal que la Cour d'appel ont indiqué à cet égard que le soumissionnaire retenu était tenu de remplir l'exigence minimale sur la base de la liste d'offres, c.-à-d. que les juridictions ont pour ainsi dire estimé d'un point de vue contractuel que l'offre était conforme au cahier des charges puisque le soumissionnaire devait en l'espèce supporter les risques liés au manque de clarté auquel le texte de l'offre pouvait donner lieu. En outre, les deux juridictions ont estimé que Joca Trading ne possédait pas d'intérêt légitime à ce que la commission des recours se prononce sur la conformité de l'offre de l'autre soumissionnaire avec le cahier des charges.

Commentaire : selon la commission des recours, les formulations du jugement et de l'arrêt inspirées du droit contractuel ne donnent pas lieu à ce qu'elle change sa pratique selon laquelle le soumissionnaire supporte les risques liés au manque de clarté de son offre et, si une offre comprend des informations ambiguës pouvant être entendues comme une réserve ou pas, ces informations doivent être considérées comme une réserve. Autrement dit, s'il n'est pas clair si une offre remplit une exigence minimale, alors, cette offre doit ipso facto être considérée comme non conforme au cahier des charges.

*Jugement du Tribunal de Kolding du 17 décembre 2021 dans l'affaire Fyns Almennyttige Boligselskab contre Westflyt Kolding ApS (cf. décision de la commission des recours du 6 octobre 2021)*

La commission des recours a établi que la coopération de logement avait enfreint l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics dans le cadre de la mise en concurrence d'un accord-cadre visant des services de déménagement. La commission des recours a annulé la décision d'attribution de la coopérative de logement et déclaré les contrats conclus comme dépourvus d'effets.

La coopérative de logement n'étant pas visée par l'article 19, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, la commission des recours a déposé plainte auprès de la police (cf. article 18, al. 3, de ladite loi).

Devant le Tribunal, Westflyt Kolding ApS a accepté les conclusions déposées par la coopérative de logement qui affirmait qu'elle n'avait pas enfreint l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics et que les contrats étaient valables et ne pouvaient pas être déclarés comme dépourvus d'effets. Les circonstances détaillées à la base de cette décision n'apparaissent pas dans le jugement.

Aucune sanction alternative sous la forme d'une amende n'a donc été imposée.

## 4. DÉCISIONS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE CONCERNANT DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION

*Arrêt de la Cour de justice du 17 juin 2021 dans l'affaire C-23/20, Simonsen & Weel A/S contre les Régions Jutland du Nord et Danemark Sud.*

En 2019, les autorités des régions Jutland du Nord et Danemark Sud ont mis en concurrence, au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics, un accord-cadre visant la fourniture d'équipements pour alimentation par sonde destinés à des patients à domicile et à des établissements publics. Le requérant, un soumissionnaire évincé, a notamment conclu à ce que la commission des recours constate que les régions avaient violé l'article 56 de la loi sur la passation des marchés publics (article 49 de la directive 2014/24/UE) et l'article 128, al. 2, de ladite loi (article 51, paragraphe 2, de ladite directive) ainsi que les principes d'égalité de traitement et de transparence définis dans l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive) en n'indiquant pas dans l'avis de marché la quantité estimée ni la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché, et que les régions avaient enfreint les principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi en n'indiquant pas dans l'avis de marché ni dans les autres documents de marché une quantité maximale ou une valeur maximale pour les produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché.

Dans sa décision intermédiaire du 18 septembre 2019, la commission a décidé de ne pas octroyer l'effet suspensif au recours du fait que la condition d'urgence n'était pas remplie.

Durant le recours, la commission des recours a présenté, dans sa décision du 16 janvier 2020, à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice du 19 décembre 2018 dans l'affaire C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust og Coopservice Soc. coop. arl contre Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST) et autres*, une série de questions visant à savoir, d'une part, si l'avis de marché, lors de la mise en concurrence d'un accord-cadre, devait indiquer une valeur et un volume estimés et maximums et, d'autre part, quelles conséquences l'absence de telles informations avait par rapport à l'application de la sanction « absence d'effets » (rapport annuel 2020, page 42).

Dès lors, la Cour de justice a répondu ce qui suit à la question de la commission des recours :

- « 1) L'article 49 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, les points 7 et 8 ainsi que le point 10, sous a), de la partie C de l'annexe V de cette directive, lus en combinaison avec l'article 33 de ladite directive et les principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de cette dernière, doivent être interprétés en ce sens que l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets.

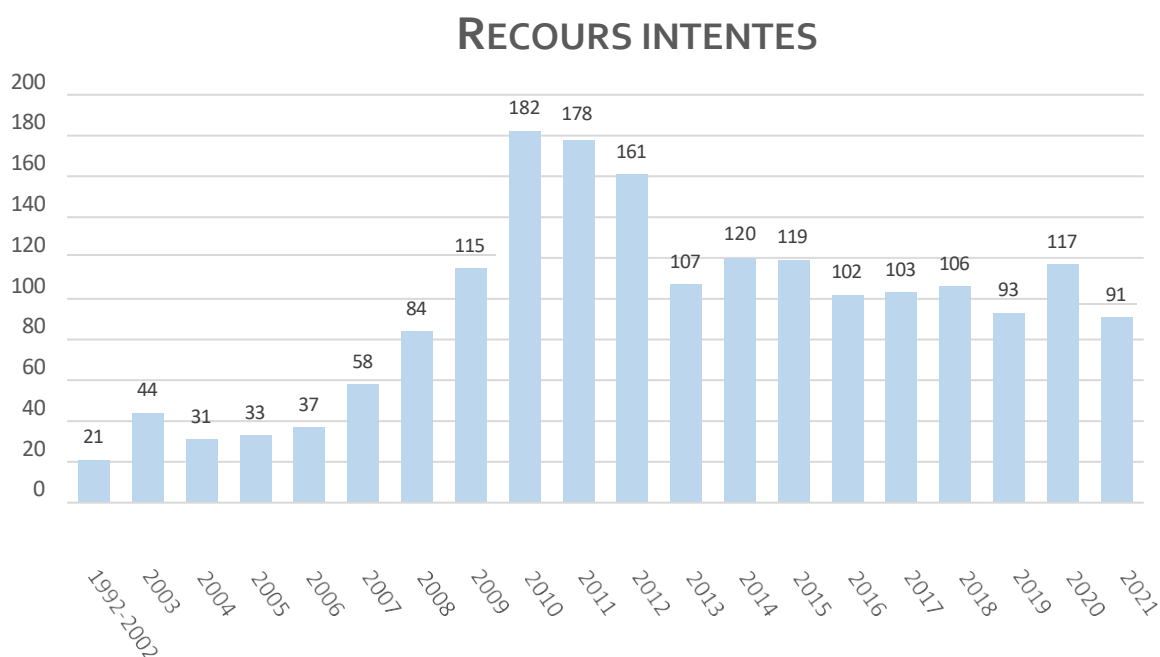
- 2) L'article 49 de la directive 2014/24 ainsi que le point 7 et le point 10, sous a), de la partie C de l'annexe V de cette directive, lus en combinaison avec l'article 33 de ladite directive et les principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de cette dernière, doivent être interprétés en ce sens que l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre de manière globale et que cet avis peut fixer des exigences supplémentaires que le pouvoir adjudicateur déciderait d'y ajouter.
  
- 3) L'article 2 quinquies, paragraphe 1, sous a), de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, doit être interprété en ce sens qu'il n'est pas applicable dans l'hypothèse où un avis de marché a été publié au Journal officiel de l'Union européenne, même si, d'une part, la quantité estimée et/ou la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre envisagé ressort non pas de cet avis de marché, mais du cahier des charges et, d'autre part, ni ledit avis de marché ni ce cahier des charges ne mentionnent une quantité maximale et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu dudit accord-cadre. »

## 5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2021

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

### 5.1 Recours intentés

En 2021, 91 recours ont été intentés devant la commission. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de recours intentés de 1992 à 2021.



Le nombre de recours intentés en 2021 était inférieur aux chiffres de 2020. Ainsi, le nombre de recours reste largement inférieur aux chiffres de 2010- 2012.

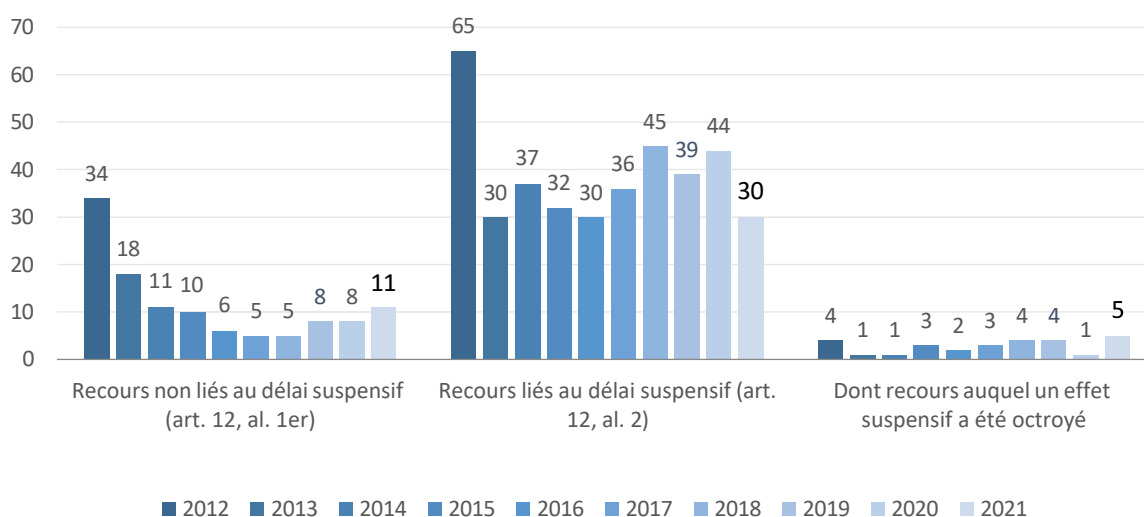
Comme indiqué à la section 5.1 du rapport annuel 2013, la chute considérable du nombre de recours intentés doit être vue à la lumière des modifications apportées en 2013 à la loi danoise d'application des règles en matière de marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière 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).

## 5.2 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 2021 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 30 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 2021, un effet suspensif a été octroyé à cinq recours (voir la section 1.4 ci-dessus et la description des décisions au chapitre 2). 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 2021.

### RECOURS INTENTÉS 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.

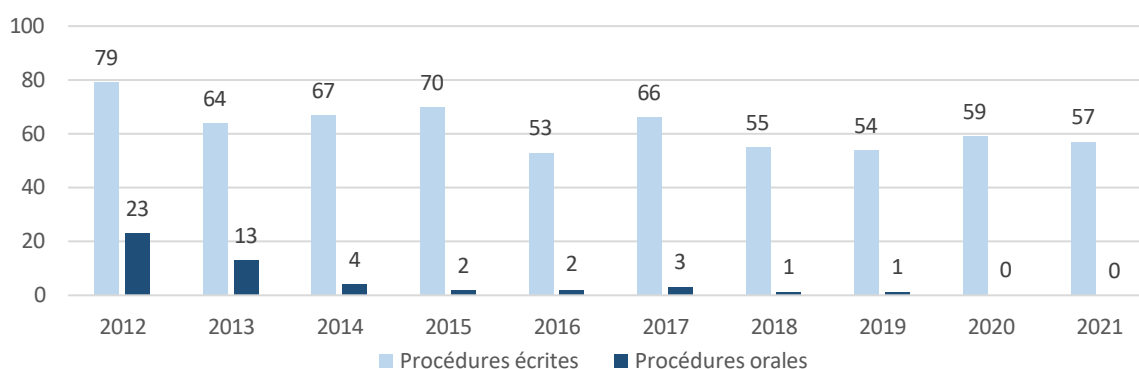


### 5.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours

Les 49 recours dans le cadre desquels la commission a rendu une décision au fond en 2021 (voir section 5.4) 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 2021.

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



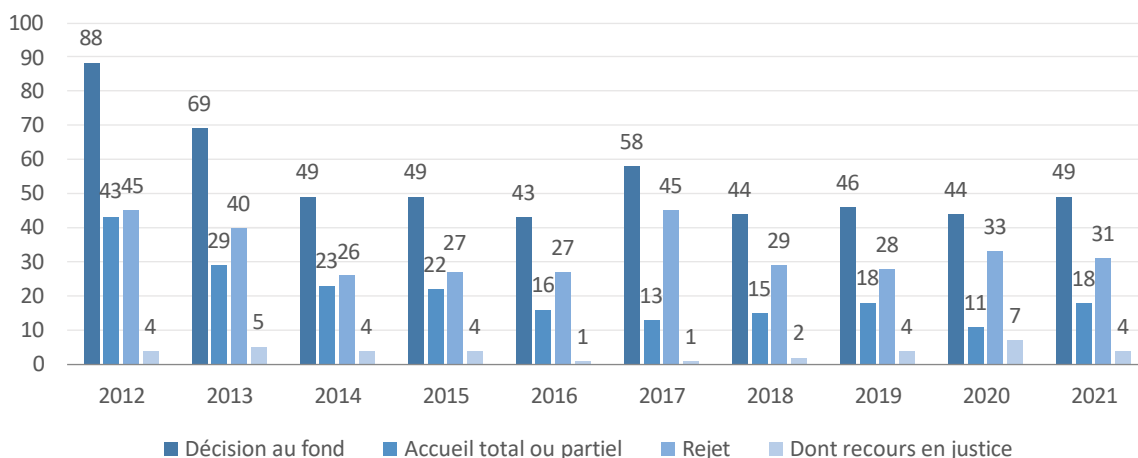
Remarque ! Les chiffres reproduits comprennent également les recours rejetés.

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 5.3 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.

### 5.4 Recours réglés et issue de ces recours

En 2021, la commission a statué au fond sur 49 recours. Dix-huit requérants ont obtenu entièrement ou partiellement gain de cause, tandis que les 31 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 49 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 inférieur aux chiffres des années précédentes.

## 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 2021 s'élevait à 37 % et était donc supérieur au pourcentage de 2020, mais légèrement inférieur au pourcentage de 2019.

Les calculs illustrés dans le graphique et le tableau ci-dessous ne comprennent pas les « décisions fumus » passées en force de décisions définitives. En 2021, la commission a rendu 23 « décisions fumus ». Dans dix 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 est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

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

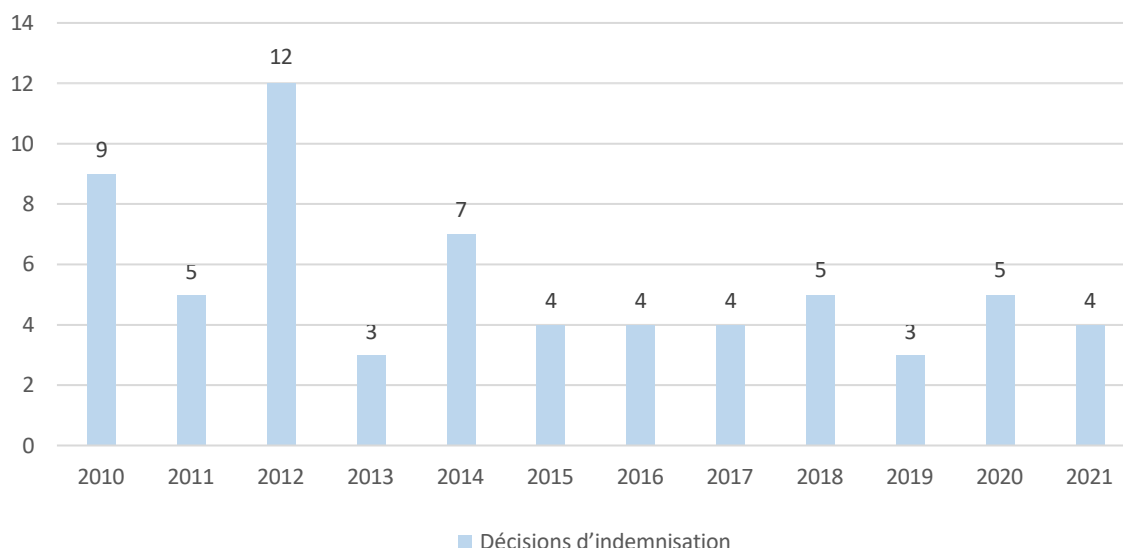
| Année | Accueil total ou partiel | Rejet |
|-------|--------------------------|-------|
| 2013  | 42 %                     | 58 %  |
| 2014  | 47 %                     | 53 %  |
| 2015  | 45 %                     | 55 %  |
| 2016  | 37 %                     | 63 %  |
| 2017  | 26 %                     | 74 %  |
| 2018  | 34 %                     | 66 %  |
| 2019  | 39 %                     | 61 %  |
| 2020  | 25 %                     | 75 %  |
| 2021  | 37 %                     | 63 %  |

### 5.5 Décisions d'indemnisation prononcées

En 2021, la commission des recours a rendu quatre décisions d'indemnisation.

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

## DECISIONS D'INDEMNISATION PRONONCEES



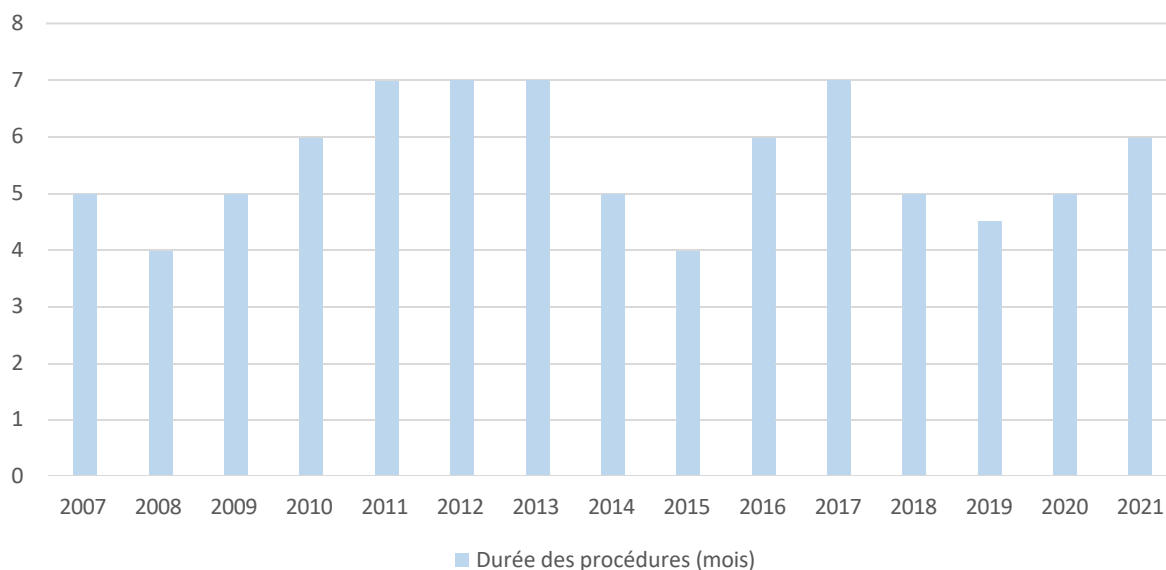
Comme indiqué à la section 5.5 du rapport annuel 2013, l'expérience montre que, dans un grand nombre des recours où le requérant obtient totalement ou partiellement gain de cause lorsque la commission statue au fond, la question d'une indemnisation est réglée en dehors de la commission, si bien que les 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 en 2010 et 2011 (182 et 178 recours, respectivement).

### 5.6 Durée moyenne des procédures

En 2021, la durée moyenne des procédures auprès de la commission des recours était de six 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 2007-2021.

## DUREE MOYENNE DES PROCEDURES



La durée moyenne, qui, en 2014 et 2015, affichait une tendance à la baisse de sept mois en 2011- 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 2010-2013. La durée des procédures est redescendue à cinq mois en 2018 et à 4,5 mois en 2019.

La durée moyenne est passée à six mois en 2021, soit au même niveau qu'en 2010 et 2016.

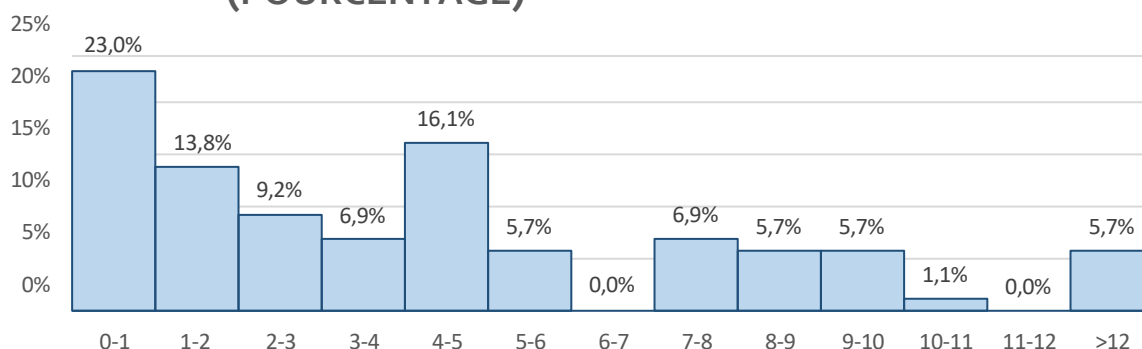
Le nombre d'affaires pendantes fin 2021 s'élevait à 43, ce qui correspond plus ou moins au niveau des années 2017–2020.

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

Le graphique ci-dessous montre pour 2021 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 5.8 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 5.5.

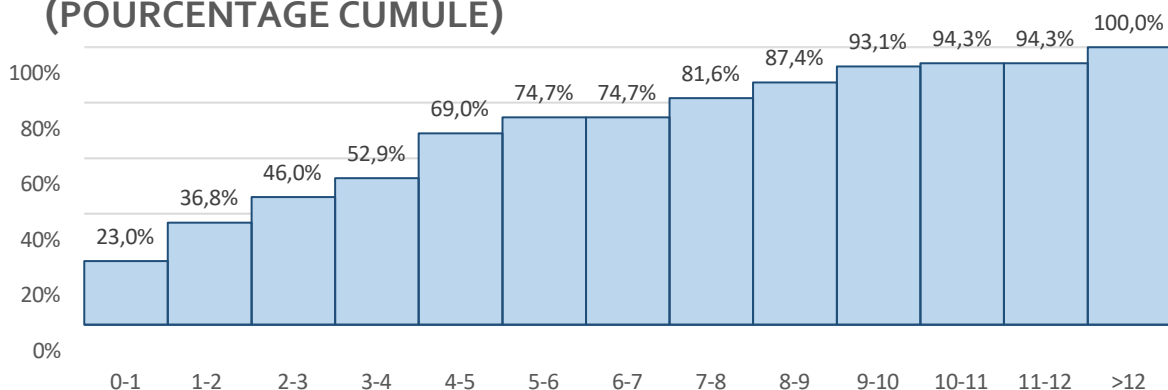
## DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS (POURCENTAGE)



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2021 en pourcentage cumulé.

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



En 2021, quelque 23 % des procédures ont été clôturées au cours du premier mois suivant l'introduction du recours, contre 27 % en 2019 et environ 32 % en 2020. En 2021, quelque 37 % des procédures ont été clôturées au cours des deux premiers mois suivant l'introduction du recours, contre env. 48 % en 2019 et env. 54 % en 2020. Il apparaît en outre que 46 % de tous les recours introduits en 2021 ont été clôturés au cours des trois premiers mois, contre env. 56 % en 2019 et environ 63 % en 2020. Les calculs pour 2021 incluent entre autres 30 recours qui ont été révoqués. Dans plus ou moins un tiers 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 75 % des procédures en 2021 ont été clôturées dans les cinq-six premiers mois suivant l'introduction du recours, contre env. 84 % en 2019 et 80 % en 2020 et qu'environ 93 % des procédures sont clôturées en l'espace de neuf à dix mois, contre environ 97 % en 2019 et env. 94 % en 2020.

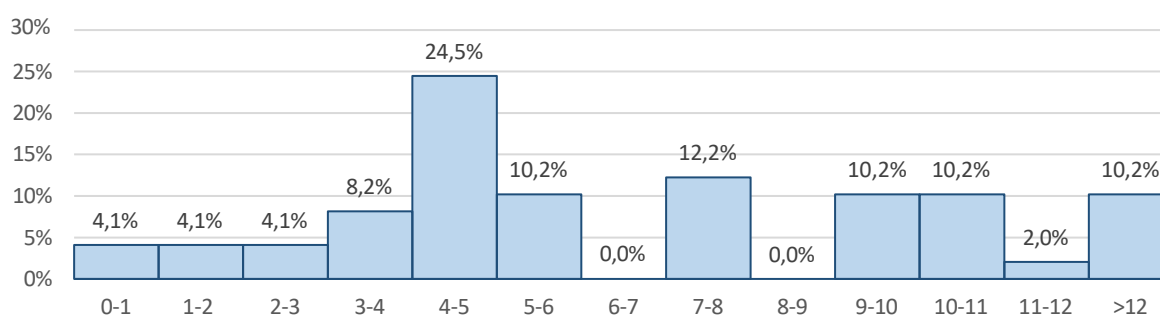
Ainsi, la durée des procédures auprès de la commission des recours n'est généralement pas très longue. Une grande partie des dossiers sont clôturés dans un délai qui, à la lumière de leur portée et de leur

complexité en droit et en fait ainsi que des valeurs souvent énormes qui y sont associées, doit être qualifié de court.

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

Le graphique ci-dessous montre pour 2021 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.

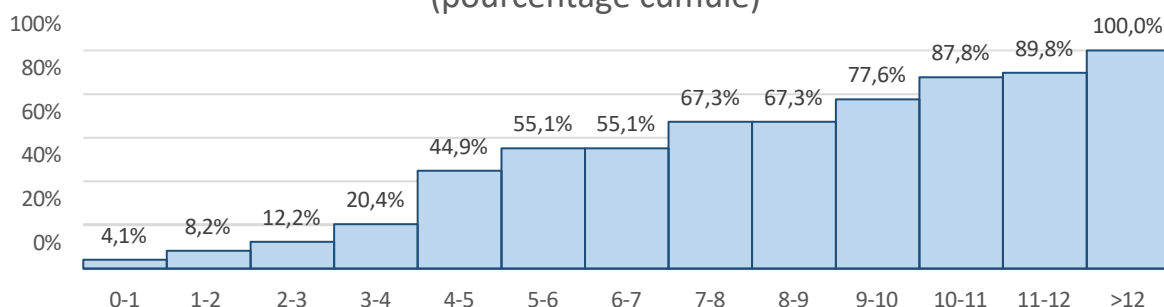
#### DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS POUR LES DECISIONS DE FOND (pourcentage)



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2021 pour les décisions au fond en pourcentage cumulé.

#### DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS POUR LES DECISIONS AU FOND (pourcentage cumulé)



Le tableau montre qu'en 2021, une décision au fond a été rendue dans env. 20 % des recours de ce type en l'espace de trois-quatre mois, contre 37 % en 2019 et env. 41 % en 2020. En outre, une décision au fond a été rendue en 2021 dans quelque 55 % des recours en l'espace de cinq-six mois, contre env. 67 % en 2019 et 50 % en 2020. Le tableau indique également qu'en 2021, une décision au fond a été rendue après sept-huit mois dans environ 67 % des recours, contre 87 % en 2019 et env. 77 % en 2020. D'expérience, on sait que les 33 % restants (13 % en 2019 et 23 % en 2020), 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 sur la procédure administrative (cf. section 5.2 ci-avant).

## 6. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS

Suite à la pandémie de COVID-19, les activités externes de la commission des recours en 2021 ont, cette année encore, été limitées par rapport aux années précédant la pandémie.

Le 8 février 2021, le président de la commission des recours, Nikolaj Aarø-Hansen, et la vice-présidente, Katja Høegh, ont présenté un exposé lors de la conférence virtuelle sur la passation des marchés publics JUC, à laquelle le secrétariat de la commission a participé.

Le 29 juin 2021, la commission des recours et son secrétariat ont participé à une réunion virtuelle du *Network of first instance procurement review bodies*, organisée par la Commission européenne.

Le 17 novembre 2021, le président de la commission des recours, Nikolaj Aarø-Hansen, et la vice-présidente, Kirsten Thorup, ont présenté un exposé lors de la conférence sur la passation des marchés publics JUC, qui s'était tenue cette fois en présentiel. Le secrétariat de la commission a également participé à cette conférence.