

# KLAGENÆVNET FOR UDBUD

(COMMISSION DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS)

## Rapport annuel 2016

# SOMMAIRE

AVANT-PROPOS .....	5
1. Commission 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 .....	10
1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge .....	14
1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours .....	15
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 .....	19
2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES .....	19
2.1 Introduction .....	19
2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions finales .....	20
2.2.1 Obligation d'appel d'offres, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats .....	20
Décision du 4 mai 2016 dans l'affaire CGI Danmark A/S contre Direction générale danoise de la Modernisation .....	20
Décision du 26 mai 2016 dans l'affaire Boston Scientific Nordic AB contre Région Jutland-Central .....	21
Décision des 24 mai et 26 octobre 2016 dans l'affaire Danske Care A/S contre Municipalité d'Egedal .....	22
2.2.2 Intérêt transfrontalier certain .....	22
Décision des 24 mai et 26 octobre 2016 dans l'affaire Danske Care A/S contre Municipalité d'Egedal .....	22
2.2.3. Exigences liées au cahier des charges et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres .....	23
Décision du 9 février 2016 dans l'affaire TEAM OPP v/DEAS A/S contre Région Jutland-Central .....	23
Décision du 2 août 2016 dans l'affaire Dansk Byggeri contre Région Capitale .....	24
Décision du 22 août 2016 dans l'affaire Struensee & Co I/S contre Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S .....	25
Décision des 26 février et 15 septembre 2016 dans l'affaire SIM Lægekørsel I/S contre Région Danemark Sud .....	27
2.2.4. <i>Présélection</i> .....	28
Décision du 13 juillet 2016 dans l'affaire B. Nygaard Sørensen A/S contre Direction générale de la Construction .....	28
Décision du 29 juin 2016 dans l'affaire Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S et Western Marine Shipyard Ltd. contre Thyborøn-Agger Færgeoverfart. ....	29
2.2.5 Évaluation, y compris choix et publication du modèle d'évaluation .....	30
Décision du 13 septembre 2016, Forenede Service A/S contre Autorités fiscales (SKAT) .....	30
Décision du 22 novembre 2016 dans l'affaire Abigo Medical AB contre Région Danemark Sud, Région Jutland du Nord et Région Sjælland .....	31
Décision du 17 août 2016 dans l'affaire Holmris + Flexform A/S contre Professionshøjskolen UCC, University College Capital .....	32

Décision du 5 juillet 2016 dans l'affaire Lekolar LEIKA A/S contre KomUdbud c/o Municipalité de Randers – invalidation du modèle d'évaluation appliqué dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits .....	33
2.2.6 Marchés de fourniture d'un assortiment de produits .....	33
Décision du 5 juillet 2016 dans l'affaire Lekolar LEIKA A/S contre KomUdbud c/o Municipalité de Randers – invalidation du modèle d'évaluation appliqué dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits .....	33
2.2.7 Obligation de motivation lors de l'attribution des marchés .....	34
Décision du 27 juin 2016 dans l'affaire Konsortiet QUARTZ P/S et Copenhagen Economics A/S contre Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S .....	34
2.2.8 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif (provisoire) et sanctions appliquées par la commission .....	35
Décision du 28 juillet 2016 dans l'affaire UCplus A/S contre Municipalités d'Esbjerg, de Varde et de Vejen.....	35
Décision du 14 septembre 2016 dans l'affaire Motus A/S contre État danois c/o Direction générale danoise de la Modernisation .....	37
Décision du 19 décembre 2016 dans l'affaire Zøllner A/S contre Hundested Havn I/S et Municipalité d'Halsnæs .....	38
Décision du 5 janvier 2016 dans l'affaire MultiLine A/S contre Université d'Aarhus .....	38
Décision des 26 février et 15 septembre 2016 dans l'affaire SIM Lægekørsel I/S contre Région Danemark Sud.....	40
Décision du 13 septembre 2016 dans l'affaire Forenede Service A/S contre Autorités fiscales (SKAT).....	40
Décision du 4 mai 2016 dans l'affaire CGI Danmark A/S contre Direction générale danoise de la Modernisation .....	40
Décision du 26 mai 2016 dans l'affaire Boston Scientific Nordic AB contre Région Jutland-Central .....	40
2.2.9 Condamnation aux dépens .....	40
3. DÉCISIONS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN MATIÈRE DE DROIT D'ACCÈS AUX DOCUMENTS .....	42
3.1. Introduction .....	42
3.2. Remarques générales concernant les textes législatifs permettant de refuser l'accès aux informations commerciales confidentielles .....	43
3.2.1. Loi danoise sur la passation des marchés publics.....	43
3.2.2. Loi danoise sur la transparence de l'administration .....	44
3.2.3. Loi danoise sur la procédure administrative .....	45
3.3. Jurisprudence de la commission des recours concernant les informations les plus fréquentes.....	45
3.3.1. Description de la solution proposée .....	45
3.3.2. Informations de prix .....	47
3.3.3. Curriculum et autres .....	48
4. DÉCISIONS DE LA JUSTICE DANOISE CONCERNANT DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION .....	50
Jugement du Tribunal d'Hillerød du 15 mars 2016 dans l'affaire House of Waldorf ApS contre Région Capitale (cf. décision de la commission des recours du 18 février 2015).....	50

Arrêt de la Cour de la Région Est du 13 septembre 2016 dans l'affaire Région Jutland-Central contre Medtronic Danmark A/S et Globus Medical Denmark ApS (cf. décision de la commission des recours du 12 août 2013) .....	50
5. DÉCISIONS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE CONCERNANT DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION .....	51
Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 mai 2016 dans l'affaire C-396/14, MT Højgaard A/S et Züblin A/S contre Banedanmark. ....	51
Arrêt de la Cour de justice du 7 septembre 2016 dans l'affaire C-549/14, Finn Frogne A/S contre Police nationale danoise c/o Centre de communication d'urgence .....	52
6. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2016 .....	55
6.1 Recours intentés .....	55
6.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres recours visant l'attribution d'un effet suspensif .	56
6.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours .....	57
6.4 Recours réglés et issue de ces recours .....	58
6.5 Décisions d'indemnisation prononcées .....	59
6.6 Durée moyenne des procédures .....	59
6.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage) .....	60
6.8 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage cumulé).....	61
6.9 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions de fond (pourcentage).....	62
6.10 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions de fond (pourcentage cumulé).....	62
7. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS .....	64

## AVANT-PROPOS

Par la présente, la commission danoise des recours en matière de marchés publics (*Klagenævnet for Udbud*) publie son quatrième 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, lequel, dans le cadre du plan de déconcentration adopté par le gouvernement danois, a entamé début septembre 2016 son transfert vers le nouveau site de Viborg.

Les décisions mentionnées au chapitre 2 ont été sélectionnées selon leur caractère de principe ou l'intérêt particulier qu'elles présentent. Dans ses observations, la commission a tenté de décrire 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.dk](http://www.klfu.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. La jurisprudence de la commission dans le domaine du droit d'accès aux documents est publiée de manière moins systématique. C'est pourquoi la commission a décidé cette année, sur la base des décisions rendues en 2016, d'en décrire certaines parties, cf. chapitre 3.

Le chapitre 4 présente les décisions rendues par les juridictions danoises dans des affaires sur lesquelles la commission avait déjà statué. Le chapitre 5 décrit, quant à lui, les affaires qui sont ou ont été traitées par la commission et qui ont fait l'objet d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne en 2016. À cet égard, on notera de manière plus générale que la grande chambre de la Cour de justice a (une nouvelle fois) établi que la commission des recours danoise constituait une juridiction au sens du traité FUE et que la commission des recours pouvait donc introduire des demandes préjudicielles auprès de la Cour pour toutes questions afférentes au droit communautaire.

Le chapitre 6 comprend des informations statistiques sur les activités de la commission des recours, assorties de commentaires. En 2016, 102 recours ont été intentés devant la commission. S'agissant de la durée des procédures, il ressort du rapport annuel qu'environ 39 % de tous les recours (réglés et rejetés) en 2016 ont été clôturés au cours du premier mois suivant leur introduction (contre environ 47 % en 2015). Quelque 54 % de tous les recours ont été clôturés au cours des deux premiers mois suivant la réception du recours (contre environ 62 % en 2015) tandis qu'environ 61 % de tous les recours ont été clôturés dans les trois mois suivant leur réception (contre environ 69 % en 2015). La durée moyenne des procédures auprès de la commission des recours en 2016 s'élevait à six mois (contre quatre mois en 2015). Avant tout, l'augmentation de cette durée est vraisemblablement due, d'une part, au retard accumulé sur certains dossiers de l'année précédente qui ont été clôturés en 2016 ; d'autre part, à la plus grande charge reposant sur le secrétariat (notamment dans le cadre du plan de déconcentration, cf. chapitre 1.3) ; et, d'autre part encore, au fait que tant les parties impliquées dans les différents dossiers que la présidence de la commission des recours ont dû tenir compte des modifications et innovations importantes qui ont été apportées aux textes réglemen-

taires sur lesquels se base la commission et qui sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, notamment :

- loi danoise sur la passation des marchés publics (loi n° 1564 du 15 décembre 2015), qui vise principalement à transposer la nouvelle directive sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE) ;
- amendements de la loi danoise sur la mise en concurrence des marchés publics de travaux (ancienne loi sur la mise en concurrence de certains marchés publics ou bénéficiant d'une aide publique). Les amendements étaient inclus dans la loi danoise sur la passation des marchés publics.
- amendements de la loi danoise sur la commission des recours en matière de marchés publics (ancienne loi sur l'application des règles en matière de marchés publics, etc.). Les amendements sont inclus dans la loi danoise sur la passation des marchés publics ;
- décret danois n° 1624 du 15 décembre 2015 portant transposition de la nouvelle directive sur les services spéciaux (directive 2014/25/UE) ;
- décret danois n° 1625 du 15 décembre 2015 portant transposition de la nouvelle directive sur l'attribution de contrats de concession (directive 2014/23/UE) ;
- décret danois sur l'annonce de marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils définis et présentant un intérêt transfrontalier certain et sur l'utilisation de moyens de communication électroniques dans les procédures d'appel d'offres aux termes des sections II et III de la loi danoise sur la passation des marchés publics.
- décret danois n° 1643 du 15 décembre 2015 sur l'annonce de marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils définis et présentant un intérêt transfrontalier certain et sur l'utilisation de moyens de communication électroniques dans les appels d'offres aux termes des sections II et III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (abrogé par le décret n° 1572 du 30 novembre 2016, cf. ci-dessous).

En outre, les modifications suivantes ont été apportées à la base réglementaire en 2016 :

- règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen ;
- décret danois n° 178 du 11 février 2016 portant modification du décret danois sur la commission des recours en matière de marchés publics ;
- décret danois n° 689 du 8 juin 2016 portant modification du décret danois sur l'attribution de contrats de concession ;
- décret danois n° 1572 du 30 novembre 2016 sur l'utilisation de moyens de communication électroniques dans les procédures d'appel d'offres et sur l'annonce de marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils définis et présentant un intérêt transfrontalier clair.

Nikolaj Aarø-Hansen, président

Viborg, septembre 2017

# 1. Commission 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). En 2007, la directive 2007/66/CE a été adoptée en vue de modifier les directives sur les procédures de recours. La directive modificative a été transposée en 2010 avec l'adoption de la loi danoise sur l'application des règles en matière de marchés publics (loi n° 492 du 12 mai 2010 sur l'application des règles en matière de marchés publics, etc.). Par la suite, cette loi a été modifiée par la loi n° 1556 du 21 décembre 2010, la loi n° 618 du 14 juin 2011, la loi n° 1231 du 18 décembre 2012 et la loi n° 511 du 27 mai 2013. En 2011, il a en outre été établi que la loi était également d'application pour les marchés publics relevant de la directive sur la défense et la sécurité, cf. décret danois n° 892 du 17 août 2011. Récemment, la loi a été modifiée par la loi sur la passation des marchés publics (loi n° 1564 du 15 décembre 2015), qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, et a été rebaptisée « loi danoise sur la commission des recours en matière des marchés publics » (ou « loi sur la commission des recours »). En 2016, le ministère danois du Commerce, de l'Industrie et de la Croissance (*Erhvervs- og Vækstministeriet*) a élaboré un nouveau décret-loi concernant la loi, cf. décret-loi n° 593 du 2 juin 2016.

La loi sur la commission des recours comprend les règles relatives aux compétences et activités de la commission des recours. À la loi est rattaché le décret n° 887 du 11 août 2011 sur la commission des recours en matière de marchés publics, 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.

## 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 (la présidence) ainsi que de plusieurs experts. La présidence et les experts sont nommés par le ministre danois du Commerce, de l'Industrie et de la Croissance pour une période allant jusqu'à quatre ans. Leurs mandats peuvent être renouvelés.

En 2016, la présidence se composait de neuf juges des cours d'appel et des tribunaux de première instance. Le président organise les travaux de la commission et son secrétariat et nomme, pour chacun des recours, un président spécifique parmi les membres de la présidence. Le président chargé d'un recours spécifique nomme ensuite l'expert qui devra participer à la procédure. Exceptionnelle-

ment, le président de la commission peut décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et d'experts devant participer à la procédure. À cet égard, il est fait référence au point 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 vingt 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 fonction au sein de la commission et ne sont donc pas soumis à l'autorité ni au contrôle des pouvoirs publics ou de l'organisation auprès desquels ils exercent leur activité principale ni des pouvoirs publics ou de l'organisation dotés du droit de proposition.

En 2016, la présidence de la commission des recours se composait des juges suivants :

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

Michael Ellehauge, juge de seconde instance et docteur

Autres membres de la présidence de la commission des recours :

- Kirsten Thorup, juge de seconde instance
- Niels Feilberg Jørgensen, juge de première instance
- Erik P. Bentzen, juge de seconde instance
- Nikolaj Aarø-Hansen, juge de seconde instance
- LL.M. Katja Høegh, juge de seconde instance
- Poul Holm, juge de première instance
- Mette Langborg, juge de première instance
- Kristian Kortfits Nielsen, juge de seconde instance (à compter du 1<sup>er</sup> mai 2016)

Le 15 avril 2016, une nouvelle période est entrée en vigueur pour la nomination des experts de la commission des recours. Le rapport annuel 2015 indique le nom des experts qui siégeaient à la commission des recours préalablement à cette date. Quelques-uns de ces experts ont toujours des affaires pendantes devant la commission. Leur nomination actuelle couvre donc la poursuite de ces procédures. À compter du 15 avril 2016, les experts suivants ont ainsi été nommés/renommés :

- Michael Jacobsen, conseiller en chef
- Vibeke Steenberg, conseillère en chef
- Allan Åge Christensen, directeur des achats
- Pernille Hollerup, Senior Manager, Head of Team Legal Competition & Tender Law
- Erik Bøggward Christiansen, conseiller en chef
- Henrik Fausing, directeur de projet
- Jan Eske Schmidt, vice-directeur
- Lene Ravnholt, juriste, médiatrice, conseillère de maître d'ouvrage
- Preben Dahl, juriste en chef
- Steen Treumer, professeur, docteur

- Stephan Falsner, avocat
- Helle Carlsen, avocate
- Palle Skaarup, Legal Manager
- Anette Gothard Mikkelsen, juriste, conseillère en chef
- Jeanet Vandling, directrice des achats et des marchés publics
- Ole Helby Petersen, professeur ayant des responsabilités particulières, docteur
- Grith Skovgaard Ølykke, professeur ayant des responsabilités particulières, docteur
- Christina Kønig Mejl, juriste, chef de projet et conseillère spécialisée
- Claus Pedersen, juriste spécialisé dans les marchés publics et les contrats d'entreprise
- Jan Kristensen, Development Manager

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

En 2016, le secrétariat de la commission des recours en matière de marchés publics était basé auprès de la Direction générale danoise du Commerce et de l'Industrie (*Erhvervsstyrelsen*), qui relève du ministère du Commerce, de l'Industrie et de la Croissance.

Le président de la commission des recours est le directeur du secrétariat qui, en 2016, se composait de trois juristes et d'un secrétaire. De même, pour une partie de 2016, un stagiaire était rattaché au secrétariat.

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. Le secrétaire de la commission des recours participe à la préparation des dossiers, répond aux questions écrites demandant à savoir si une procédure de recours a été ouverte contre un marché public passé durant le délai suspensif (*standstill*), assure diverses tâches administratives et offre une assistance téléphonique concernant les modalités de la procédure de recours.

En 2016, le secrétariat se composait des personnes suivantes :

- Nancy Elbouridi, juriste, conseillère spécialisée
- Anne-Mette Schjerning, juriste, conseillère spécialisée (à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2016).
- Johannes Krogsgaard, juriste, assistant (jusqu'au 30 septembre 2016)
- Dorthe Hylleberg, assistante administrative (à partir du 1<sup>er</sup> mai 2016)
- Lauge Bruun, étudiant en droit (jusqu'au 7 septembre 2016)

Durant le premier semestre 2016, la commission des recours était toujours sans secrétaire. Dans la pratique, les tâches de ce dernier ont donc également été assurées par le secrétariat juridique de la commission durant cette période. À partir du 1<sup>er</sup> mai 2016, le secrétariat a été doté d'un secrétaire expérimenté et, ensuite, d'une juriste expérimentée. Dans un premier temps, ces deux personnes ont été chargées, par la force des choses, de se familiariser avec le domaine d'activité spécial et les procédures spécifiques de la commission.

La commission était l'une des premières à être visée par le plan de déconcentration adopté par le gouvernement danois et a donc entamé son déménagement vers ses nouveaux locaux à Viborg dès le 12 septembre 2016. Étant progressif, ce transfert a, durant la période de transition, entraîné des tâches administratives supplémentaires, d'une part, pour la mise en place du nouveau cadre de travail aujourd'hui performant à Viborg, dont la nouvelle Direction générale des commissions des recours (*Nævnenes Hus*), est entrée en possession le 2 janvier 2017, et, d'autre part, pour l'exercice des fonctions restantes dans les locaux de la Direction générale du Commerce et de l'Industrie à Copenhague. Fin septembre 2016, l'un des deux juristes expérimentés a quitté la commission des recours et un remplaçant a seulement été engagé à partir de la nouvelle année.

#### 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 pouvoirs adjudicateurs :

- 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 de 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 »).

Par ailleurs, en vertu de l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration, 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 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 nouvelle directive sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE), et les autres règles européennes en matière de marchés publics. Seul un petit nombre 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 sou-

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

En tant que source de droit, les décisions de la commission des recours sont subordonnées aux décisions des juridictions danoises et de la Cour de justice de l'Union européenne. Néanmoins, la jurisprudence de la commission (et plus particulièrement les décisions rendues au cours des dix dernières années) doit 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 2016. À cet égard, il convient entre autres de noter qu'une grande partie (quelque 61 %) 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 passation des marchés publics confèrent 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).*

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 2016, la commission des recours a, dans deux cas, octroyé un effet suspensif à un recours : décision du 12 mai 2016 dans l'affaire *Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S et Western Mariane Shipyard Ltd. contre Thyborøn-Agger-Færgefart* ; et décision du 28 juillet 2016 dans l'affaire *UCplus A/S contre Municipalité d'Esbjerg et al.* (ces affaires sont décrites au chapitre 2).

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 que l'objectif ne soit 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 2016, cinq décisions de ce type ont été rendues (décision du 5 avril 2016, *Brian Madsen A/S contre Municipalité de Slagelse* ; décision du 21 avril 2016, *Apodan Nordic Healthcare A/S contre Municipalité de Copenhague* ; décision du 30 septembre 2016, *Applied Medical Distribution Europe B.V. contre Région Jutland-Central* ; décision du 7 octobre 2016, *Viking Medical Scandinavia ApS et Heraeus Medical GmbH contre Amgros I/S* ; et décision du 23 novembre 2016, *Dominus A/S contre Région Jutland-Central*).

#### *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 13-14a et 16-19 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.

Aujourd'hui, 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 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 à la décision de la commission des recours du 7 mai 2015 dans l'affaire Rengoering.com A/S contre Municipalité de Ringsted et à sa décision du 6 janvier 2014 dans l'affaire KMD A/S contre Municipalité d'Aalborg. Néanmoins, l'entité adjudicatrice peut s'adresser au secrétariat de la commission des recours pour savoir si un recours a été introduit concernant le marché passé 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.

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 n'inflige pas de sanction économique à l'entité adjudicatrice. À la place, elle dépose une plainte auprès de la police lorsqu'il convient, en application de l'article 18, al. 3, de ladite loi, d'infliger à l'entité adjudicatrice une sanction de substitution sous la forme de pénalités financières. À cet égard, référence est faite à la décision de la commission des recours du 20 août 2012 dans l'affaire Intego A/S contre NRGi Net A/S, 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 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 ci-dessus au point 1.2, décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et, par là, le nombre d'experts devant participer à la procédure. Cette compétence peut être appliquée dans les affaires de principe ou complexes et particulièrement complexes, de manière à élargir la composition de la commission à deux membres de la présidence et à deux experts.

En 2016, une décision a été rendue sur la base d'un tel élargissement dans trois cas : décision du 9 février 2016 dans l'affaire TEAM OPP contre Région Jutland-Central ; décision du 12 avril 2016 dans l'affaire Joint Venture Salini-Impregilo. Samsung-Bunte contre Femern A/S ; et décision du 15 juin 2016 dans l'affaire Danske Færger A/S contre Ministère danois des Transports et de la Construction. L'affaire TEAM OPP contre Région Jutland-Central est décrite ci-après au chapitre 2.

#### *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. En 2016, seules six décisions au fond ont ainsi été rendues sans la participation d'un expert : décision du 28 janvier 2016 dans l'affaire M. J. Eriksson A/S contre Municipalité d'Aarhus ; décision du 21 avril 2016 dans l'affaire ApodanNordic A/S contre Municipalité de Copenhague ; décision du 27 septembre 2016 dans l'affaire Dansk Byggeri contre Région Capitale ; décision du 7 octobre 2016 dans l'affaire Viking Medical Scandinavia ApS et Heraeus Medical GmbH contre Amgros I/S ; et décision du 16 novembre 2016 dans l'affaire GPP Arkitekter A/S contre Municipalité d'Aarhus.

Le président en charge d'un dossier spécifique peut en outre rendre une décision sans la participation d'un expert dans les questions procédurales. 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 4-5 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 est publié sur le site web de la commission des recours ([www.klfu.dk](http://www.klfu.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.

L'article 5, al. 4, du décret sur la commission des recours concernant le versement d'une taxe de recours a été modifié en 2016. Pour l'essentiel, les montants de la taxe n'ont pas changé. 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 et de la directive sur la défense, 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 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, cf. décision du 9 décembre 2015, Varmecenteret ApS contre Direction générale danoise des Châteaux et des Immeubles d'intérêt culturel. 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.

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 et qui estiment avoir subi un préjudice suite à une violation des règles en matière de marchés publics. De manière générale, le requérant aura fait acte de candidature à la présélection ou aura soumis un offre, mais toute entreprise qui aurait pu effectivement faire acte de candidature ou sou-

mettre 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 contrats-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 (valables uniquement pour les recours concernant les procédures d'appels d'offres communautaires)

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 et de l'ampleur 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. 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). En cas de question concernant une « 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*), et l'intervenant ne peut donc pas personnellement déposer de conclusions ni produire de moyens de recours.

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 arguments des parties constituent le cadre exclusif dans lequel elle doit examiner 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 13 septembre 2016, dans l'affaire *Forenede Service A/S* contre Autorités fiscales danoises, 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 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 dé-

clarations orales 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 depuis le déménagement du secrétariat, 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 par écrit à la commission. 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 eu lieu dans le prolongement direct de la mise en délibéré. 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. Ensuite, les avocats des parties peuvent directement entamer leurs plaidoiries. 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. En 2016, deux affaires ont fait l'objet d'une procédure orale (*idem* en 2015), tandis que 53 affaires ont été réglées par écrit (contre 70 affaires en 2015). Pour le reste, référence est faite à la vue d'ensemble des procédures écrites et orales organisées par la commission des recours à la section 5.3.

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

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.

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.

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.

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 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 le pouvoir adjudicateur 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 ;
- 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 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 pour une description plus détaillée de la jurisprudence de la commission des recours dans les affaires liées au droit d'accès.

## 2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES

### 2.1 Introduction

Toutes les décisions au fond et les décisions d'indemnisation sont publiées sur le site web de la commission des recours ([www.klfu.dk](http://www.klfu.dk)). Les décisions intermédiaires concernant l'octroi d'un effet suspensif et les décisions en matière du droit d'accès aux documents sont elles aussi publiées si elles présentent un intérêt général. Ce chapitre décrit une série de décisions rendues en 2016, qui ont toutes été publiées sur le site [www.klfu.dk](http://www.klfu.dk). 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 d'appel d'offres, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats
- Intérêt transfrontalier certain
- Exigences liées au cahier des charges et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres
- Présélection

- Évaluation, y compris choix et publication du modèle d'évaluation
- Marchés de fourniture d'un assortiment de produits
- Obligation de motivation lors de l'attribution des marchés
- Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif (provisoire) et sanctions appliquées par la commission
- Condamnation aux dépens

## 2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions finales

### 2.2.1 Obligation d'appel d'offres, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats

*Décision du 4 mai 2016 dans l'affaire CGI Danmark A/S contre Direction générale danoise de la Modernisation*

*La conclusion d'un avenant à un contrat initial passé entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise concernant la fourniture d'un service informatique exigeait la mise en concurrence de l'avenant.*

La Direction générale danoise de la Modernisation (*Moderniseringsstyrelsen*) a conclu en 2012 un contrat avec CSC concernant l'exploitation etc. du système de gestion des salaires de l'État danois, dit « SLS ». Durant l'été 2015, la Direction générale a conclu, sans nouvelle procédure de passation de marché, un avenant avec CSC concernant l'exploitation et le développement de la fonctionnalité « HR-Løn », qui est une interface utilisateur web du système SLS. À cet égard, CSC devait reprendre la fourniture de « HR-Løn » assurée jusqu'alors par CGI. L'avenant a été conclu après la publication préalable d'un avis de marché de gré à gré en application de l'article 4 de l'ancienne loi sur l'application des règles en matière de marchés publics (cf. directive 2007/66/CE, article 2 *quinquies*, paragraphe 4). L'avis indiquait que la Direction générale envisageait de conclure l'avenant sans nouvelle procédure de passation de marché au motif que l'avenant serait conclu conformément à une clause de réexamen figurant dans le contrat de 2012.

Peu de temps après la conclusion de l'avenant, CGI a intenté un recours devant la commission des recours, soutenant que la Direction générale n'était pas en droit de conclure l'avenant sans procéder à un nouvel appel d'offres. La commission des recours a accueilli la demande et fait valoir ce qui suit : Tout contrat soumis à l'obligation d'appel d'offres qui est conclu après l'organisation d'un tel appel peut comprendre des clauses de réexamen, qui garantissent à l'entité adjudicatrice une certaine flexibilité durant la période contractuelle sans devoir procéder à un nouvel appel d'offres. Toutefois, il est impératif que la modification éventuelle soit clairement décrite dans la clause de réexamen et ait donc été prévisible pour les soumissionnaires effectifs et potentiels. La fonctionnalité « HR-Løn » ne faisait pas partie de l'appel d'offres concernant SLS et le dossier de l'appel d'offres n'indiquait nulle part que le contrat pourrait être modifié pour inclure « HR-Løn ». Dès lors, l'avenant ne constituait pas une modification au titre du contrat SLS et ne pouvait être conclu sans nouvelle procédure que dans la mesure où il s'agissait d'une modification non substantielle. Cependant, la Direction générale n'avait rien prétendu de la sorte et la valeur de l'avenant s'élevait à près de 29 millions DKK. Dans sa décision, la commission des recours s'est référée en outre à l'article 179 de la loi danoise sur

la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE article 72, paragraphe 1, alinéa 1, sous a) concernant les clauses de réexamen.

Ainsi, la commission a accueilli la demande visant à déclarer l'avenant dépourvu d'effets pour l'avenir en application de l'article 17, al. 1<sup>er</sup>, n° 1, de l'ancienne loi danoise sur l'application des règles en matière de marchés publics (cf. directive 2007/66/CE, article 2 *quinquies*, paragraphe 1) et a infligé à la Direction générale de la Modernisation une pénalité financière de 250 000 DKK conformément à l'article 18, al. 2, n° 3, et à l'article 19 de ladite loi (cf. directive 2007/66/CE, article 2 *quinquies*, paragraphe 2, cf. article 2 *sexies*). La commission des recours a fait valoir qu'une entité adjudicatrice aurait pu, en vertu de l'article 4, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi d'application, éviter qu'un contrat soumis à l'obligation d'appel d'offres qui a été conclu sans un tel appel ne soit déclaré dépourvu d'effets si elle avait préalablement publié un avis de marché de gré à gré et respecté le délai suspensif prescrit. Néanmoins, il est impératif aussi que l'entité adjudicatrice estime, après avoir fait preuve de la diligente requise, que le contrat n'est pas soumis à l'obligation d'appel d'offres (voir à cet égard l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 septembre 2014 dans l'affaire C-19/13, *Fastweb*). Or, l'entité adjudicatrice n'a pas fait preuve de la diligence requise lorsqu'elle a estimé que l'avenant n'était pas soumis à l'obligation d'appel d'offres, puisque la commission a établi que l'estimation de la Direction générale de la Modernisation devait être considérée comme manifestement erronée.

*Décision du 26 mai 2016 dans l'affaire Boston Scientific Nordic AB contre Région Jutland-Central*

*Après la publication préalable d'un avis de marché de gré à gré, un contrat d'achat de matériel médical a été conclu sans procédure d'appel d'offres au motif que le fournisseur concerné était, pour des raisons techniques, le seul à pouvoir fournir le matériel. Néanmoins, la partie du contrat portant sur les consommables requis par l'équipement aurait pu être livrée par d'autres fournisseurs et était donc soumise à l'obligation d'appel d'offres. Cette partie du contrat a donc été déclarée dépourvue d'effets et une pénalité financière de 40 000 DKK a été infligée à l'entité adjudicatrice. Faute reconnue. Condamnation aux dépens.*

Après la publication préalable d'un avis de marché de gré à gré, les autorités régionales du Jutland-Central ont conclu un contrat d'achat de matériel endoscopique avec un fournisseur au motif que celui-ci était, pour des raisons techniques, le seul à pouvoir fournir le matériel. Une autre entreprise a dénoncé le fait que le contrat portait également sur les consommables requis par le matériel et a fait valoir que la valeur de cette partie du contrat dépassait le seuil défini pour l'acquisition de marchandises et que d'autres fournisseurs pourraient livrer les marchandises concernées. Les autorités régionales ont reconnu leur faute, résilié le contrat à compter du 14 avril 2016 et fait valoir qu'il n'y avait plus de raisons de déclarer le contrat dépourvu d'effets et d'infliger une pénalité financière. La commission des recours a néanmoins accueilli la demande de déclarer le contrat dépourvu d'effets et d'infliger une pénalité financière, en rappelant que ces réactions étaient imposées par la loi (cf. article 17, al. 1<sup>er</sup>, point 1, et articles 19 et 20, cf. article 18, al. 2, point 3, de la loi sur la commission des recours). Par ailleurs, les autorités régionales ont été condamnées aux dépens. La commission des recours a déclaré que le remboursement de la taxe de recours ou la condamnation aux dépens ne présupposaient pas que la procédure de recours se poursuive.

### *Décision des 24 mai et 26 octobre 2016 dans l'affaire Danske Care A/S contre Municipalité d'Egedal*

La commission des recours a constaté qu'un marché de services relevant du régime assoupli de par sa nature et sa valeur économique n'était visé ni par la section III (*directive 2014/24/UE, articles 74 à 76*), ni par la section IV de la loi danoise sur la passation des marchés publics, lesquelles portent sur les marchés présentant un intérêt transfrontalier certain. Référence est fait au point 2.2.2 où la décision est décrite plus avant.

#### **2.2.2 Intérêt transfrontalier certain**

### *Décision des 24 mai et 26 octobre 2016 dans l'affaire Danske Care A/S contre Municipalité d'Egedal*

*L'entité adjudicatrice avait estimé, à juste titre, que la valeur d'un marché de services relevant du régime assoupli ne dépassait pas le seuil défini à l'article 7 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, article 4, sous d). Dès lors, elle n'était pas tenue de suivre la procédure décrite à la section III de ladite loi (directive 2014/24/UE, articles 74 à 76) et le contrat ne présentait pas d'intérêt transfrontalier certain.*

Une municipalité danoise a conclu sans procédure de passation de marché un accord-cadre de fourniture exclusive de deux ans avec une entreprise concernant la fourniture de différents services d'aide et de prise en charge temporaire à l'extérieur à des personnes handicapées. Un ancien fournisseur d'une partie de ces services a intenté un recours et fait valoir, au principal, que les autorités municipales auraient dû suivre la procédure décrite à la section III (*directive 2014/24/UE, articles 74 à 76*) de la loi danoise sur la passation des marchés publics, car le seuil défini à l'article 7 de ladite loi (*directive 2014/24/UE, article 4, sous d*) était dépassé, et, au subsidiaire, que les autorités municipales auraient dû suivre la procédure décrite à la section IV de ladite loi, laquelle porte sur les marchés publics dont la valeur est inférieure au seuil défini et qui présentent un intérêt transfrontalier certain. Dans un premier temps, les autorités municipales ont conclu au rejet du recours au motif que le seuil n'était pas dépassé, que le marché ne présentait pas d'intérêt transfrontalier certain et que l'appel d'offres était donc régi par l'article 193 de la loi danoise sur la passation des marchés publics, lequel ne relevait pas de la compétence de la commission des recours. Dans sa décision d'octroi d'effet suspensif du 24 mai 2016, la commission des recours a déclaré que le recours portait sur une violation de l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (*directive 2014/24/UE, article 18, paragraphe 1*) et qu'elle déboutait donc le défendeur de sa demande de rejet (cf. article 1<sup>er</sup>, paragraphe 4, de la loi danoise sur la commission des recours). En référence notamment à l'article 30 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (*directive 2014/24/UE, article 5, paragraphes 1 et 3*), la commission des recours a donc déclaré que l'entité adjudicatrice devait estimer la valeur du marché selon une approche objective et prudente et, à cet égard, mener toutes les enquêtes nécessaires sur le niveau de prix général du marché. Les autorités municipales avaient demandé des devis à d'autres fournisseurs, ce qui a permis d'établir le bien-fondé de leur estimation, selon laquelle le seuil d'environ 5,6 millions DKK n'était pas dépassé. Il n'était donc pas nécessaire que les autorités municipales suivent la procédure décrite à la section III (*directive 2014/24/UE, articles 74 à 76*). Entre autres, l'objet et la valeur limitée du marché s'opposaient fortement à l'idée que le marché intéresse une entreprise d'un autre État membre. Dès lors, il n'était pas

nécessaire non plus que les autorités municipales suivent la procédure décrite à la section IV. Dans sa décision du 26 octobre 2016, la commission des recours a déclaré à cet égard que les autorités municipales étaient en droit, dans le cadre de leur estimation du futur nombre d'heures pendant toute la durée du contrat, de se baser sur le nombre attendu d'heures accomplies, et ce même si le nombre d'heures octroyé était plus élevé, indépendamment des options à inclure. Le requérant a ainsi été débouté de sa demande.

### 2.2.3. Exigences liées au cahier des charges et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres

*Décision du 9 février 2016 dans l'affaire TEAM OPP v/DEAS A/S contre Région Jutland-Central*

*Recours admis concernant le manque de clarté du cahier des charges lié à un projet de PPP d'une valeur de plusieurs milliards de couronnes danoises. Les changements apportés à l'identité du soumissionnaire n'entravent en rien l'annulation de la décision d'attribution du marché puisque les changements avaient été acceptés par l'entité adjudicatrice durant l'appel d'offres.*

Début 2013, les autorités régionales du Jutland-Central ont publié un appel d'offres concernant un projet de PPP visant la construction et l'exploitation d'un nouveau centre psychiatrique à Skejby pour une valeur totale de quelque 2,2 milliards DKK. Dans le cadre de ce projet, le fournisseur devait racheter l'immeuble de Risskov, qui abritait alors le service psychiatrique. Trois consortiums ont été sélectionnés pour participer à la phase de négociation (« dialogue compétitif ») de la procédure de passation de marché. Deux de ces consortiums, TEAM OPP et TEAM KPC, ont fini par soumettre une offre définitive au printemps 2014. Lors de l'évaluation des offres par les autorités régionales du Jutland-Central le 25 juin 2014, l'offre de TEAM KPC a été désignée comme la meilleure et le soumissionnaire évincé a intenté un recours le 1<sup>er</sup> juillet 2014. Sur décision du président, l'affaire a été traitée avec la participation de deux experts et de deux juges (présidents en charge du dossier) issus de la présidence de la commission.

Dans sa décision du 9 février 2016, la commission des recours a établi que les autorités régionales du Jutland-Central avait agi en violation des principes d'égalité de traitement et de transparence (cf. directive 2004/18/CE, article 2) en ayant défini et appliqué dans le cahier des charges des critères peu clairs et contradictoires pour l'évaluation des offres soumises selon le sous-critère « Prix – valeur actualisée du total des paiements pendant la durée du contrat de PPP ». Le manque de clarté portait sur la manière dont le prix d'achat que les soumissionnaires devaient offrir pour l'immeuble de Risskov serait pris en compte lors de l'évaluation du prix global offert par les soumissionnaires. Le cahier d'offre, dans lequel les soumissionnaires étaient tenus d'indiquer les prix (et auquel les autorités régionales avaient, en réponse à une question publiée dans un avis de rectification peu avant la soumission des offres, fait référence en vue de l'évaluation du prix) demandait à ce que les soumissionnaires appliquent une première méthode (dite « méthode brute » dans le cadre du recours et invoquée par TEAM OPP) tandis que d'autres parties du cahier des charges laissaient entendre qu'une autre méthode de calcul (dite « méthode nette » et invoquée par les autorités régionales du Jutland-Central) était la bonne. De ce fait, la commission des recours a annulé la décision des autorités régionales d'attribuer le marché à TEAM KPC.

Les autorités régionales avaient été parfaitement informées et avaient accepté les différents changements apportés à la composition du consortium TEAM OPP durant la procédure de négociation, entamée lors de la sélection des soumissionnaires et clôturée lors de la soumission des offres définitives. C'est pourquoi les vues (subséquentes) des autorités régionales, selon lesquelles les changements au niveau de TEAM OPP sortaient du cadre légalement autorisé, n'ont pas pu empêcher l'annulation de la décision d'attribution du marché.

Peu de temps après l'introduction du recours, la commission des recours (les deux présidents en charge du dossier) s'était prononcée, dans une décision intermédiaire du 29 juillet 2014, sur une demande de TEAM OPP visant à octroyer un effet suspensif au recours. La commission n'a pas octroyé l'effet suspensif, mais a déclaré qu'il était envisageable qu'une requête comme celle qui a été admise par la suite dans la décision du 9 février 2016 serait suivie. Les autorités régionales du Jutland-Central n'étant pas d'accord sur ce point, la procédure de recours s'est poursuivie. Le 17 août 2015, la commission (les deux présidents en charge et les deux experts) a en outre rendu une autre décision intermédiaire indiquant qu'il n'y avait pas de raison, contrairement à la requête des autorités régionales, de rejeter le recours suite aux changements apportés à l'identité de TEAM OPP.

#### *Décision du 2 août 2016 dans l'affaire Dansk Byggeri contre Région Capitale*

*L'entité adjudicatrice n'a pas violé le principe de proportionnalité sanctionné par le droit européen en publiant un appel d'offres concernant un marché de construction partielle comprenant des clauses de travail et sociales impliquant une responsabilité en chaîne.*

Dans le cadre d'un appel d'offres publié selon la procédure restreinte conformément à l'ancienne directive sur la passation des marchés publics et portant sur des travaux de construction partielle sur un établissement public de grande taille, l'entité adjudicatrice avait notamment énoncé ce qui suit dans le cahier des charges : 1) Les travaux devaient être exécutés dans le respect des droits de l'homme, des droits de travailleurs, de l'environnement et de la lutte contre la corruption. Ni l'entrepreneur général ni les sous-traitants ne pouvaient employer une main d'œuvre contraire aux conventions. 2) L'entrepreneur devait s'assurer que ses salariés et ceux de ses sous-traitants étaient garantis des conditions de travail et de rémunération qui n'étaient pas moins favorables que celles applicables à des travaux de même nature conformément à une convention collective danoise conclue entre des partenaires sociaux représentatifs. 3) Le non-respect des points 1 et 2 constituerait une faute grave à laquelle l'entrepreneur serait alors immédiatement contraint de remédier en dédommageant à part entière les salariés, y compris ceux de ses sous-traitants. Si, à cet égard, il devait verser un supplément de salaire aux salariés, l'entrepreneur serait également contraint de verser à l'entité adjudicatrice une amende spécifique. 4) Si l'entrepreneur général ou l'un de ses sous-traitants avaient confié les travaux à des personnes ne possédant pas le permis de travail et de séjour requis, l'entrepreneur serait contraint de verser à l'entité adjudicatrice une amende spécifique.

La Fédération danoise du bâtiment (*Dansk Byggeri*) a conclu à ce qu'il était contraire au principe de proportionnalité sanctionné par le droit européen que le cahier des charges impose à l'entrepreneur de dédommager les salariés d'un sous-traitant et de verser une amende dans les cas décrits. Dansk Byggeri a fait valoir qu'il n'était ni nécessaire ni opportun d'imposer une responsabilité en chaîne et

que les risques économiques découlant de ladite responsabilité étaient très difficiles, voire impossibles à estimer. La commission des recours a rejeté ces conclusions et a notamment fait valoir qu'un entrepreneur général pouvait se couvrir vis-à-vis de ses sous-traitants en incluant les clauses de travail dans les contrats conclus avec eux. Le fait qu'un entrepreneur, en vertu de clauses de travail impliquant une responsabilité en chaîne, réponde vis-à-vis d'un maître d'ouvrage du non-respect d'une clause de travail par un sous-traitant, est conforme aux principes contractuels normaux du secteur de la construction. Les clauses de travail impliquant une responsabilité en chaîne constituaient donc une mesure appropriée afin de garantir que toutes les personnes employées pour les travaux de construction se voient garantir des conditions de travail et de rémunération correspondant aux conditions régnant sur le marché du travail danois. Dès lors, il n'y avait pas lieu de considérer que les clauses limitent artificiellement la concurrence. La possibilité qu'une responsabilité en chaîne accroisse les charges administratives et financières pour l'entrepreneur général est sans importance puisqu'un soumissionnaire peut tenir compte de ces circonstances dans la fixation du prix de son offre. De même, le risque que l'entrepreneur doive régler une amende à l'entité adjudicatrice est, lui aussi, sans importance puisque l'entrepreneur a la possibilité d'inclure ces conditions dans son contrat avec le sous-traitant.

Par ailleurs, Dansk Byggeri avait conclu à ce que les exigences définies dans le cahier des charges concernant le respect des droits de l'homme, des droits des travailleurs, de l'environnement et de la lutte contre la corruption étaient contraires au principe de transparence et qu'il était contraire au principe de proportionnalité que le non-respect de ces exigences constitue une rupture du contrat. La commission des recours a rejeté ces conclusions et fait valoir que les déclarations internationales et autres textes auxquels le cahier des charges faisait référence, comportaient des principes sociaux fondamentaux d'une nature telle qu'ils étaient connus de tous les soumissionnaires, que le principe de transparence était un principe du droit relatif à la passation des marchés publics qui ne doit pas être appliqué à des conditions contractuelles en matière de responsabilité, etc., et que les termes relatifs à la responsabilité sociale n'étaient ni discriminatoires ni contraires au principe d'égalité de traitement. Dans le cas où un entrepreneur ou sous-traitant commettrait clairement une violation des déclarations et autres textes mentionnés, cette situation serait d'une telle gravité qu'il conviendrait de les considérer comme une rupture grave du contrat. Dès lors, et étant donné que les termes concernant la rupture grave du contrat n'étaient ni discriminatoires, ni contraires au principe d'égalité de traitement, le principe de proportionnalité n'avait pas été violé.

*Décision du 22 août 2016 dans l'affaire Struensee & Co I/S contre Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S*

*Un appel d'offres concernant un accord-cadre de fourniture de services de gestion avait été organisé de telle manière qu'il constituait un recours abusif à l'accord-cadre ou empêchait, restreignant ou faussait la concurrence sur le marché.*

*Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) a publié un appel d'offres selon la procédure restreinte conformément à l'ancienne directive sur la passation des marchés publics (2004/18/CE) concernant un accord-cadre volontaire composé de trois accords-cadres partiels portant sur la fourni-*

ture de services conseils de gestion pour une valeur globale estimée à 250 millions DKK. Le critère d'attribution du marché était « l'offre la plus avantageuse économiquement ». Conformément à l'avis de marché, SKI entendait conclure un contrat avec sept fournisseurs pour chacun des accords partiels et il était établi que les marchés liés aux accords-cadres seraient attribués aux clients par le biais de mises en concurrence réduites sur la base de la concurrence sur les prix, notamment.

Le requérant, qui faisait partie d'un consortium qui avait, en vain, fait acte de candidature à la présélection, a fait valoir dans un premier temps que SKI avait violé l'article 32, paragraphe 2, dernier point, de la directive sur la passation des marchés publics, en vertu duquel « les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence ». En outre, le requérant a fait valoir qu'en mettant l'accent sur les critères de sélection « Chiffre d'affaires » et « Capacité de production », SKI avait organisé l'appel d'offres de telle manière qu'il était en réalité réservé aux grandes sociétés de services conseils et discriminait ainsi les petites sociétés. La commission des recours a débouté le requérant de sa demande. À cet égard, la commission a déclaré que rien dans le libellé de la disposition invoquée ou dans les considérants du préambule se rapportant à ladite disposition ne permettait de conclure que l'entité adjudicatrice était contrainte de s'assurer que le groupe des fournisseurs de l'accord-cadre soit composé de manière à refléter le marché ou que l'accord-cadre n'entraîne pas un risque d'émergence de fournisseurs dominants. En tant qu'entité adjudicatrice, SKI disposait d'une grande marge d'appréciation lors de l'organisation de la procédure d'appel d'offres et avait subdivisé le marché entre trois marchés partiels. Pour chacun des lots, SKI avait présélectionné dix candidats et avait, à cet égard, attaché une grande importance au chiffre d'affaires et à la capacité de production des candidats par rapport aux services demandés. Il s'agit là de critères habituels, objectifs et non discriminatoires par rapport au désir de SKI de garantir la sécurité d'approvisionnement de ses clients, notamment pour les tâches à échéance courte et critique. Par ailleurs, les petites et moyennes entreprises souhaitant participer à l'appel d'offres pouvaient, comme à l'habitude dans ce genre de situations, augmenter leurs chances en formant des alliances, tel que cela a été fait dans une large mesure. Parmi les candidats présélectionnés se trouvaient notamment deux consortiums composés entre autres de petites entreprises. La présélection n'avait donc pas eu lieu de manière à conclure que l'accord-cadre était en réalité réservé aux grandes entreprises, même si la procédure d'appel d'offres, telle qu'elle avait été organisée, avait principalement débouché sur la présélection de grandes entreprises (et la conclusion subséquente des contrats avec celles-ci).

Par ailleurs, le requérant a fait valoir que SKI avait violé l'article 44, paragraphe 3, de la directive sur la passation des marchés publics en ce sens que le nombre de candidats présélectionnés n'était pas suffisant pour assurer une concurrence réelle. Le requérant a fait valoir que les dispositions de l'article 44, paragraphe 3, de ladite directive, en vertu desquelles le nombre minimum est de cinq candidats, visent spécifiquement les cas où seul l'un d'entre eux se voit attribuer le marché. L'avis de marché indiquant qu'un accord-cadre serait conclu avec sept fournisseurs pour chacun des lots, le requérant a fait valoir que le défendeur aurait dû présélectionner 35 candidats environ pour chaque accord-cadre partiel au lieu de dix. La commission a débouté le requérant de sa demande et constaté que l'exigence minimum de cinq candidats présélectionnés avait été respectée, de même que celle visant à ce que le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence ré-

elle, et ce même si un contrat est conclu avec sept des dix candidats présélectionnés. Le recours portait sur la même procédure d'appel d'offres que celle visée par la décision du 27 juin 2016 dans l'affaire Konsortiet QUARTS P/S et Copenhagen Economics A/S contre SKI, décrite au point 2.2.6.

*Décision des 26 février et 15 septembre 2016 dans l'affaire SIM Lægekørsel I/S contre Région Danemark Sud*

*Un accord-cadre de fourniture de services de transport pour médecins de garde a été mis en concurrence sur la base du critère d'attribution « Prix le plus bas » et de telle sorte que le marché ne pouvait être attribué aux soumissionnaires possédant une licence de grande remise que dans la mesure où aucun des soumissionnaires dont l'offre était conforme au cahier des charges ne disposait d'une licence de taxi. Condition non valable. Annulation. Faute, mais aucune indemnisation.*

Les autorités régionales Danemark Sud ont mis en concurrence un accord-cadre de deux ans portant sur la fourniture de services de transport pour médecins de garde avec le critère d'attribution « Prix le plus bas ». En référence à un avis consultatif de la Direction générale danoise de la Concurrence (*Konkurrencestyrelsen*), les autorités avaient indiqué dans l'avis de marché et le cahier des charges que le marché ne pourrait être attribué aux soumissionnaires possédant une licence de grande remise que dans la mesure où aucun des soumissionnaires dont l'offre était conforme au cahier des charges ne disposait d'une licence de taxi. Des avis consultatifs de la Direction générale danoise de la Sécurité routière (*Færdselsstyrelsen*) laissaient, eux aussi, entendre que les licences de taxi avaient la priorité. Les autorités régionales ont reçu trois offres conformes au cahier des charges. L'offre assortie du prix le plus bas provenait de l'entreprise qui détenait le marché depuis cinq ans et qui possédait une licence de grande remise. Les autorités régionales ont attribué le marché à un soumissionnaire qui possédait une licence de taxi et dont l'offre s'élevait à 2 millions DKK de plus que l'offre la plus basse. La commission des recours a déclaré que rien dans la loi danoise sur les services de taxi etc. ne permettait que la priorité soit accordée aux soumissionnaires possédant une licence de taxi. Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres où un soumissionnaire possède effectivement une licence de grande remise pour les transports médicaux et a soumis une offre sur cette base, cette condition est contraire au principe d'égalité de traitement. Dans sa décision du 26 février 2016, la commission des recours a donc annulé la décision d'attribution du marché.

Dans sa décision du 15 septembre 2016, la commission s'est prononcée sur une demande de dommages et intérêts présentée sous la forme d'une demande d'indemnisation d'un intérêt positif matériel. Les autorités régionales ont conclu au débouté du requérant en rappelant qu'elles avaient agi en bonne foi puisque le cahier des charges suivait les avis consultatifs de la Direction générale de la Concurrence et de la Consommation et de la Direction générale de la Sécurité routière et de la Construction (comme elles se dénomment aujourd'hui) et qu'elles avaient une nouvelle fois consulté les deux directions avant d'attribuer le marché. Néanmoins, la commission des recours a établi que les autorités régionales avaient commis une faute, car le fait de se baser sur les avis consultatifs des directions générales compétentes n'exonérait pas les autorités régionales de leur responsabilité vis-à-vis du soumissionnaire qui avait soumis l'offre avec le prix le plus bas mais qui, du fait de la condition illégale posée par les autorités régionales, n'avait pas obtenu le marché. La condition illégale

faisant partie du cahier des charges, la condition relative au lien de causalité n'était toutefois pas remplie et le requérant a été débouté de sa demande.

#### 2.2.4. Présélection

*Décision du 13 juillet 2016 dans l'affaire B. Nygaard Sørensen A/S contre Direction générale de la Construction*

*En application de l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/CE, article 57, paragraphe 1, sous g), un candidat à la procédure de présélection a été, à juste titre exclu, de participer à une procédure d'appel d'offres suite à l'expérience de l'entité adjudicatrice avec ledit candidat dans le cadre d'un contrat précédent. L'entité adjudicatrice avait résilié ce contrat, car le candidat/entrepreneur avait, au sens de l'entité adjudicatrice, gravement violé le contrat en interrompant indûment les travaux.*

La Direction générale de la Construction (*Bygningsstyrelsen*) a lancé une procédure d'appel d'offres restreinte négociée en vertu de la loi danoise sur la passation des marchés publics concernant la fourniture de travaux principaux de construction. Dans l'avis de marché, elle avait indiqué que les sociétés faisant acte de candidature à la présélection seraient exclues si elles étaient exclues en vertu de l'un ou plusieurs des motifs définis à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi (directive 2014/24/UE, article 57, paragraphe 1). La Direction générale a exclu la société B. Nygaard Sørensen A/S (BNS) en application de l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 5, de ladite loi (directive 2014/24/UE, article 57, paragraphe 1, sous g), en référence au fait qu'elle avait résilié un contrat conclu précédemment avec BNS concernant d'autres travaux de construction suite à une faute grave commise par BNS. Préalablement à l'exclusion, la Direction générale avait donné à BNS la possibilité, en application de l'article 138 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, article 57, paragraphes 6 et 7), de fournir des preuves afin d'attester qu'elle avait pris les mesures nécessaires pour démontrer sa fiabilité. En réponse, BNS avait simplement fait valoir qu'elle n'avait pas violé l'ancien contrat. BNS a intenté un recours contre son exclusion et a conclu à que celle-ci était contraire aux principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité. BNS a fait valoir que la Direction générale avait indûment résilié l'ancien contrat vu que BNS ne l'avait pas violé. De son côté, la Direction générale a décrit le déroulement de l'affaire jusqu'à la date de résiliation du contrat conclu avec BNS. Une procédure était encore en cours devant la commission d'arbitrage dans le secteur de la construction concernant l'ancien contrat et les parties avaient notamment formé d'importantes demandes d'indemnisation à l'encontre l'une de l'autre.

La commission des recours a déclaré que l'exclusion de BNS par la Direction générale était justifiée, et a ainsi débouté le requérant de sa demande. La commission a fait valoir qu'une entité adjudicatrice a la charge de prouver que les conditions arrêtées à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, article 57, paragraphe 1, sous g) sont remplies et que cette preuve peut être apportée sous la forme d'une décision de justice ou sentence arbitrale définitive. Conformément aux travaux législatifs préparatoires, une expérience personnelle ou une expérience d'autrui peut toutefois, selon les circonstances, justifier une exclusion au titre de

ces dispositions. Ainsi, il n'était pas impératif, dans le cadre du recours, qu'il existe une décision de justice ou sentence définitive, par exemple, puisque l'expérience personnelle de la Direction générale avec BNS était suffisante pour justifier l'exclusion de l'entreprise. La commission des recours n'était pas tenue de procéder à un examen complet pour déterminer si la Direction générale était en droit de résilier l'ancien contrat avec BNS. Après avoir globalement évalué les informations disponibles concernant le litige des parties relatif aux anciens travaux de construction et le déroulement de l'affaire jusqu'à la date de résiliation de l'ancien contrat par la Direction générale, la commission a cependant estimé que l'entité adjudicatrice avait prouvé que le contrat avait été résilié à la suite de circonstances qui, au sens de la Direction générale, pouvaient être qualifiées de faute grave et que la Direction générale avait ainsi suffisamment prouvé que le motif d'exclusion arrêté à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, article 57, paragraphe 1, sous g) était rempli. En outre, il n'y avait pas lieu de constater que la Direction générale, en procédant à l'exclusion, avait agi en violation des principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité, et, préalablement à l'exclusion, la Direction générale avait donné au requérant la possibilité d'attester de sa fiabilité (« auto-réhabilitation »), cf. article 138 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, article 57, paragraphes 6 et 7).

*Décision du 29 juin 2016 dans l'affaire Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S et Western Marine Shipyard Ltd. contre Thyborøn-Agger Færgeoverfart.*

*Ne pouvant exclure que le motif avancé par l'entité adjudicatrice pour justifier l'évincement d'un soumissionnaire durant la phase de présélection d'un appel d'offres visant la fourniture d'un ferry reposait sur des circonstances qui ne pouvaient être prises en compte dans l'examen des soumissions, la commission des recours a fait droit à la demande du requérant.*

Thyborøn-Agger Færgeoverfart a ouvert, conformément à l'ancienne directive sur la passation des marchés publics (2004/18/CE), une procédure restreinte d'appel d'offres concernant la fourniture d'un ferry pour la traversée Thyborøn - Agger. Une entreprise qui avait, en vain, fait acte de candidature à la présélection a intenté un recours contre son évincement et a fait valoir que les principes d'égalité de traitement et de transparence avaient été violés étant donné que l'entité adjudicatrice n'avait pas procédé à une évaluation objective des références du requérant.

L'entité adjudicatrice n'ayant pas défini de limites quant au nombre de références pouvant être jointes, à la manière de les décrire et à la longueur des descriptions, il ne pouvait être reproché au candidat qu'il n'ait pas souhaité contribuer à « sélectionner des références pertinentes ». Pour l'évaluation des références, Thyborøn-Agger Færgeoverfart avait fait appel aux services d'un expert. Dans son avis, l'expert a notamment indiqué ce qui suit : « Nous avons évalué tous les candidats de manière aussi objective que possible sur la base tantôt du matériel reçu, tantôt de nos connaissances sur chacun des candidats ». Par le passé, la commission des recours a, à plusieurs reprises (par exemple, décision du 20 avril 2016, Backbone Aviation contre DMI), déclaré que les candidatures à la présélection devaient être évaluées par l'entité adjudicatrice sur la base de leur contenu et que l'entité adjudicatrice ne pouvait faire intervenir ses expériences antérieures avec un candidat spécifique à l'avantage de celui-ci à moins que des raisons concrètes ne le justifient dans la candidature. Dans

une déclaration aux fins de l'affaire, il a été indiqué qu'il s'agissait d'une « tournure de phrase maladroite », mais il n'a toutefois pas été précisé comment l'évaluation des références avait concrètement eu lieu, ni pourquoi les références du requérant avaient été jugées largement inférieures à celles des candidats présélectionnés. Vu qu'il n'était pas possible d'exclure, après un examen concret des faits, que l'accent avait été mis, lors de la présélection, sur les connaissances du conseiller concernant les candidats, la commission a accueilli la demande du requérant et annulé la décision de présélection.

### 2.2.5 Évaluation, y compris choix et publication du modèle d'évaluation

*Décision du 13 septembre 2016, Forenede Service A/S contre Autorités fiscales (SKAT)*

*La commission des recours a déclaré que l'obligation de publication de la méthode d'évaluation dans le dossier d'appel d'offres au titre de l'article 160 de la loi danoise sur la passation des marchés publics ne s'appliquait pas aux procédures de mise en concurrence réduite ouvertes aux termes d'un accord-cadre mis en concurrence préalablement à l'entrée en vigueur de ladite loi le 1<sup>er</sup> janvier 2016. En référence à l'article 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la commission des recours, la commission a refusé de se prononcer sur les vues du requérant qui n'étaient pas mentionnées dans ses conclusions.*

En 2016, les autorités fiscales danoises (SKAT) ont lancé une procédure de mise en concurrence réduite concernant la fourniture de services de nettoyage aux termes d'un accord-cadre qui avait été mis en concurrence en 2015. Le critère d'attribution du marché était « l'offre la plus avantageuse économiquement ». Le recours avait été introduit par une entreprise qui avait soumis une offre dans le cadre de la procédure de mise en concurrence réduite, mais n'avait pas obtenu le marché. Le requérant a fait valoir que l'entité adjudicatrice avait agi en violation des principes de transparence et de proportionnalité arrêtés à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, article 18, paragraphe 1) en ne précisant la pondération définitive appliquée au sous-critère « Prix global » qu'après avoir pris connaissance du contenu des offres.

La commission des recours a débouté le requérant de sa demande. À cet égard, la commission a déclaré que l'obligation de publication de la méthode d'évaluation dans le dossier d'appel d'offres au titre de l'article 160 de la loi danoise sur la passation des marchés publics ne s'appliquait pas aux procédures de mise en concurrence réduite ouvertes aux termes d'un accord-cadre mis en concurrence préalablement à l'entrée en vigueur de ladite loi le 1<sup>er</sup> janvier 2016. En outre, la commission a déclaré que conformément à sa jurisprudence, l'entité adjudicatrice n'était pas obligée de publier la méthode d'évaluation dans le dossier d'appel d'offres à moins qu'elle n'applique une méthode tout à fait exceptionnelle et aléatoire. De même, il ne pouvait être admis qu'une obligation de publication de la méthode d'évaluation dans le dossier d'appel d'offres découle du droit européen (cf. arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 juillet 2016, TNS Dimarso NV contre Vlaams Gewest). Ainsi, la commission s'est essentiellement ralliée à l'analyse juridique retenue par la Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation dans un avis publié le 1<sup>er</sup> juillet 2016. Toutefois, la commission a établi que la date de clôture déterminante était la date de la mise en concurrence de l'accord-cadre. En référence à l'article 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la commission des

recours, la commission a pour le reste refusé de se prononcer sur les vues du requérant dans la mesure où elles n'étaient pas mentionnées dans les conclusions déposées par ce dernier. Dès lors, il n'appartenait pas à la commission de déterminer si la méthode d'évaluation était contraire, aux dates indiquées, aux principes de transparence et de proportionnalité arrêtés à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, article 18, paragraphe 1).

*Décision du 22 novembre 2016 dans l'affaire Abigo Medical AB contre Région Danemark Sud, Région Jutland du Nord et Région Sjaelland.*

*Le modèle d'évaluation linéaire choisi pour le critère de prix qui, après l'ouverture des plis, avait été défini comme l'offre la plus basse + 1000 %, a été invalidé bien qu'il fût applicable à toutes les offres reçues, car l'entité adjudicatrice n'a pas prouvé que le modèle était en mesure de refléter la différence de prix relativement importante entre les deux offres les plus basses. Le modèle ne convenait donc pas pour identifier « l'offre la plus avantageuse économiquement ».*

Conformément à la directive européenne sur la passation des marchés publics (2004/18/CE), les autorités régionales ont mis en concurrence un accord-contrat de fourniture de produits de nutrition clinique et d'équipements associés. Le recours portait sur l'un des lots de l'accord-cadre concernant du lait spécial pour nourrissons. Le critère d'attribution était « L'offre la plus avantageuse économiquement » sur la base des sous-critères « Prix » (55 %) et « Qualité » (45 %). Trois entreprises (A, B et C) ont soumis une offre, et les prix offerts, calculés sur la base des prix indiqués et de la consommation estimée, s'élevaient à environ 3 000 DKK (A), 8 000 DKK (B) et 96 000 DKK (C). Les offres des entreprises A et B étaient ainsi largement inférieures aux prix d'achat acquittés jusqu'ici par l'entité adjudicatrice, tandis que le montant de l'offre de l'entreprise C était supérieur au montant total des dépenses prises en charge par les autorités régionales en 2015 (environ 91 000 DKK). Lors de l'évaluation des offres conformément au sous-critère « Prix », les autorités régionales ont appliqué une échelle de 0 à 5. Les notes ont été attribuées selon un modèle linéaire, selon lequel l'offre avec le prix le plus bas a obtenu la note la plus haute et l'offre dont le montant était supérieur de plus de 1000 % au prix le plus bas a obtenu la note la plus basse. Ainsi, l'entreprise A a obtenu 5 points, l'entreprise B 4,73 points et l'entreprise C 0,17 point. Suite à ces notes et à celles attribuées pour le sous-critère « Qualité », l'entreprise B a obtenu, au total, un nombre de points supérieur à celui de l'entreprise A et l'entité adjudicatrice a donc attribué le marché à l'entreprise B.

La commission des recours a indiqué que suite à la manière dont le point le plus bas de la fonction linéaire était défini (supérieur de plus de 1000 % au prix le plus bas), le profil de la courbe était très plat. À moins que le marché concerné ne présente des caractéristiques particulières, une courbe aussi plate serait exceptionnelle et imprévisible pour les soumissionnaires et pourrait bouleverser l'équilibre entre le sous-critère « Prix » et le sous-critère « Qualité ». Il incombait à l'entité adjudicatrice de prouver, le cas échéant, l'existence desdites caractéristiques particulières et, en l'espèce, la charge de la preuve était alourdie puisqu'il convenait d'admettre que le modèle d'évaluation avait été défini après la réception des offres. La commission des recours a estimé que le modèle d'évaluation avait été défini de manière telle qu'il ne permettait pas de refléter la différence de prix de plus de 50 % entre les deux offres les plus basses. Ainsi, la commission a estimé que l'entité adjudicatrice

n'avait pas prouvé que le modèle d'évaluation appliqué était en mesure de refléter une différence de prix relativement importante entre les deux offres les plus basses et pouvait contribuer à l'identification de l'« offre la plus avantageuse économiquement ». La commission a donc annulé la décision d'attribution du marché. Les dispositions de l'article 160 de la loi danoise sur la passation des marchés publics n'étaient pas d'application, car l'avis de marché avait été publié préalablement à l'entrée en vigueur de ladite loi le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

*Décision du 17 août 2016 dans l'affaire Holmrís + Flexform A/S contre Professionshøjskolen UCC, University College Capital*

*Le modèle d'évaluation linéaire choisi pour le critère de prix qui, après l'ouverture des plis, avait été défini comme l'offre la plus basse + 10 % environ, a été invalidé bien qu'il fût applicable à toutes les offres reçues, car l'entité adjudicatrice n'a pas prouvé (même dans l'avis unilatéral obtenu) que le marché concerné présentait des caractéristiques particulières, si bien que le modèle pouvait être considéré comme prévisible.*

Conformément à l'ancienne directive sur la passation des marchés publics (2004/18/CE), University College Capital (UCC) a mis en concurrence, selon la procédure restreinte, un accord-cadre portant sur l'acquisition de mobilier pour le nouveau Campus Carlsberg d'une superficie de 56 000 m<sup>2</sup>. Cinq entreprises ont soumis une offre. Le critère d'attribution était « L'offre la plus avantageuse économiquement » sur la base des sous-critères « Prix » (40 %) et « Design et qualité » (60 %). Après qu'UCC ait rendu sa décision d'attribution, un soumissionnaire évincé a intenté un recours concernant notamment l'évaluation des offres selon le sous-critère « Prix », qui a été réalisée à partir d'un modèle linéaire non publié, où la note la plus haute a été attribuée au prix offert le plus bas tandis qu'aucune note n'a été attribuée aux prix qui dépassaient celui-ci de 2 millions DKK (soit le prix le plus bas + un peu plus de 10 %). Suite au modèle appliqué, la différence de prix en points était dix fois plus élevée que la différence de prix en termes de montants des offres soumises. La commission des recours a déclaré qu'à moins qu'elle ne soit publiée dans le cadre du cahier des charges et que le marché concerné ne présente des caractéristiques particulières, une courbe aussi raide était imprévisible pour les soumissionnaires et pouvait contribuer à bouleverser l'équilibre entre le sous-critère « Prix » et le sous-critère « Design et qualité ». Il incombait aux pouvoirs adjudicateurs de prouver, le cas échéant, l'existence desdites caractéristiques particulières. Le fait que le modèle en cause n'ait été défini qu'après la réception des offres et l'ouverture des plis contribuait en outre à alourdir la charge de la preuve. Dans le cadre du recours, UCC a fait valoir que le mobilier de la qualité concernée mis en concurrence avait le caractère de marchandises standard et que, selon son expérience, la fourchette de prix était très restreinte pour de telles marchandises, ce qui, dans une certaine mesure, a été confirmé par les prix offerts à UCC dont la variation ne dépassait pas 6 %. Durant le recours, UCC s'est en outre procuré un avis unilatéral, qui indiquait une fourchette réaliste d'environ 15 % pour l'appel d'offres publié. Après avoir examiné les preuves produites, la commission des recours a estimé qu'UCC n'avait pas démontré que le modèle était prévisible et ne bouleversait pas l'équilibre entre les sous-critères « Prix » et « Design et qualité ». L'intervalle de prix exceptionnellement étroit (un peu plus de 10 %) avait de plus joué un rôle décisif dans l'attribution du marché. Ainsi, même un modèle avec une courbe aussi raide que « le prix le plus bas + 20 % » aurait, selon les calculs d'UCC,

permis au requérant de se voir attribuer le marché. La commission a estimé que, dans le cadre du modèle d'évaluation, UCC avait en réalité été libre de choisir le soumissionnaire à qui elle souhaitait attribuer le marché. La commission a annulé la décision d'attribution d'UCC sur la base de cette violation, notamment. Les dispositions de l'article 160 de la loi danoise sur la passation des marchés publics n'étaient pas d'application, car l'avis de marché avait été publié préalablement à l'entrée en vigueur de ladite loi le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

*Décision du 5 juillet 2016 dans l'affaire Lekolar LEIKA A/S contre KomUdbud c/o Municipalité de Randers – invalidation du modèle d'évaluation appliqué dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits*

Le modèle d'évaluation appliqué à un marché de fourniture d'un assortiment de produits ne tenait pas compte de la consommation attendue. Seul un petit nombre des prix offerts ont donc pu être inclus dans l'évaluation et la courbe d'évaluation linéaire s'en est vue modifiée pour chacun des produits évalués selon les prix offerts. La méthode a été invalidée pour manque de transparence. La décision est décrite en détail au point 2.2.6.

#### 2.2.6 Marchés de fourniture d'un assortiment de produits

*Décision du 5 juillet 2016 dans l'affaire Lekolar LEIKA A/S contre KomUdbud c/o Municipalité de Randers – invalidation du modèle d'évaluation appliqué dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits*

*Le modèle d'évaluation appliqué à un marché de fourniture d'un assortiment de produits ne tenait pas compte de la consommation attendue. Seul un petit nombre des prix offerts ont donc pu être inclus dans l'évaluation et la courbe d'évaluation linéaire s'en est vue modifiée pour chacun des produits évalués selon les prix offerts. La méthode a été invalidée pour manque de transparence.*

Conformément à l'ancienne directive sur la passation des marchés publics (2004/18/CE), KomUdbud, représentée par les autorités municipales de Randers, a mis en concurrence un accord-cadre obligatoire pour 13 communes danoises portant sur la fourniture d'un assortiment de meubles pour garderies. Le critère d'attribution était « L'offre la plus avantageuse économiquement » sur la base des sous-critères « Qualité » (30 %), « Solution proposée » (30 %), « Prix » (20 %) et « Diversité de l'assortiment » (20 %). Après avoir reçu la décision d'attribution du marché, un soumissionnaire évincé a intenté un recours concernant, entre autres, l'évaluation des prix offerts selon le sous-critère « Prix ». À cet égard, le requérant a notamment fait valoir que le défendeur avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence (cf. articles 2 et 53 de ladite directive) en ayant appliqué un modèle d'évaluation qui était exceptionnel et n'avait pas été publié et qui ne convenait pas pour identifier « l'offre la plus avantageuse économiquement ». À l'appui de ses arguments, le requérant a soutenu que l'évaluation avait été réalisée sans tenir compte de la consommation attendue des produits visés par les offres, ce qui donnait un résultat incorrect par rapport à la consommation réelle de KomUdbud et favorisait les soumissionnaires spéculant sur l'absence de pondération des postes inclus dans l'évaluation, raison pour laquelle la méthode n'était pas en mesure de refléter les différences réelles entre les offres soumises. S'agissant du sous-critère « Prix », le cahier des

charges indiquait que les soumissionnaires devaient remplir une liste comprenant au total 39 lignes d'articles et préciser entre autres un prix catalogue et un prix offert pour chaque ligne. De plus, le cahier mentionnait que « le prix net... serait inclus dans l'évaluation ». En ce qui concerne le fondement de cette méthode, il a été indiqué dans le cadre du recours que, durant l'une des années du dernier accord d'achat collectif en date, plus de 2 459 produits différents avaient été achetés, que l'entité adjudicatrice ne pensait pas qu'il était possible de prévoir le type précis et la quantité des produits qui seraient achetés dans le cadre du présent marché et que l'entité adjudicatrice avait par conséquent décidé de procéder à l'évaluation sur la base de 39 catégories de produits susceptibles de constituer un échantillon représentatif des produits qui seraient achetés dans le cadre du marché.

La commission des recours a considéré que KomUdbud avait évalué les offres conformément aux informations fournies et que KomUdbud n'avait donc pas tenu compte du volume d'achats attendu dans son évaluation. De plus, afin de pouvoir procéder à l'évaluation, KomUdbud avait appliqué un effet de levier « de façon à ce qu'elle reflète les prix concurrents soumis pour chaque ligne d'article ». Dès lors, le prix le plus bas pour chaque ligne a reçu la note maximum tandis que les prix supérieurs de 50 % ont reçu la note 0. Toutefois, cette limite a été augmentée par intervalles de 50 % jusqu'à ce que tous les prix pour chaque produit puissent être pris en compte dans le modèle. Il s'est avéré que les soumissionnaires ont organisé leurs offres de manière à pouvoir soumettre la meilleure offre globale possible, après quoi KomUdbud, afin d'évaluer le prix, a appliqué un effet de levier sur les prix soumis de façon à pouvoir les inclure dans le modèle d'évaluation. La commission des recours a estimé que le modèle d'évaluation était exceptionnel et aurait donc dû être publié durant la procédure d'appel d'offres. En n'évaluant pas les quantités estimées, en n'évaluant que 39 catégories de produits et en réalisant l'effet de levier susmentionné, KomUdbud avait appliqué une méthode d'évaluation qui manquait totalement de transparence. C'est pourquoi la commission des recours a accueilli la demande du requérant et annulé la décision d'attribution du marché.

### 2.2.7 Obligation de motivation lors de l'attribution des marchés

*Décision du 27 juin 2016 dans l'affaire Konsortiet QUARTZ P/S et Copenhagen Economics A/S contre Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S*

*La motivation portait principalement sur l'évaluation de l'offre soumise par l'entreprise à qui elle était destinée et expliquait les raisons pour lesquelles, d'une part, cette entreprise ne faisait pas partie des soumissionnaires retenus et, d'autre part, son offre avait été évaluée inférieure à celle du « dernier soumissionnaire retenu ». Toutefois, la motivation ne contenait pas d'informations sur l'évaluation des sept offres retenues (au total, neuf offres avaient été soumises) ni du « dernier soumissionnaire retenu ». Motivation jugée insuffisante.*

Le consortium QUARTZ P/S (Quartz) a intenté un recours concernant un appel d'offres réalisé selon la procédure restreinte par Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) concernant un accord-cadre. SKI avait attribué le marché à sept des neufs soumissionnaires. Le recours de Quartz portait à la fois sur le modèle d'évaluation, l'évaluation et la motivation fournie.

Seule la demande liée à la motivation insuffisante a été admise. À cet égard, la commission des recours a fait référence à l'article 2, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur l'application des règles en matière de marchés publics alors en vigueur et au fondement de ces dispositions. Celles-ci portent transposition de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la directive sur les procédures de recours (directive 89/665/CEE du Conseil, comme modifiée dernièrement par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil), en vertu duquel la motivation doit satisfaire aux exigences arrêtées à l'article 41, paragraphe 2, de l'ancienne directive sur la passation des marchés publics (directive 2004/18/CE). En vertu de cette règle, le nom du soumissionnaire retenu doit être indiqué et la motivation doit rendre compte des « caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ». La commission des recours a en outre rappelé que suite à la transposition de la nouvelle directive sur la passation des marchés (directive 2014/24/UE), l'article 171, al. 4, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, article 55, paragraphe 2) comprenait des dispositions similaires : « (...) communiquer les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue par rapport à l'offre évincée (...) ». La commission a également fait référence à sa décision du 23 juin 2015 dans l'affaire *European Dynamics Luxembourg SA contre Autorités fiscales danoises* et à la jurisprudence, conformément à laquelle la motivation doit indiquer de manière claire et précise les éléments sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est basée de manière à ce que les parties concernées puissent connaître le fondement de la décision prise et que la juridiction compétente puisse exercer son contrôle. Ainsi, la commission des recours a soutenu que la motivation de SKI (outre des informations générales sur l'évaluation et une description des points octroyés) ne comportait principalement qu'une évaluation de l'offre du consortium et une explication concernant les raisons pour lesquelles Quartz ne faisait pas partie des sept entreprises retenues sur les neuf ayant soumis une offre. Par ailleurs, SKI précisait les points sur lesquels l'offre de Quartz avait été estimée inférieure à celle du « dernier soumissionnaire retenu ». À part cela, la motivation ne comportait aucune information sur l'évaluation des offres retenues ou de l'offre du « dernier soumissionnaire retenu ». Dès lors, la commission des recours a estimé que la motivation n'était pas suffisante. Après une évaluation concrète du caractère significatif, la commission des recours a débouté le requérant de sa demande d'annulation de la décision d'attribution du marché. Le recours porte sur la même procédure d'appel d'offres que celle visée par la décision du 22 août 2016 dans l'affaire *Struensee & Co contre SKI*, décrite au point 2.2.3.

### **2.2.8 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif (provisoire) et sanctions appliquées par la commission**

*Décision du 28 juillet 2016 dans l'affaire UCplus A/S contre Municipalités d'Esbjerg, de Varde et de Vejen*

*Un effet suspensif a été octroyé au recours, car le requérant, qui n'avait pas soumis d'offre, n'aurait pas pu obtenir une indemnisation et les conditions « fumus boni juris » et « mise en balance des intérêts » étaient remplies. Les exigences liées au prix et à la capacité financière discriminaient les entreprises établies par rapport aux jeunes entreprises.*

Cette décision constitue l'un des rares cas où le requérant obtient l'octroi d'un effet suspensif, car toutes les conditions « fumus boni juris » (justification du recours à première vue), « urgence » et

« mise en balance des intérêts en faveur du requérant » étaient remplies. À la lumière de la décision de la commission des recours, les pouvoirs adjudicateurs (les autorités municipales d'Esbjerg, de Vejen et de Varde) ont choisi d'annuler l'appel d'offres. La décision est ainsi devenue la décision définitive rendue dans l'affaire.

Il était question d'un marché public publié aux termes de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (régime assoupli, directive 2014/24/UE, articles 74 à 76) et portant sur l'organisation de cours de danois pour des participants renvoyés par les autorités municipales d'Esbjerg, de Vejen et de Varde en application du décret danois n° 772 sur l'offre de cours de danois aux étrangers adultes et autres. Parmi les exigences liées à la capacité économique et financière des soumissionnaires, les autorités municipales avaient établi que les entreprises établies devaient avoir enregistré en 2015 un chiffre d'affaires minimum de 40 millions DKK pour l'organisation de cours visés par la loi danoise sur l'offre de cours de danois aux étrangers adultes et autres et fournir une garantie bancaire spécifique. Les jeunes entreprises devaient, quant à elles, présenter les curriculum des membres de leur direction qui, ensemble, devaient avoir quatre ans d'expérience à des postes d'encadrement (directeur, chef de section, etc.) dans le domaine visé par ladite loi (« offre de cours de danois aux étrangers adultes et autres ») et avoir déjà assumé la responsabilité de contrats conclus dans le domaine visé par la loi pour une valeur minimum de 40 millions DKK – au plus tard en 2010. De plus, elles devaient pouvoir fournir une garantie bancaire de 10 millions DKK. Le requérant, UCplus A/S, est une entreprise établie qui, après s'être adressée en vain à de nombreuses reprises aux autorités municipales afin de faire modifier les exigences imposées aux entreprises établies, avait renoncé à soumettre une offre, car elle ne satisfaisait pas à l'exigence d'un chiffre d'affaires de 40 millions DKK. Après avoir reçu la décision d'attribution du marché des autorités municipales, UCplus A/S a intenté un recours auprès de la commission et fait valoir 1) que l'exigence liée au chiffre d'affaires n'était ni objective, ni proportionnelle et était donc contraire au principe d'égalité de traitement et 2) que la différence entre les exigences imposées aux entreprises établies et aux jeunes entreprises n'était pas objective et était donc elle aussi contraire au principe d'égalité de traitement.

D'emblée, la commission des recours a fait remarquer qu'il était possible, pour les appels d'offres publiés selon le régime assoupli au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE, articles 74 à 76), d'imposer les mêmes exigences concernant la capacité économique et financière des soumissionnaires que pour les appels d'offres publiés en application de la section II de ladite loi (directive 2014/24/UE, articles 2 à 72). La commission a estimé qu'il était envisageable que le requérant obtiendrait gain de cause concernant sa revendication n° 2 relative à la discrimination opérée entre les entreprises établies et les jeunes entreprises. La commission a déclaré que bien qu'il soit possible, dans une certaine mesure, d'imposer des exigences moins rigoureuses aux jeunes entreprises, la différence significative entre ces exigences et celles imposées aux entreprises établies constituait une discrimination qui ne pouvait être justifiée par les situations différentes des entreprises. Vu la nature de la violation, il était envisageable que la décision d'attribution du marché serait annulée. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie. Par ailleurs, la commission a estimé que la condition d'urgence était remplie, car le requérant, suite à ladite violation, avait renoncé à soumettre une offre et ne pourrait donc pas, dans le cadre du recours, obtenir une indemnisation même si la décision finale lui donnait gain de cause.

Concernant les conditions d'urgence et de mise en balance des intérêts, la commission a fait remarquer qu'UCplus A/S avait, durant la procédure d'appel d'offres, attiré l'attention des autorités municipales sur les éventuelles violations et introduit le recours sans retard indu lorsque les autorités avaient décidé de maintenir l'exigence liée au chiffre d'affaires. En outre, la commission a estimé que l'intérêt d'UCplus A/S à obtenir l'octroi de l'effet suspensif était supérieur à l'intérêt des autorités municipales à pouvoir conclure sans retard le contrat, qui était appelé à entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017. Dès lors, la commission a octroyé l'effet suspensif au recours.

*Décision du 14 septembre 2016 dans l'affaire Motus A/S contre État danois c/o Direction générale danoise de la Modernisation*

*Durant le traitement d'une demande d'indemnisation après le prononcé de la décision au fond, il n'a pas été permis au requérant de déposer de nouvelles conclusions concernant d'autres conséquences des violations constatées.*

En vertu de la loi danoise sur la passation des marchés publics, la Direction générale danoise de la Modernisation a mis en concurrence, selon la procédure restreinte, un accord-cadre obligatoire de deux ans portant sur la fourniture de « serveurs, solutions de stockage associées, accessoires et services apparentés » au nom de l'État danois dans son ensemble. Dans sa décision du 4 juillet 2016, la commission des recours a estimé que la Direction générale de la Modernisation avait agi en violation des principes d'égalité de traitement et de transparence (cf. article 2 de la directive sur la passation des marchés publics) en définissant et appliquant des exigences illégales dans le cahier des charges et en n'ayant pas fourni dans l'avis de marché des informations suffisantes sur les produits à fournir. La commission a donc annulé la décision d'attribution du marché.

L'entreprise Motus A/S, qui, lors de l'introduction du recours, s'était réservé le droit de déposer des conclusions supplémentaires, a déposé le 12 août 2016 quatre nouvelles conclusions. L'une d'entre elles portait sur une indemnisation tandis que les trois autres visaient à ce que la commission constate d'une part, que, suite à la décision du 4 juillet 2016, la Direction générale de la Modernisation n'était pas en droit d'effectuer des achats auprès des soumissionnaires retenus et que de tels achats pouvaient être déclarés dépourvus d'effets ou, au subsidiaire, devaient cesser conformément à l'article 185, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics ; d'autre part, qu'il convenait d'ordonner à la Direction générale de régulariser une communication transmise aux soumissionnaires retenus indiquant qu'il était toujours possible d'utiliser l'accord-cadre ; et d'autre part encore, que les accords-cadres conclus devaient être déclarés dépourvus d'effets suite aux modifications fondamentales qui y avaient été apportées.

Le 14 septembre 2016, la commission des recours a décidé de rejeter trois des quatre conclusions au motif qu'elles ne reflétaient pas des moyens de recours à l'appui des conclusions déjà déposées et ne concernaient pas des faits qui permettraient de déterminer si et dans quelle mesure Motus A/S avait droit à une indemnisation. Ainsi, la commission a souligné que la procédure d'appel d'offres de la Direction générale était clôturée à l'heure de la conclusion des accords-cadres. Les achats éventuels qui auraient été effectués sur la base de l'accord-cadre et la communication transmise par la Direction générale aux pouvoirs adjudicateurs associés sur l'accord-cadre et aux soumissionnaires retenus

portaient donc sur des décisions subséquentes qui devaient faire l'objet de recours séparés. La procédure de recours s'est clôturée par la décision d'indemnisation rendue par la commission le 31 octobre 2016. Un recours en justice a été introduit contre les décisions de la commission des 4 juillet et 31 octobre 2016.

*Décision du 19 décembre 2016 dans l'affaire Zøllner A/S contre Hundested Havn I/S et Municipalité d'Halsnæs*

*Indemnisation d'un intérêt positif matériel fixée sur la base des options figurant dans le marché mis en concurrence et de la possibilité prévue pour la réalisation de travaux au forfait. Les revendications des autorités municipales concernant leur indemnisation dans le cadre des relations internes entre les deux parties défenderesses (dommages-intérêts et dépens) et concernant le règlement des dépens entre ces parties, ont été rejetées pour incompétence.*

Dans sa décision du 19 avril 2016, la commission des recours a établi que les autorités portuaires Hundested Havn I/S et les autorités municipales d'Halsnæs avaient agi en violation du principe d'égalité de traitement arrêté à l'article 2, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux en ne rejetant pas une offre qui n'était pas conforme au cahier des charges. La commission a annulé la décision d'attribution du marché et considéré, dans le cadre de l'action en réparation, que, vu la nature des violations, tant les autorités portuaires que les autorités municipales avaient agi de manière fautive vis-à-vis de la société Zøllner A/S. La commission a déclaré qu'il incombait aux autorités portuaires et aux autorités municipales de démontrer que, si l'offre non conforme au cahier des charges avait été rejetée, elles auraient annulé la procédure restreinte au lieu d'attribuer le contrat au requérant, Zøllner A/S, qui avait soumis l'offre conforme la plus basse. En référence à une série de faits concrets, la commission a estimé que la charge de la preuve n'était pas satisfaite. Conformément aux règles sur l'indemnisation des intérêts positifs matériels, le montant des dommages et intérêts à verser à Zøllner A/S a été fixé à 250 000 DKK.

Les autorités municipales avaient demandé, par voie reconventionnelle, que si le requérant n'était pas débouté de sa demande, les autorités portuaires indemnisent les autorités municipales des dommages-intérêts et dépens dus à Zøllner A/S et qu'elles soient condamnées à régler aux autorités municipales des dépens d'un même montant que ceux réglés par les autorités municipales à Zøllner A/S. La commission a rejeté cette demande du fait qu'elle n'était pas compétente pour statuer sur le règlement d'une indemnisation et des dépens dans les relations internes entre deux parties défenderesses (cf. article 14, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la commission des recours et article 9, al. 4, du décret danois sur la commission des recours).

*Décision du 5 janvier 2016 dans l'affaire MultiLine A/S contre Université d'Aarhus*

*Les règles sur le délai suspensif définies dans la loi danoise sur l'application des règles en matière de marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours ») ne s'appliquaient pas à la décision d'attribution d'un marché dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres négociée sans publication préalable d'un avis de marché. La commission n'a pas octroyé d'effet suspensif au recours.*

Conformément à l'article 30, paragraphe 1, sous a, de l'ancienne directive sur la passation des marchés publics (2004/18/CE), l'Université d'Aarhus a organisé un appel d'offres selon la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché concernant un accord-cadre pour la fourniture de produits de nettoyage. Préalablement à la procédure visée par le recours, une procédure ouverte avait été organisée, mais annulée par l'université, car toutes les offres étaient considérées comme non conformes au cahier des charges. Un soumissionnaire évincé, MultiLine, dont l'offre a également été considérée comme non conforme au cahier des charges par l'université dans le cadre de la procédure négociée, a intenté un recours et revendiqué, entre autres, qu'à ses yeux, l'université avait indiqué une date d'expiration erronée pour le délai suspensif dans l'avis d'attribution.

S'agissant de cette revendication, la commission des recours a fait remarquer que les règles relatives au délai suspensif après la communication des avis d'attribution ne s'appliquaient pas aux décisions d'attribution liées à une procédure sans publication préalable d'un avis de marché (cf. article 3, al. 2, point 1, de l'ancienne loi danoise sur l'application des règles en matière des marchés publics, tel qu'il était formulé jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2016). Cette dérogation aux règles sur le délai suspensif ressortait expressément des dispositions mentionnées, qui étaient conformes aux dispositions sur le délai suspensif de la directive sur les procédures de recours, que la commission a minutieusement examinée. Une dérogation semblable découle désormais de l'article 3, al. 3, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours, correspondant aux anciennes dispositions de l'article 3, al. 2, point 1, de la loi danoise sur l'application des règles en matière de marchés publics. Le fait que la procédure d'appel d'offres avait eu lieu dans le prolongement d'une procédure avec publication préalable d'un avis de marché ne changeait rien au fait qu'il s'agissait d'une nouvelle procédure. Cette procédure était sans publication préalable d'un avis de marché et n'était donc pas visée par les règles sur le délai suspensif. Dès lors, il n'était pas envisageable que MultiLine obtienne gain de cause concernant son allégation sur la nature erronée des informations fournies sur le délai suspensif. La commission des recours a ajouté que le délai suspensif fixé par l'Université d'Aarhus dans son avis d'attribution du 27 novembre 2015 expirait le 8 décembre 2015, laissant ainsi aux soumissionnaires évincés un délai raisonnable pour introduire une demande d'octroi d'effet suspensif, cf. arrêts rendus dans les affaires C-81/98, Alcatel, et C-212/02, Commission/Autriche pour autant que ces décisions présentent un intérêt dans les cas où les dispositions sur le délai suspensif fixées aux termes de la directive sur les procédures de recours n'ont pas vocation à s'appliquer. Dans les arrêts mentionnés, rendus avant la transposition des règles sur le délai suspensif arrêtées dans la directive sur les procédures de recours, la Cour de justice de l'Union européenne a établi qu'une obligation de suspension/standstill extra-légale était d'application pour les procédures d'appels d'offres communautaires.

Au demeurant, la commission a déclaré dans sa décision qu'il était envisageable que la revendication selon laquelle l'université avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en se réservant, dans le cahier des charges de la procédure d'appel d'offres négociée, le droit de retenir ou de rejeter à sa convenance les offres qui ne satisfaisaient pas aux exigences minimums définies dans le cadre de la procédure négociée serait admise et que cela entraînerait une annulation. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie. En revanche, la condition d'urgence n'a pas été jugée remplie, raison pour laquelle la commission n'a pas octroyé d'effet suspensif

au recours. Cette décision est finalement devenue la décision définitive dans cette affaire, car l'Université d'Aarhus a choisi, à la lumière de la décision, d'annuler l'appel d'offres.

*Décision des 26 février et 15 septembre 2016 dans l'affaire SIM Lægekørsel I/S contre Région Danmark Sud*

Dans sa décision du 26 février 2016, la commission a invalidé une condition arrêtée dans un accord-cadre de fourniture de services de transport pour médecins de garde mis en concurrence sur la base du critère d'attribution « Prix le plus bas » et de telle sorte que le marché ne pouvait être attribué aux soumissionnaires possédant une licence de grande remise que dans la mesure où aucun des soumissionnaires dont l'offre était conforme au cahier des charges ne disposait d'une licence de taxi. La commission a annulé la décision d'attribution du marché. Dans sa décision du 15 septembre, la commission des recours avait établi que les autorités régionales avaient commis une faute, car le fait de se baser sur les avis consultatifs des directions générales compétentes n'exonérait pas les autorités régionales de leur responsabilité vis-à-vis du soumissionnaire qui avait soumis l'offre avec le prix le plus bas mais qui, du fait de la condition illégale posée par les autorités régionales, n'avait pas obtenu le marché. Le requérant n'a pas obtenu d'indemnisation vu que la condition illégale figurait dans le cahier des charges et qu'il n'existait donc pas de lien de causalité. La décision est décrite en détail ci-dessus au point 2.2.3.

*Décision du 13 septembre 2016 dans l'affaire Forenede Service A/S contre Autorités fiscales (SKAT)*

En application de l'article 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la commission des recours, la commission a refusé de se prononcer sur les vues du requérant dans la mesure où elles n'étaient pas mentionnées dans les conclusions déposées par ce dernier. La décision est décrite en détail ci-dessus au point 2.1.6.

*Décision du 4 mai 2016 dans l'affaire CGI Danmark A/S contre Direction générale danoise de la Modernisation*

Application de la sanction « absence d'effets » malgré la publication préalable d'un avis de marché de gré à gré. La décision est décrite en détail ci-dessus au point 2.1.1.

*Décision du 26 mai 2016 dans l'affaire Boston Scientific Nordic AB contre Région Jutland-Central*

La commission des recours a accueilli la demande d'appliquer la sanction « absence d'effets » et d'infliger une pénalité financière bien que le défendeur, qui a reconnu la violation, ait résilié le contrat, en rappelant que ces réactions étaient imposées par la loi (cf. article 17, al. 1<sup>er</sup>, point 1, et articles 19 et 20, cf. article 18, al. 2, point 3, de la loi sur la commission des recours). La décision est décrite en détail au point 2.1.1.

## 2.2.9 Condamnation aux dépens

*Décision du 26 mai 2016 dans l'affaire Boston Scientific Nordic AB contre Région Jutland-Central*

La commission des recours a déclaré, entre autres, que le remboursement de la taxe de recours ou la condamnation aux dépens ne présupposaient pas que la procédure de recours se poursuive (cf. section 2.1.1 ci-dessus).

## 3. DÉCISIONS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN MATIÈRE DE DROIT D'ACCÈS AUX DOCUMENTS

### 3.1. Introduction

En 2016, la commission des recours a également été invitée à se prononcer sur des demandes d'accès aux documents dans diverses affaires.

En principe, de telles demandes peuvent se présenter dans différentes situations, dont les circonstances permettent de déterminer les règles qu'il convient d'appliquer pour les traiter. Ces circonstances et la manière dont la commission a traité les dossiers sont brièvement décrites ci-après.

Lorsqu'une entreprise introduit un recours concernant une violation alléguée des règles en matière de marchés publics, la commission fixe le délai dans lequel les pouvoirs adjudicateurs défendeurs doivent présenter leur exposé de la situation. La décision finale de la commission des recours étant une décision de droit administratif définitive et le requérant étant partie au recours, le requérant a le droit d'accéder aux documents du dossier conformément aux règles arrêtées dans la loi danoise sur la procédure administrative. Sur cette base, la commission des recours indique dès son premier courrier au défendeur qu'elle va, conformément aux dispositions de l'article 7, al. 1<sup>er</sup>, du décret danois sur la commission des recours, permettre au requérant d'accéder aux documents transmis par le défendeur à la commission. À cet égard, la commission attire l'attention du défendeur sur le fait que le requérant a le droit d'accéder aux documents du défendeur sous réserve des exceptions instituées par la loi danoise sur la procédure administrative. Ainsi, si le défendeur estime que certains documents ou certaines parties de documents (informations) doivent être inaccessibles au requérant en vertu de telles dispositions légales, le défendeur doit le faire remarquer à la commission des recours et indiquer à cet égard les motifs dont il se prévaut en référence au cas d'exception spécifique prévu dans la loi sur la procédure administrative. Le défendeur transmet les documents du dossier à la commission et au requérant, mais peut s'abstenir de transmettre de tels documents au requérant ou, dans le cas où une certaine partie d'un document doit être inaccessible, se contenter de lui transmettre un extrait des documents. En outre, la commission des recours indique qu'au besoin, elle se prononcera par la suite sur l'inaccessibilité des documents ou informations en question. Vu les liens étroits qui unissent le recours et la décision sur le droit d'accès, les affaires en matière de droit d'accès sont le plus souvent traitées au sein de la commission par le juge en charge du recours associé.

Les achats effectués par les pouvoirs publics, y compris la sélection de fournisseurs via une procédure d'appel d'offres, n'ont pas le caractère d'un acte administratif mais d'une activité effective (voir à cet égard Niels Fenger, version commentée de loi danoise sur la procédure administrative, page 94). Les recours en matière de marchés publics ne relèvent donc pas de la loi sur la procédure administrative (cf. article 2 de ladite loi). Les questions relatives au droit d'accès dans ce type de recours impliquant les pouvoirs publics doivent donc être traitées en application de la loi danoise sur la transparence de l'administration. Les décisions des pouvoirs publics concernant le droit d'accès aux documents peuvent, en vertu de l'article 37 de ladite loi, faire l'objet d'un recours auprès de la commission des re-

cours en matière de marchés publics. Dans de nombreux cas, les décisions de ce type seront traitées par le président de la commission des recours ou éventuellement par le secrétariat sur délégation.

Dans la mesure où la partie demandant le droit d'accès n'est pas partie au recours intenté devant la commission, la décision est prise en application des règles définies dans la loi sur la transparence de l'administration. Tel est le cas, par exemple, s'il s'agit d'un journaliste. Souvent, ces décisions sont prises par le secrétariat de la commission par délégation du président.

Quel que soit le type d'affaire dont il s'agit, la question le plus souvent à l'origine des litiges entre les parties est de savoir dans quelle mesure il est possible d'obtenir ou de limiter le droit d'accès du candidat aux documents du soumissionnaire retenu. Les intérêts liés à cette question sont importants. Le requérant possède un intérêt légitime à pouvoir constater si l'offre du soumissionnaire retenu est conforme au cahier des charges. À son tour, le soumissionnaire retenu possède un intérêt légitime à s'assurer que les informations confidentielles de son entreprise ne sont pas transmises à un concurrent, ce qui nuirait à sa compétitivité lors de futurs appels d'offres. Toutefois, il est possible que d'autres intérêts soient également en jeu : il est possible que l'entité adjudicatrice ait un intérêt à ce que le document montrant que l'offre retenue aurait peut-être dû être rejetée pour manque de conformité au cahier des charges ne soit pas transmis, ou que le requérant souhaite se procurer des informations sur l'offre retenue pour pouvoir renforcer sa position vis-à-vis de la concurrence lors de futurs appels d'offres ou autres.

Les sections suivantes sont axées sur la jurisprudence de la commission des recours dans ce type d'affaires liées au droit d'accès aux documents. Plus rarement, les affaires peuvent porter sur des questions liées à la protection des données des personnes privées ou à l'intérêt que possèdent les pouvoirs publics à préserver la confidentialité des informations concernées.

## **3.2. Remarques générales concernant les textes législatifs permettant de refuser l'accès aux informations commerciales confidentielles**

### **3.2.1. Loi danoise sur la passation des marchés publics**

En vertu de l'article 5, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, une entité adjudicatrice ne peut pas (sauf mention contraire dans ladite loi ou toute autre loi danoise) divulguer les informations confidentielles qu'un candidat ou soumissionnaire lui a transmises dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres. Ces dispositions portent transposition des dispositions de l'article 21, paragraphe 1, de la directive sur la passation des marchés publics, dont il ressort que les dispositions visent les renseignements « communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres ».

Ainsi, conformément à l'article 21, paragraphe 1, de ladite directive, les dispositions ne changent rien au droit d'accès aux documents qui découle des dispositions générales de la législation danoise, dont les dispositions générales des lois danoises sur la transparence de l'administration et la procédure administrative.

Les sections ci-après décrivent plus avant ces dispositions ainsi qu'une série de décisions issues de la jurisprudence de la commission des recours en 2016.

### 3.2.2. Loi danoise sur la transparence de l'administration

Le principe à la base de l'article 7 de la loi sur la transparence de l'administration (*offentlighedsloven*) veut que toute personne peut exiger à accéder aux documents qui, dans le cadre de leurs activités, ont été reçus ou créés par les pouvoirs publics ou autres durant la procédure de traitement d'un dossier.

En vertu de l'article 30, point 2, de ladite loi, le droit d'accès aux documents n'englobe pas les informations sur des dispositifs ou procédés techniques ou sur des conditions d'exploitation, d'activité ou autres, dans la mesure où il est d'une importance économique capitale pour la personne ou l'entreprise concernée par les informations que la demande soit rejetée. Il n'est pas possible de préciser de manière exhaustive les informations qui sont visées par les dispositions de l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration. Toutefois, à titre d'exemples de telles informations, on notera les informations sur les méthodes de production, les conditions de production, les relations commerciales, les listes de clients, les conditions générales, les conditions contractuelles, les stratégies commerciales et les actions de marketing. On notera également les informations sur les coûts d'établissement, les coûts d'exploitation et les coûts de commercialisation ainsi que les informations sur les comptes et la situation financière générale d'une entreprise, y compris sa situation fiscale. À cet égard, référence est faite au rapport n° 1510/2009, page 706, qui est à la base de la proposition de loi (L 144 du 7 février 2013) sur laquelle repose la loi sur la transparence de l'administration.

Il ressort entre autres de l'exposé des motifs de la proposition de loi n° L 144 du 7 février 2013 à la base de la loi sur la transparence de l'administration que l'article 30, point 2, présuppose que le droit d'accès aux informations « est susceptible de comporter le risque que la personne ou entreprise concernée subisse, le plus souvent pour des raisons de concurrence, un préjudice matériel d'une certaine importance ». De plus, il ressort que « s'agissant des informations visées au point 2, il convient de supposer que la divulgation des informations comporte le risque que l'entreprise ou la personne concernée par les informations subisse un préjudice d'une certaine importance ». Dans le cadre de l'évaluation réalisée à cet égard, il convient, selon l'exposé des motifs de la loi, d'obtenir « un avis auprès de la personne ou entreprise concernée par les informations afin de déterminer le risque qu'il existe qu'une divulgation des informations concernant ses conditions d'activité ou autres entraîne le risque de préjudice matériel mentionné ».

Il découle de l'article 34 de la loi danoise sur la transparence de l'administration que si les motifs mentionnés aux articles 30 à 33 ne s'appliquent qu'à une partie d'un document, un droit d'accès doit être accordé au reste du document. Néanmoins, ce principe n'est pas d'application dans la mesure où il compromettrait les motifs mentionnés aux articles 30 à 33, entraînerait la divulgation d'informations clairement trompeuses ou nuirait à la compréhension ou à la cohérence du contenu du reste du document.

### 3.2.3. Loi danoise sur la procédure administrative

En vertu de l'article 9, al. 1<sup>er</sup> et 2, de la loi danoise sur la procédure administrative (*forvaltningsloven*), toute partie à une affaire dans le cadre de laquelle une décision a été ou sera prise par une autorité administrative, avec les exceptions découlant des articles 12 à 15 b de la loi, peut exiger d'avoir accès aux pièces du dossier.

En application de l'article 15 b, point 5, de la loi sur la procédure administrative, le droit d'accès peut être restreint dans la mesure où l'intérêt que possède la partie à pouvoir se servir de ses connaissances sur les pièces du dossier pour se défendre est estimé devoir céder le pas devant des considérations prépondérantes propres aux intérêts privés ou publics qui, au regard du caractère spécial de la situation, requièrent la confidentialité des informations. Il ressort du rapport 1510/2009, page 74ff., que toute exception au titre de l'article 15 b, point 5, de la loi sur la procédure administrative doit reposer sur une mise en balance concrète, d'une part, de l'intérêt que possède la partie à pouvoir se servir de ses connaissances sur les informations pour se défendre et, d'autre part, des considérations prépondérantes propres aux intérêts privés, notamment. S'agissant des intérêts privés, le rapport précise qu'une exception peut uniquement être accordée aux conditions d'exploitation ou d'activité d'une entreprise dans la mesure où le droit d'accès aux informations pourrait nuire gravement à la compétitivité de l'entreprise ou, de manière générale, entraîner pour elle des préjudices matériels graves.

En vertu de l'article 15 c, point 3, de la loi sur la procédure administrative, des documents entiers peuvent bénéficier d'une exception au titre des dispositions des articles 15 à 15 b dans la mesure où le reste du document ne présenterait pas un contenu compréhensible ou cohérent.

Ainsi, de manière générale, dans le domaine des procédures d'appels d'offres, rien ne laisse supposer qu'il n'existe pas de droit d'accès aux pièces du dossier. Quant à savoir si le droit d'accès dans ce type d'affaires découle des règles de la loi sur la transparence de l'administration ou de la loi sur la procédure administrative, la question doit être tranchée sur la base des documents et des informations relatifs à la procédure d'appel d'offres concernée. Il incombe donc aux soumissionnaires d'en tenir compte et de s'y conformer lors de la soumission de leurs offres.

## 3.3. Jurisprudence de la commission des recours concernant les informations les plus fréquentes

### 3.3.1. Description de la solution proposée

Très souvent, la description de la solution proposée dans les offres comprend des informations sur des dispositifs ou procédés techniques ou sur des conditions d'exploitation ou d'activité au sens de l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration et/ou de l'article 15 b, point 5, de la loi danoise sur la procédure administrative.

Néanmoins, la jurisprudence de la commission des recours montre souvent qu'un nombre non négligeable des descriptions de la solution proposée figurant dans les offres retenues ne présente pas un tel caractère.

Par exemple, il s'agit d'informations de *caractère général* qui décrivent et font l'éloge de la *fonctionnalité* et des *avantages* de la solution proposée et ne précisent en rien le procédé technique concret qui permet d'obtenir les caractéristiques décrites. De manière générale, de telles informations, qui sont supposées être destinées à un cercle plus large de clients potentiels et d'utilisateurs externes de la solution, n'ont pas le caractère de secrets professionnels, lesquels peuvent bénéficier d'une exception au titre de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration et/ou de l'article 15 b, point 5, de la loi sur la procédure administrative.

En outre, dans la mesure où l'entreprise a offert des *produits* et *solutions notoires* combinés de manière spéciale aux fins de l'offre concernée, une telle solution ne présente généralement un intérêt que pour l'appel d'offres clôturé et sa description ne peut donc pas bénéficier d'une exception au titre d'appels d'offres futurs.

Il en va de même, a priori, pour les informations sur le *fabricant* et le *type* des produits offerts (par exemple, dans les marchés de fourniture d'un assortiment de produits), ce qui a fait l'objet de plusieurs décisions en 2016.

Dans sa décision du 11 juillet 2016 (réf. 2016-1441), qui concernait le droit d'accès aux documents d'une procédure de mise en concurrence d'un accord-cadre portant sur l'acquisition de gros matériel de cuisine, y compris de lots portant sur la fourniture de réfrigérateurs et de congélateurs, la commission des recours a établi que les informations sur le fabricant et le type des produits offerts ne constituaient en soi ni des informations sur des dispositifs ou procédés techniques au sens des dispositions de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration, ni des informations sur des conditions d'exploitation et d'activité confidentielles pouvant bénéficier d'une exception au titre des dispositions de l'article 15 b, point 5, de la loi sur la procédure administrative. À cet égard, la commission a notamment souligné que les informations avaient un caractère tout à fait général et ne comprenaient donc pas de détails, par exemple, sur les méthodes de production, les conditions de production ou les relations commerciales. Cette conclusion était confirmée par la forme de l'offre qui pouvait apparaître comme le résultat des réflexions stratégiques du soumissionnaire.

La décision de la commission des recours du 12 août 2016 (réf. 2016-2671) portait entre autres sur un droit d'accès à la liste de l'offre du soumissionnaire retenu dans le cadre d'un appel d'offres concernant des produits de soin des stomies et d'urologie. À cet égard, la commission a établi que les informations sur le numéro de sous-position par série, le nom de marchandise, le fabricant, la référence du fabricant et la référence du soumissionnaire ne constituaient pas des informations sur des secrets professionnels au sens de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration, en ce sens qu'il s'agissait uniquement d'informations générales sur les produits concernés et non pas d'informations détaillées sur les méthodes de production, les conditions de production, les conditions générales ou les coûts de commercialisation, par exemple.

De manière générale, les informations sur les dimensions, les caractéristiques, les performances, la consommation d'énergie et autres propriétés des produits offerts ne peuvent pas bénéficier d'une exception si elles sont susceptibles d'être *de notoriété publique sur le marché*, par exemple parce que les propriétés concernées peuvent être objectivement établies dans la mesure où l'on dispose des produits en question, en ce sens qu'ils sont donc accessibles au grand public, y compris aux clients et

utilisateurs. Cette catégorie inclut en outre les fiches techniques publiées sur les produits offerts faisant partie de la solution proposée. Ce principe est d'application même si la partie demandant le droit d'accès aux documents est un concurrent de l'entreprise qui a soumis l'offre.

Dans la décision susmentionnée du 7 juillet 2016 (réf. 2016-1441), la commission a également souligné que les informations techniques sur les réfrigérateurs et congélateurs proposés devaient, en vertu d'un règlement européen, être publiées par le fabricant. De plus, la commission a accordé un droit d'accès aux informations de l'offre concernant des renvois à des catalogues ou des liens vers un site web pour les produits offerts, ces informations étant jugées avoir déjà été publiées.

S'agissant du cas où les informations ne sont pas encore accessibles sur le marché, référence est faite à la décision suivante :

La décision de la commission des recours du 9 décembre 2016 (réf. 2016-13027) portait sur le droit d'accès aux documents liés à une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de produits de nettoyage, de consommables et de services associés. Le requérant, qui était une entreprise concurrente, souhaitait avoir accès à la liste de l'offre retenue. Cette liste comprenait entre autres des informations sur les dimensions d'emballage et le dosage des produits, qui n'étaient pas (à cette époque) de notoriété publique sur le marché puisqu'ils avaient été spécifiquement développés aux fins de l'offre en cause. La commission des recours a considéré que les informations sur l'emballage et le dosage des produits revêtaient une importance concurrentielle significative sur le marché concerné. Bien que le soumissionnaire retenu n'eût pas été en mesure de préserver la confidentialité des informations en question bien longtemps, la commission des recours a estimé qu'à l'époque, l'intérêt économique supérieur détenu par le soumissionnaire retenu dans le cadre d'autres appels d'offres déjà en cours était supérieur à l'intérêt du requérant à accéder aux informations en cause aux fins de son recours. Le fait que les autres appels d'offres mentionnés étaient sur le point d'être clôturés n'a rien changé à cette conclusion. À cet égard, la commission des recours a fait remarquer que les informations de dosage etc. correspondantes fournies dans les offres soumises dans le cadre des autres appels d'offres n'étaient susceptibles d'être accessibles sur le marché que si le soumissionnaire en cause remportait les appels d'offres ou si l'entité adjudicatrice faisant l'objet du recours concluait un contrat avec l'entreprise. Sur cette base, la commission a accordé une exception aux informations concernées de la liste de l'offre (cf. article 15 b, point 5, de la loi danoise sur la procédure administrative).

### 3.3.2. Informations de prix

Conformément à la jurisprudence constante de la commission des recours, les informations sur les prix partiels des soumissionnaires, y compris les tarifs horaires et les prix des produits, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres peuvent souvent bénéficier d'une exception au droit d'accès en application de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration, en ce sens que l'accès d'une entreprise concurrente aux prix fixés par un soumissionnaire risquent souvent, selon les circonstances, de nuire à la compétitivité du soumissionnaire dans le cadre d'appels d'offres futurs ou d'autres contrats.

En revanche, un tel risque n'est pas d'application si l'entreprise concurrente souhaite accéder aux prix fixés globalement plutôt que pour de simples composants de la solution proposée, en ce sens qu'il n'est pas possible, sur cette base, de déduire des informations détaillées sur les prix qui sont

fixés par le soumissionnaire et qui présentent un intérêt pour d'autres procédures d'appel d'offres. Dans ce cas, il ne serait pas possible de transférer les informations de prix vers d'autres appels d'offres. Il n'y a donc pas de raisons de refuser l'accès aux informations de prix globales (cf. article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration et/ou article 15 b, point 5, de la loi sur la procédure administrative).

Si ladite jurisprudence a été suivie dans un très grand nombre d'affaires, des exceptions et des nuances y ont cependant été apportées, par exemple dans les recours liés aux règles de libre choix au titre de l'article 112, al. 3, de la loi danoise sur les prestations de services, dans le cadre desquelles les prix partiels du soumissionnaire retenu sont susceptibles, suite auxdites règles, d'être accessibles aux utilisateurs potentiels des produits, raison pour laquelle les informations ne peuvent bénéficier d'une exception au droit d'accès (cf. décision de la commission des recours du 13 décembre 2012). Tel n'était pas le cas dans la décision du 24 août 2016 (réf. 2016-3082), raison pour laquelle la commission a confirmé le refus d'octroyer un droit d'accès.

De même, dans les cas où il est question de prix de produits visés par un accord-cadre et publiés en ligne ou autrement accessibles au grand public, rien ne permet généralement de justifier un refus d'accès.

### 3.3.3. Curriculumms et autres

En application des dispositions de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration ou de l'article 15 b de la loi sur la procédure administrative, les noms des employés du soumissionnaire retenu inclus dans l'offre ne peuvent pas, de manière générale, bénéficier d'une exception au droit d'accès par égard pour le soumissionnaire retenu. Ainsi, dans sa décision du 12 août 2016 (réf. 2016-1800), la commission des recours a établi que le nom de la personne ayant signé l'offre pour le soumissionnaire retenu ne peut être jugé, ni dans son sens ni dans sa portée, constituer une « information sur des conditions d'exploitation ou d'activité ou autres ». Dès lors, cette information n'a pas pu bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration. Conformément à la jurisprudence établie dans une décision précédente du 31 octobre 2014, cette information ne pouvait pas non plus bénéficier d'une exception par égard pour la personne concernée (cf. article 30, point 1, de ladite loi).

Quant à savoir, au demeurant, dans quelle mesure il est possible d'octroyer une exception aux informations sur les membres du personnel, cette question doit reposer sur un examen approfondi des circonstances spécifiques à chaque dossier. A priori, un droit d'accès est accordé sur les informations plus générales des curriculumms concernant les études et les qualifications tandis que les informations plus concrètes peuvent, dans certains cas et selon les circonstances, bénéficier d'une exception.

Dans sa décision du 12 août 2016 (réf. 2016-1800) susmentionnée, la commission des recours a estimé qu'une série d'informations sur les curriculumms des employés impliqués, qui faisaient l'objet d'une exception, ne pouvaient qu'en partie être considérées comme des secrets professionnels au sens de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration. Ainsi, la commission n'a pas estimé que les informations sur les noms, lieux de travail, numéros de téléphone et adresses électroniques des employés concernés et les informations sur leurs études, leur expérience, leur carrière et leurs connaissances linguistiques pouvaient bénéficier d'une exception au droit d'accès et la commission a estimé à cet égard que ces informations n'étaient pas non plus d'un caractère tel qu'elles puissent faire l'objet d'une exception au titre de l'article 30, point 1, de la loi sur la transparence de l'administration. En revanche, certaines

informations des curriculums, dont les informations sur des compétences spécifiques des employés et des projets spécifiques, ont pu, après un examen approfondi de leur caractère, bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration. À cet égard, la commission a insisté non seulement sur le caractère des informations, mais aussi sur leur aspect concurrentiel sur le marché en question.

## 4. DÉCISIONS DE LA JUSTICE DANOISE CONCERNANT DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION

*Jugement du Tribunal d'Hillerød du 15 mars 2016 dans l'affaire House of Waldorf ApS contre Région Capitale (cf. décision de la commission des recours du 18 février 2015)*

L'affaire portait sur une procédure d'appels d'offres publiée en vertu de l'ancienne directive sur la passation des marchés (2004/18/CE) et concernant un accord-cadre de fourniture de perruques conclu avec plusieurs fournisseurs. Il s'agissait d'un « appel d'offres inversé » exclusivement assorti de sous-critères qualitatifs. Le recours portait sur une série d'allégations selon lesquelles les autorités régionales avaient commis une erreur lors de l'évaluation de l'offre soumise par le requérant.

Dans sa décision du 18 février 2015, la commission avait débouté le requérant de sa demande, mais avait reconnu l'un des faits qui était toutefois sans importance pour l'issue de l'appel d'offres. Ainsi, la commission avait débouté le requérant de sa demande d'annulation de la décision d'attribution du marché et condamné le requérant à régler les dépens d'une valeur de 30 000 DKK.

Le requérant a ensuite introduit un recours devant le Tribunal et déposé des conclusions correspondant à celles rejetées par la commission des recours. Les autorités régionales ont conclu au débouté du requérant et à sa condamnation à régler le montant des dépens auquel il avait été condamné par la commission des recours. Le requérant a conclu au rejet de ces conclusions au motif que ce montant ne devait pas être réglé deux fois.

Le Tribunal a débouté le requérant conformément à la décision de la commission des recours et l'a également condamné à régler le montant des dépens devant la commission en référence au fait que la décision de la commission relative aux dépens n'était pas exécutoire au titre de l'article 478 du Code de procédure générale danois.

*Arrêt de la Cour de la Région Est du 13 septembre 2016 dans l'affaire Région Jutland-Central contre Medtronic Danmark A/S et Globus Medical Denmark ApS (cf. décision de la commission des recours du 12 août 2013)*

L'arrêt confirme le jugement prononcé par le Tribunal de première instance de Copenhague du 7 juin 2015 dans l'affaire sur laquelle la commission des recours s'était prononcée dans ses décisions du 12 août 2013 et qui est décrite à la page 40 du rapport annuel 2015.

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

*Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 mai 2016 dans l'affaire C-396/14, MT Højgaard A/S et Züblin A/S contre Banedanmark.*

*Réponse de la Cour de justice à une demande de décision préjudicielle adressée par la commission des recours en matière des marchés publics le 18 août 2014 concernant l'interprétation des articles 10 et 51 de la directive sur les services spéciaux (directive 2004/17/CE). La commission a rendu sa décision le 20 juin 2017.*

En janvier 2013, Banedanmark avait publié une procédure d'appels d'offres négociée conformément à la directive sur les services spéciaux concernant la construction d'une nouvelle ligne ferroviaire (TP 4 Urban Tunnel) entre les villes de Copenhague et Ringsted. Banedanmark avait, entre autres, présélectionné les sociétés MTH-Züblin JV (ci-après « MTH ») et la société en nom collectif JV Pihl-Aarsleff-TP 4 Urban Tunnel I/S.

La société en nom collectif se composait des entreprises E. Pihl & Søn A/S (ci-après « Pihl ») et Per Aarsleff A/S (ci-après « Aarsleff »). Le 26 août 2013, Pihl a été déclarée en faillite. Le 27 août 2013, la société en nom collectif a soumis une première offre, qui n'avait toutefois pas été signée par le liquidateur, et le 15 octobre 2013, Banedanmark a admis l'entreprise Aarsleff comme soumissionnaire à la place de la société en nom collectif. Aarsleff a ensuite soumis une deuxième et troisième offres en son propre nom. Le 20 décembre 2013, Banedanmark a annoncé qu'Aarsleff avait soumis l'offre la plus avantageuse économiquement. MTH, dont l'offre était supérieure de 0,8 % à l'offre soumise par Aarsleff, a alors intenté un recours devant la commission.

Dans sa décision du 28 janvier 2014, la commission a décidé ne pas attribuer un effet suspensif au recours du fait que la condition d'urgence n'était pas remplie. À titre d'avis provisoire, la commission avait indiqué qu'il était envisageable que MTH obtienne gain de cause concernant la violation alléguée par Banedanmark de l'article 10 de la directive sur les services spéciaux en admettant Aarsleff comme soumissionnaire à la place de la société en nom collectif présélectionnée et concernant la demande d'annulation de la décision d'attribution du marché.

Par la suite, la commission a introduit, par sa décision du 18 août 2014, une demande auprès de la Cour de justice de l'Union européenne afin de déterminer dans quelle mesure le principe d'égalité de traitement sanctionné à l'article 10 de la directive sur les services spéciaux devait être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle du litige au principal, il s'oppose à ce qu'une entité adjudicatrice attribue un marché à un soumissionnaire qui n'a pas fait acte de candidature à la présélection et qui n'a donc pas été présélectionné. La commission a fait valoir que dans sa réponse, la Cour de justice avait considéré qu'Aarsleff aurait été présélectionnée si elle avait fait acte de candidature à la présélection en son nom propre au lieu du nom la société en nom collectif aujourd'hui dissolue.

Dans la première partie des motifs de son arrêt, la Cour de justice a établi que la commission des recours en matière de marchés publics remplissait les critères définis dans sa jurisprudence et constituait une « juridiction » au sens de l'article 267 du TFUE.

La réponse de la Cour de justice était la suivante :

« Le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques, figurant à l'article 10 de la [directive sur les services spéciaux], lu en combinaison avec l'article 51 de celle-ci, doit être interprété en ce sens qu'une entité adjudicatrice ne viole pas ce principe lorsqu'elle autorise l'un des deux opérateurs économiques qui faisaient partie d'un groupement d'entreprises ayant été, en tant que tel, invité à soumissionner par cette entité à se substituer à ce groupement à la suite de la dissolution de celui-ci et à participer, en son nom propre, à une procédure négociée d'attribution d'un marché public, pourvu qu'il soit établi, d'une part, que cet opérateur économique satisfait seul aux exigences définies par ladite entité et, d'autre part, que la continuation de sa participation à ladite procédure n'entraîne pas une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires ».

*Arrêt de la Cour de justice du 7 septembre 2016 dans l'affaire C-549/14, Finn Frogne A/S contre Police nationale danoise c/o Centre de communication d'urgence*

*La commission des recours en matière des marchés publics a rendu sa décision le 3 novembre 2011. Cette décision a été confirmée par l'arrêt de la Cour de la Région Est du 20 décembre 2013, qui a fait l'objet d'un recours devant la Cour Suprême danoise. Dans son arrêt du 27 novembre 2014, la Cour suprême a adressé une demande de décision préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne concernant les critères que doit remplir une entité adjudicatrice pour pouvoir, dans le cas où l'exécution d'un marché se heurte à des difficultés, conclure des accords transactionnels en vue de renoncer à l'exercice de moyens d'action sanctionnant l'inexécution et d'éviter un litige ultérieur. La Cour de justice a répondu à la question dans son arrêt du 7 septembre 2016. L'affaire est toujours pendante devant la Cour suprême danoise.*

Le marché initial (dit « marché sur la salle de contrôle ») portait sur la fourniture de services informatiques liés aux serveurs et autres équipements d'une salle de contrôle pour une valeur de 527 millions DKK et a été conclu en 2008 avec un fournisseur, Terma, selon la procédure du dialogue compétitif. La Police nationale danoise (*Rigspolitiet*), représentée par le Centre de communication d'urgence (*Center for Beredskabskommunikation* ou *CFB*), est ensuite devenue l'autorité publique compétente pour ce marché. Frogne n'avait pas fait acte de candidature à la présélection. En 2009-2010, des difficultés sont apparues quant au respect des délais de livraison. Les parties se rejetant mutuellement la responsabilité, un « accord transactionnel » a été conclu en 2010 dans le but de mettre fin au marché sur la salle de contrôle. L'accord transactionnel comprenait deux volets : d'une part, il limitait le marché à la fourniture d'un système de communications par radio d'une valeur approximative de 35 millions DKK. D'autre part, CFB acquérait deux serveurs d'une valeur approximative de 50 millions DKK, que Terma avait elle-même acquises dans le but de les louer au CFB en exécution du marché initial. CFB a publié un avis de marché de gré à gré concernant l'accord transactionnel conformément à l'article 4 de la loi danoise sur la commission des recours et Frogne a intenté un recours devant la commission.

La commission des recours et la Cour de la Région Est ont conclu que la partie de l'accord transactionnel portant sur le matériel radio n'exigeait pas de nouvelle procédure de passation de marché. En revanche, la partie de l'accord portant sur les serveurs ne pouvait pas être conclue sans recourir à

une nouvelle procédure de passation de marché. Une demande visant à ce que ce dernier marché soit déclaré dépourvu d'effets a été rejetée du fait que l'opinion du CFB selon laquelle la conclusion de l'accord transactionnel avec Terma était autorisée sans publication préalable d'un avis de marché conforme aux règles de l'Union européenne n'était pas manifestement erronée.

Devant la Cour suprême, Frogne a fait valoir que l'accord transactionnel ne pouvait pas être conclu sans recourir à une nouvelle procédure de passation de marché. La réduction significative de la valeur du marché à 85 millions DKK et la réduction correspondante du montant de la garantie à constituer auraient permis à de plus petites entreprises de soumettre une offre. CFB a fait valoir que l'accord transactionnel entraînait une limitation importante des services à fournir par Terma. Il ne s'agissait donc pas d'un nouveau marché au sens de la directive sur la passation des marchés. Conformément au motif 24 de l'arrêt rendu par la Cour de justice européenne, la Cour suprême s'est interrogée « sur la portée de l'article 2 de la directive 2004/18/CE, en particulier sur le point de savoir si le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence impliquent qu'un pouvoir adjudicateur ne puisse pas envisager de conclure une transaction pour résoudre les difficultés suscitées par l'exécution d'un marché public sans que naisse automatiquement l'obligation d'organiser un nouvel appel d'offres portant sur les termes de cet accord ». La réponse de la Cour de justice était la suivante :

« L'article 2 de la [directive sur la passation des marchés publics 2004/18/CE], lu en combinaison avec les arrêts de la Cour du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351), et du 13 avril 2010, *Wall* (C-91/08, EU:C:2010:182), doit-il être interprété en ce sens qu'un accord transactionnel qui comporte des limitations et des modifications des prestations initialement convenues par les parties dans le cadre d'un marché ayant déjà fait l'objet d'un appel d'offres ainsi qu'une renonciation réciproque à l'exercice de moyens d'action sanctionnant l'inexécution, de façon à éviter un litige ultérieur, constitue un marché qui doit lui-même faire l'objet d'un appel d'offres dans l'hypothèse où l'exécution du marché initial se heurte à des difficultés ? »

« Il résulte de la jurisprudence de la Cour que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle font obstacle à ce que, après l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire apportent aux dispositions de ce marché des modifications telles que ces dispositions présenteraient des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial. Tel est le cas si les modifications envisagées ont pour effet soit d'étendre le marché, dans une mesure importante, à des éléments non prévus, soit de changer l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire, ou encore si ces modifications sont de nature à remettre en cause l'attribution du marché, en ce sens que, dans l'hypothèse où lesdites modifications auraient été intégrées dans les documents ayant régi la procédure de passation du marché initial, soit une autre offre aurait été retenue, soit d'autres soumissionnaires auraient pu être admis » (point 28). Conformément à l'arrêt de la Cour, le fait que les modifications ne procèdent pas d'une intention de contourner les règles en vigueur ne change rien à la situation. En effet, la qualification de modification substantielle doit s'analyser d'un point de vue objectif, en fonction des critères rappelés au point 28 de l'arrêt. Ainsi, la Cour de justice a précisé qu'en principe, une modification substantielle d'un marché public ne pouvait pas être opérée de gré à gré par les parties à moins que la modification n'ait été prévue par les clauses du marché initial. Le fait que les modifications substantielles résultent de difficultés objectives rencontrées dans le cadre de l'exécution du contrat, et qui étaient imprévisibles dans le cas de marchés complexes impliquant le développement de systèmes informatiques, comme en l'occurrence, ne saurait justifier le non-respect du principe d'égalité de traitement qui doit bénéfi-

cier à tous les opérateurs potentiellement intéressés par un marché public. Enfin, la Cour de justice a précisé que « l'ensemble de ces développements sont sans préjudice des conséquences potentielles de l'avis en cas de transparence ex ante volontaire qui a été publié dans le cadre du marché en cause au principal ». Dès lors, la réponse de la Cour de justice était la suivante :

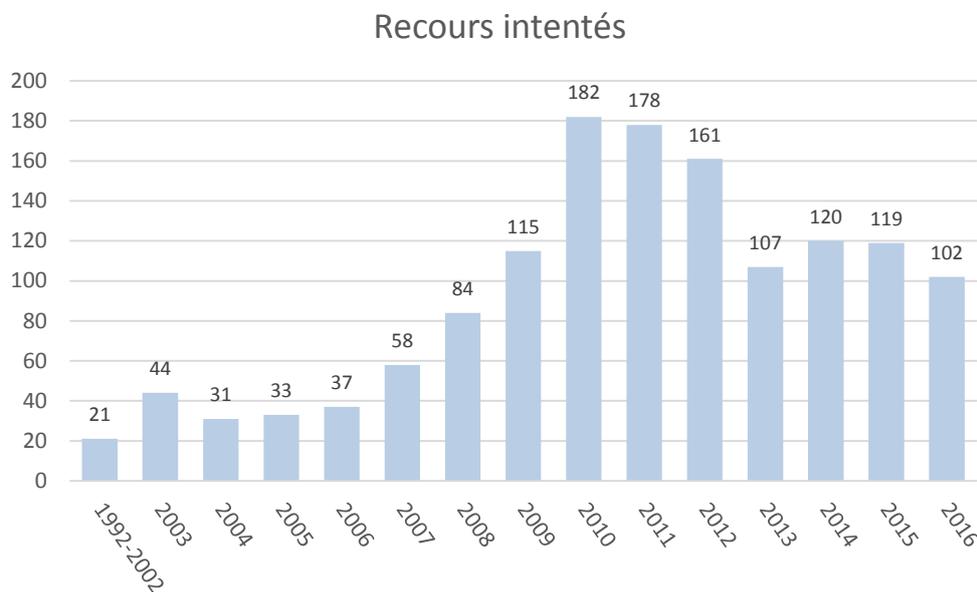
« L'article 2 de la [directive sur la passation des marchés publics] doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncements réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté. »

## 6. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2016

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

### 6.1 Recours intentés

En 2016, 102 recours ont été intentés devant la commission. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de recours intentés de 1992 à 2016.



Le nombre de recours intentés en 2016 est légèrement inférieur à celui des deux années précédentes et plus ou moins égal à celui de 2013. On constate ainsi que la tendance à une réduction importante du nombre de recours par rapport à 2010-2012 se poursuit.

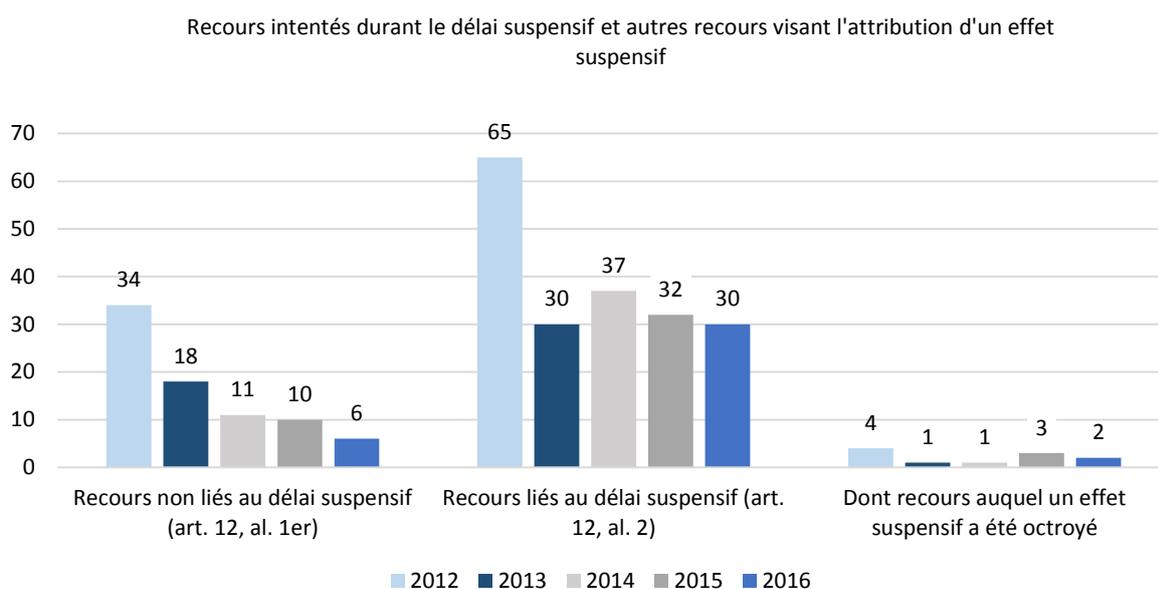
Comme indiqué à la section 4.1 du rapport annuel 2013, la chute considérable du nombre de recours intentés doit être vue à la lumière des modifications apportées en 2013 à la loi danoise sur l'application des règles en matière de marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière 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 en 2016 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

liées à des marchés dont la valeur est inférieure aux seuils définis et qui ne présentent pas un intérêt transfrontalier clair (cf. section V de la loi danoise actuelle sur les marchés publics).

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

Comme indiqué ci-après, la commission a rendu en 2016 une décision intermédiaire dans six 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 2016, un effet suspensif a été conféré à deux recours (voir la section 1.4 ci-dessus et la description des décisions au chapitre 2).

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 2016.



Dans le cadre de plusieurs recours, les décisions de la commission concernant l'attribution d'un effet suspensif ont débouché (y compris dans le cas où aucun effet suspensif n'est conféré au recours) 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 très grand nombre de

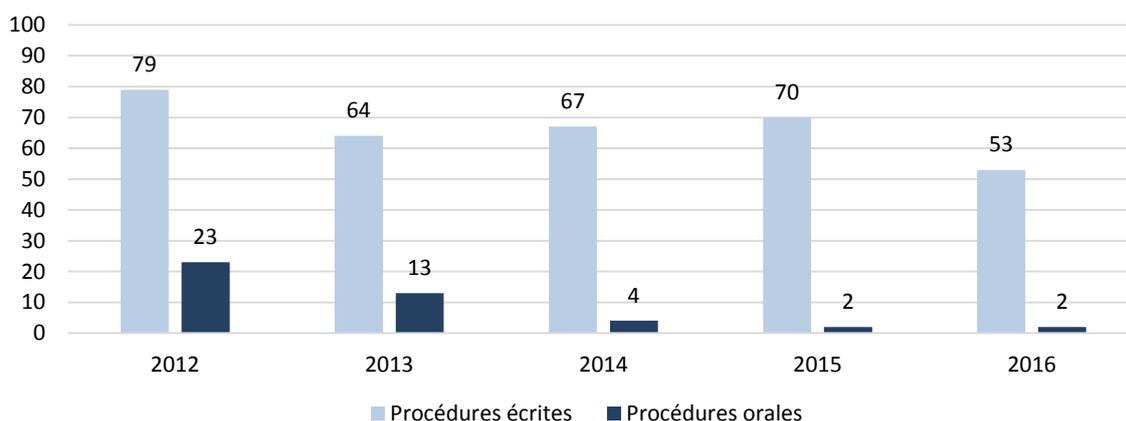
recours, rendre deux décisions : d'une part, une décision concernant l'effet suspensif et, d'autre part, une décision au fond concernant les violations alléguées. À cela s'ajoutent une décision d'indemnisation éventuelle et, durant le recours, d'autres décisions éventuelles concernant le droit d'accès aux documents.

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

En 2016, 53 recours ont fait l'objet d'une procédure écrite tandis que deux recours ont fait l'objet d'une procédure orale.

Le graphique ci-dessous montre le nombre de procédures écrites et orales organisées par la commission des recours entre 2012 et 2016.

Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours

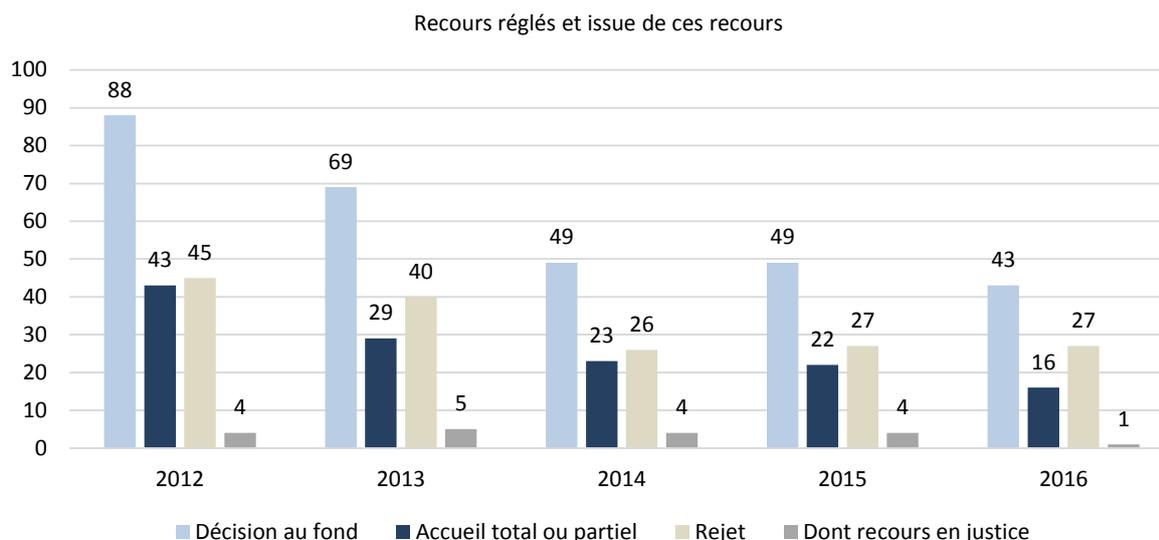


Remarque ! Les chiffres reproduits comprennent également les recours rejetés.

La répartition du nombre de procédures écrites par rapport au nombre de procédures orales en 2016 montre que seul un petit nombre de recours ont fait l'objet d'une procédure orale. Comme indiqué également à la section 4.3 du rapport annuel 2013, cette chute est conforme à l'intention du législateur. En 2010, l'article 11, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur l'application des règles en matière des marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière de marchés publics ») disposait que l'instruction et le règlement des recours reposaient sur l'échange de mémoires écrits à moins que le président en charge d'un recours spécifique ne décide qu'il convienne 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.

## 6.4 Recours réglés et issue de ces recours

En 2016, la commission a statué au fond sur 43 recours. Seize requérants ont obtenu entièrement ou partiellement gain de cause, tandis que les 27 restants ont été déboutés de leur demande. Dans la grande majorité des cas, les décisions de la commission constituent les décisions définitives rendues dans les affaires en question. Sur les 43 décisions, une seule a fait l'objet d'un recours en justice. Les chiffres de 2016 sont plus ou moins au même niveau que ceux de 2015.



Remarque ! Le calcul du nombre de recours intentés devant les juridictions se base notamment sur le nombre de citations que la commission des recours a reçues pour 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.

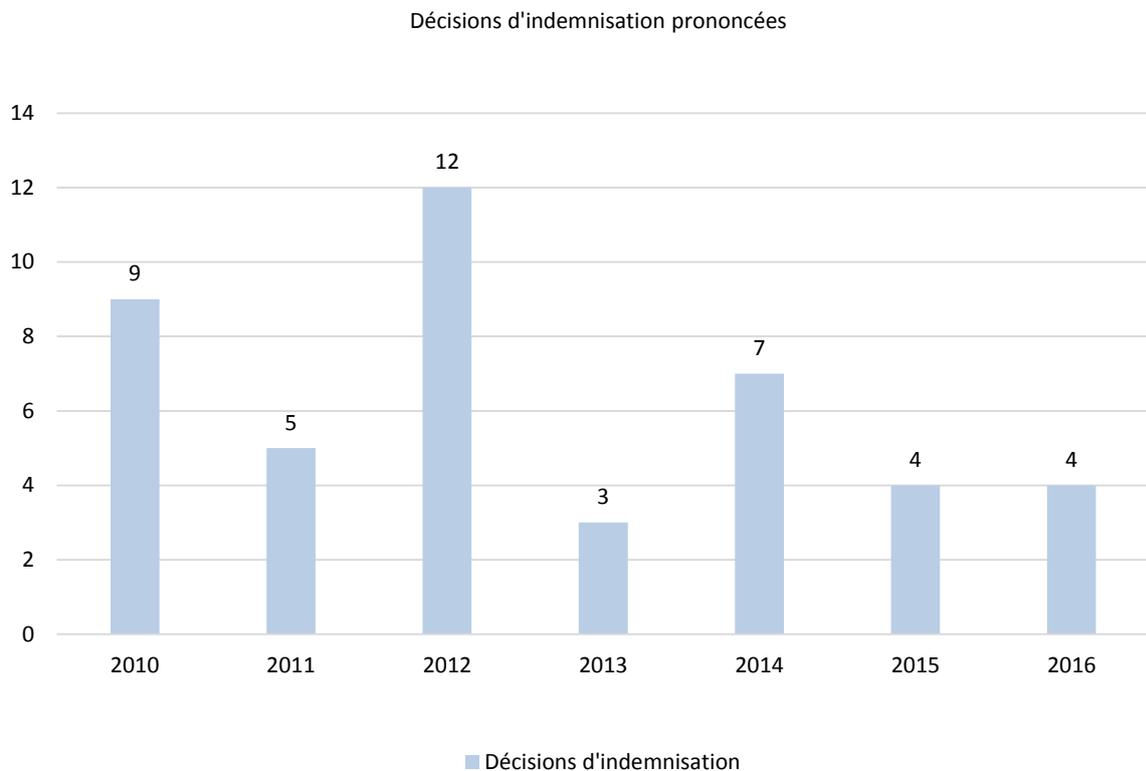
Le tableau ci-après montre que le pourcentage de recours accueillis en 2016 s'élevait à 37 % et était donc légèrement inférieur au pourcentage moyen pour les années 2011-2015 (qui était de 45,4 %).

À partir de 2011, la commission a accueilli un plus petit nombre de recours que par le passé et le nombre d'erreurs constatées via les décisions rendues a donc, lui aussi, chuté. Comme indiqué à la section 4.4 du rapport annuel 2013, cette chute peut être due au fait que les entités adjudicatrices commettent moins d'erreurs que par le passé. Une autre explication plus plausible est que le législateur a introduit en 2011 (loi n° 618 du 14 juin 2011) à l'article 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur l'application des règles en matière de marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière de marchés publics) des dispositions empêchant la commission de se saisir d'office de telles questions. 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*, points 1 et 4) qui décrit la décision de la commission des recours du 17 avril 2012 dans l'affaire PH-Byg Faaborg A/S contre le Conseil paroissial de Faaborg.

Année	Accueil total ou partiel	Rejet
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %

## 6.5 Décisions d'indemnisation prononcées

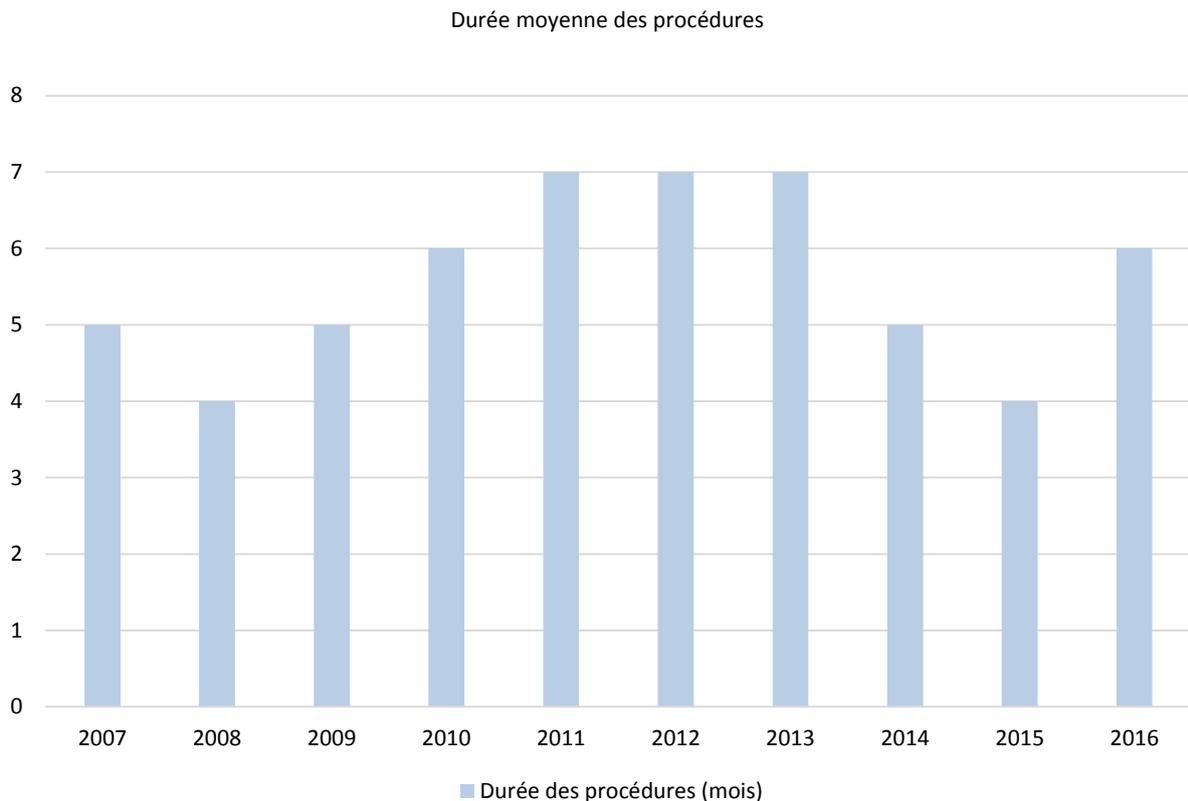
En 2016, la commission des recours a prononcé quatre décisions d'indemnisation.



Comme indiqué au point 4.5 du rapport annuel 2013, l'expérience montre que, dans un grand nombre des recours où le requérant obtient totalement ou partiellement gain de cause lorsque la commission statue fond, la question d'une indemnisation est réglée en dehors de la commission, si bien que les parties passent un accord au lieu 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).

## 6.6 Durée moyenne des procédures

En 2016, 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 2007-2016.

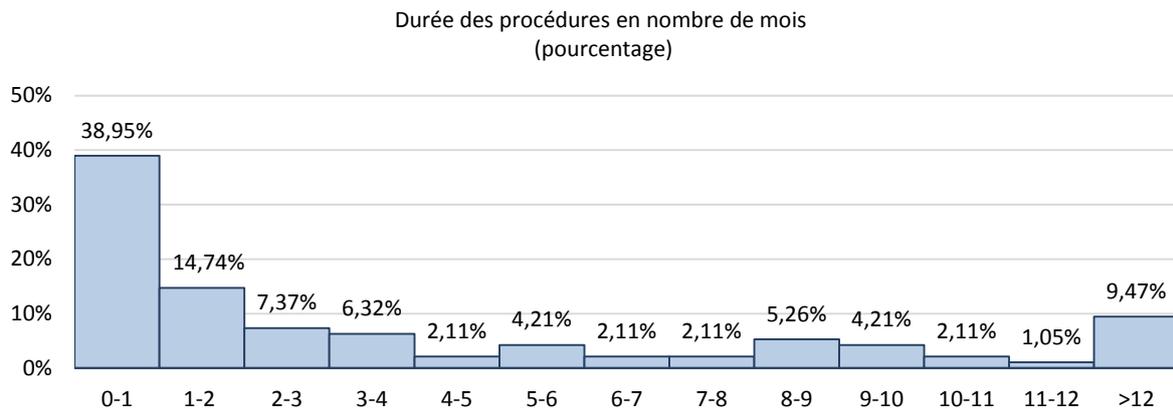


La durée moyenne, qui, en 2014 et 2015, affichait une tendance à la baisse de sept mois en 2011-2013 à cinq mois en 2014 et à quatre mois en 2015, est repassée à six mois en 2016, soit au même niveau qu'en 2010. Le nombre de recours intentés en 2010-2015 était respectivement de 182, 178, 161, 107, 120 et 119 (cf. section 6.1 ci-dessus). Il convient d'indiquer que le nombre d'affaires pendantes fin 2016 s'élevait à 42. Ce chiffre était plus ou moins au même niveau qu'en 2013 et 2014 (45 affaires chaque année), mais légèrement supérieur à 2015 (35 affaires, soit le niveau le plus bas depuis 2007 (22 affaires)).

Comme indiqué dans le rapport annuel 2015, le fait que le secrétariat de la commission des recours ne disposait pas d'un secrétaire en 2015 pour cause de maladie est susceptible d'avoir influé notamment sur la durée des procédures pour les recours traités en 2015 mais clôturés en 2016 et, partant, sur la durée des procédures en 2016. Une hausse semblable est en outre prévisible pour l'année 2017, où la commission devrait clôturer plusieurs gros dossiers qui ont pris plus de temps à traiter.

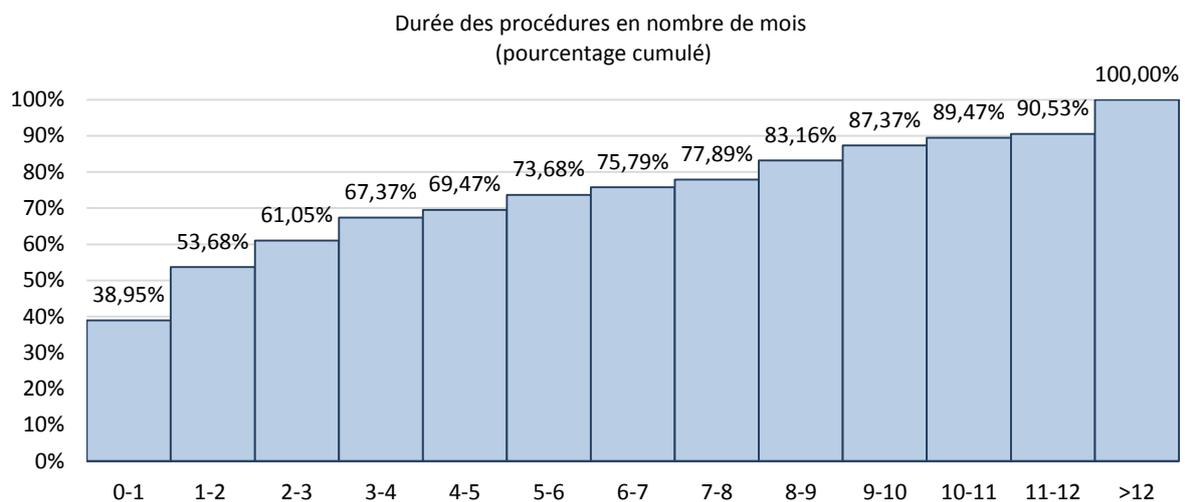
### 6.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage)

Le graphique ci-dessous montre pour 2016 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 6.8 ci-dessous, qui récapitule la durée des procédures en nombre de mois en pourcentage cumulé.



### 6.8 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage cumulé)

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2016 en pourcentage cumulé.

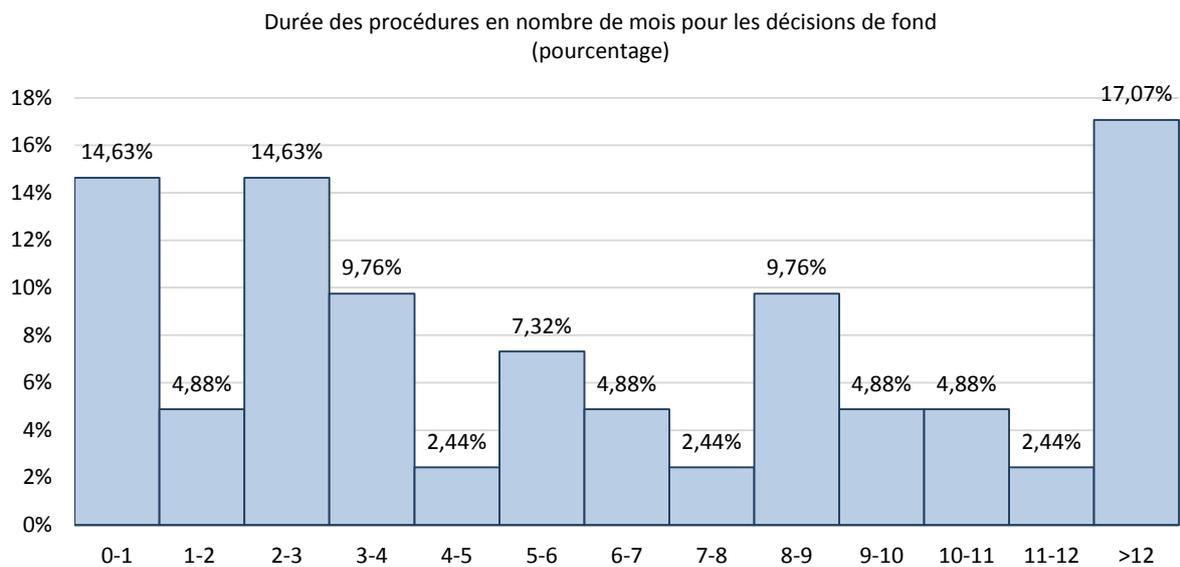


En 2016, quelque 39 % des procédures ont été clôturées au cours du premier mois suivant l'introduction du recours, contre 29 % en 2013, 33 % en 2014 et environ 47 % en 2015. En 2016, quelque 53 % des procédures ont été clôturées au cours des deux premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 42 % en 2013, 54 % en 2014 et 62 % en 2015. Il apparaît en outre qu'environ 61 % de tous les recours introduits en 2016 ont été clôturés au cours des trois premiers mois, contre 49 % en 2013, 60 % en 2014 et 69 % en 2015. Les calculs pour 2016 incluent entre autres 39 recours qui ont été révoqués. Dans plusieurs de ces affaires, le recours a été révoqué 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 74 % des procédures en 2016 ont été clôturées dans les 5-6 premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 37 % en 2013, 62 % en 2014 et 65 % en 2015 et qu'environ 87 % des procédures ont été clôturées en l'espace de 9 à 10 mois, contre 86 % en 2013, environ 87 % en 2014 et 92 % en 2015.

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.

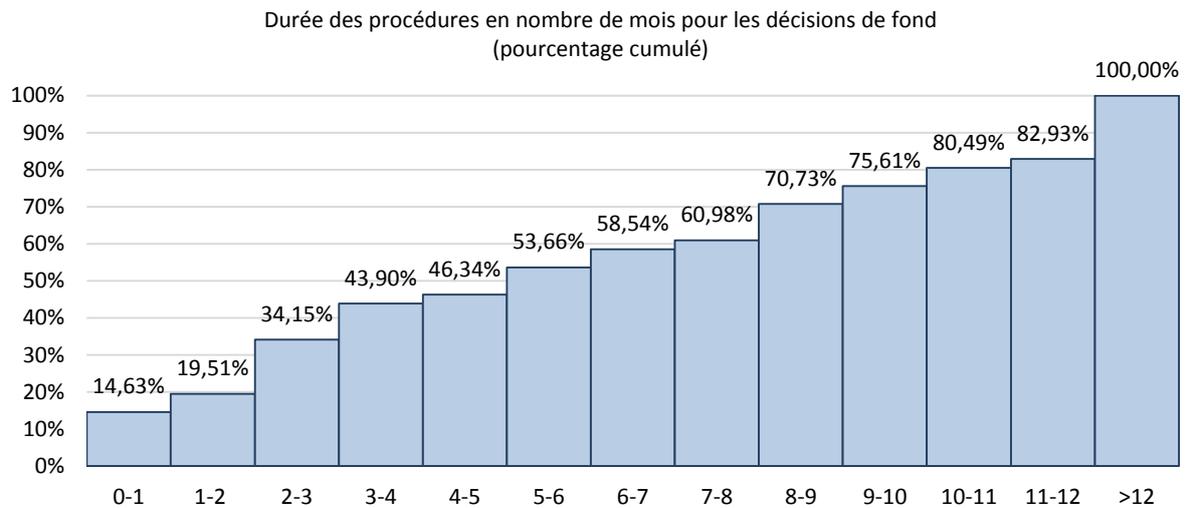
### 6.9 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions de fond (pourcentage)

Le graphique ci-dessous montre pour 2016 le pourcentage de décisions de fond qui ont été rendues en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois, 2-3 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois.



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2016 pour les décisions de fond en pourcentage cumulé.



Le tableau montre qu'en 2016, une décision de fond a été rendue dans quelque 44 % des recours en l'espace de 3-4 mois, contre 20 % en 2013, 30 % en 2014 et 41 % en 2015. En outre, une décision a été rendue en 2016 dans quelque 54 % des recours en l'espace de 5-6 mois, contre 37 % en 2013, 62 % en 2014 et 65 % en 2015. Le tableau indique également qu'en 2016, une décision de fond a été rendue après 8-9 mois dans environ 71 % des recours, contre environ 69 % en 2013, 87 % en 2014 et 90 % en 2015. D'expérience, on sait que les 29 % restants (31 % en 2013, 13 % en 2014 et 10 % en 2015), 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. Avant tout, l'augmentation de cette durée est vraisemblablement due, d'une part, au retard accumulé sur certains dossiers de l'année précédente qui ont été clôturés en 2016 (cf. ci-dessus) ; d'autre part, à la plus grande charge reposant sur le secrétariat (notamment dans le cadre du plan de déconcentration, cf. chapitre 1.3) ; et, d'autre part encore, au fait que tant les parties impliquées dans les différents dossiers que la présidence de la commission des recours ont dû tenir compte des modifications et innovations importantes qui ont été apportées aux textes réglementaires sur lesquels se base la commission et qui sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016. Parallèlement, il convient de rappeler, lorsque l'on envisage la durée des procédures pour les décisions de fond rendues par la commission des recours, que le traitement d'un dossier ne consiste pas seulement à préparer une décision de fond. Souvent, des ressources importantes sont consacrées en cours de procédure à la prise de décisions concernant l'octroi d'un effet suspensif et le droit d'accès aux documents conformément à la loi danoise sur la procédure administrative (cf. section 6.2 ci-avant).

## 7. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS

Outre les procédures de recours, la commission a mené diverses actions d'information en 2016.

*Participation à des conférences, etc.*

En 2016 aussi, les membres de la présidence ont participé à titre d'intervenants à diverses conférences et autres événements consacrés à des sujets liés à la réglementation en matière de passation des marchés publics.

*Publications, etc.*

En 2016, deux des vice-présidents de la commission, Katja Høegh et Kirsten Thorup, ont rédigé l'article « *Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang* », publié au journal danois UfR 2016.B403. En outre, Kirsten Thorup a rédigé le chapitre « *Udbudsloven og Klagenævnet for Udbud* » pour le livre « *Udbudsloven* » (Steen Treumer, réd.), paru en janvier 2016. Enfin, le président de la commission des recours, Michael Ellehauge, a contribué en 2016 à la rédaction de la version commentée de la nouvelle loi danoise sur la passation des marchés publics, publiée dans le recueil de lois Karnov.