

# KLAGENÆVNET FOR UDBUD

(COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS)

## Rapport annuel 2018

# SOMMAIRE

AVANT-PROPOS .....	5
1. Commission danoise des recours en matière de marchés publics.....	7
1.1 Base législative et création .....	7
1.2 Composition de la commission des recours .....	7
1.3 Secrétariat de la commission des recours en matière de marchés publics .....	9
1.4 Tâches de la commission des recours, y compris ses moyens de réaction et de sanction.....	9
1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge .....	13
1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours .....	14
1.7 Préparation et règlement des dossiers, y compris condamnation aux dépens.....	16
1.8 Affaires liées au droit d'accès aux documents au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration .....	18
2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES .....	20
2.1 Introduction.....	20
2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions définitives.....	20
2.2.1. Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres.....	20
Décision du 17 janvier 2018, Opel Danmark A/S contre Police danoise, représentée par la Police nationale danoise .....	20
Décision du 22 février 2018, Axxess A/S contre la Région Capitale .....	21
Décision intermédiaire du 27 juin 2018, Abena A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S...22	
Décision du 17 septembre 2018, New Printtex of Denmark ApS contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale.....	25
2.2.2. Présélection .....	26
Décision du 26 mars 2018, Idemia Identity & Security France SAS contre Direction générale de la Modernisation .....	26
Décision du 20 juin 2018, Icomera AB contre Société nationale danoise des chemins de fer DSB.....	27
Décision du 24 juillet 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S contre Municipalité de Hillerød .....	28
Décision intermédiaire du 12 décembre 2018, KMD A/S contre Municipalité de Copenhague .....	30
2.2.3 Motifs d'exclusion.....	32
Décision du 28 septembre 2018, Bayer A/S contre Banedanmark .....	32
2.2.4 Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation .....	33
Décision intermédiaire du 25 janvier 2018, CSC Danmark A/S contre Police nationale danoise.....	33
Décisions des 23 février et 5 septembre 2018, Sigmax Law Enforcement B.V. contre Rejsekort A/S .....	34
Décision du 18 avril 2018, A/S Julius Nielsen & Søn contre la Direction générale des Bâtiments du ministère danois de la Défense nationale .....	35
Décision du 23 mai 2018, Coloplast Danmark A/S contre Région Capitale .....	36
Décision du 3 octobre 2018, Efkon GmbH contre Fjordforbindelsen Frederikssund .....	37
Décision du 25 octobre 2018, Dommerby Stål A/S contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI).....	38

2.2.5 Marchés de fourniture d'un assortiment de produits .....	40
Décision du 9 février 2018, Dansk Cater A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S .....	40
Décisions des 12 avril et 13 juillet 2018, Lekolar Leika A/S contre Fællesudbud Sjælland représentée par les autorités municipales de Køge. ....	42
2.2.6 Accords de coopération horizontale.....	44
Décisions des 22 janvier et 22 mars 2018, Det Danske Madhus A/S contre Municipalité de Norddjurs. ....	44
2.2.7 Division des marchés en lots .....	46
Décision du 28 mai 2018, Danske Slagtemestre A/S à titre de mandataire de Gert Nielsen A/S contre Municipalité de Høje-Taastrup .....	46
2.2.8 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif (provisoire) et sanctions appliquées par la commission .....	48
Décision intermédiaire du 10 janvier 2018 et décision du 5 octobre 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter contre Municipalité de Næstved .....	48
Décision du 26 janvier 2018, Icomera AB contre Société nationale danoise des chemins de fer DSB.....	50
Décision du 28 juin 2018, Egons A/S contre Trafikselskabet Movia .....	51
Décision du 11 octobre 2018, Konsortiet Sprogpartner contre Police nationale danoise et al. et décision relative aux dépens dans la même affaire.....	52
3. DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROIT D'ACCÈS .....	54
3.1 Introduction.....	54
3.2 Droit de recours.....	54
3.3 Compétence de la commission pour les recours introduits au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration.....	54
3.4 Refus d'accès à des informations commerciales confidentielles .....	57
Informations de prix .....	57
Autres informations figurant dans les offres.....	59
4. JUGEMENTS PRONONCÉS PAR DES JURIDICTIONS DANOISES SUR DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION .....	60
Jugement prononcé par le tribunal de Herning le 5 juillet 2018 dans l'affaire Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal contre Municipalité de Ringkøbing-Skjern, cf. décisions de la commission des recours des 21 avril et 18 août 2017 (rapport annuel 2017, p. 32). ....	60
Arrêt rendu en appel par la Cour de la région est (Østre Landsret) le 3 mai 2018 dans l'affaire Direction générale de l'Administration pénitentiaire contre Kai Andersen A/S, cf. décisions de la commission des recours des 18 mai et 19 novembre 2015. ....	61
Arrêt rendu en appel par la Cour de la région ouest le 1 <sup>er</sup> mars 2018 dans l'affaire Kemp og Lauritzen A/S contre Région Jutland-Central, cf. décision de la commission des recours du 17 août 2015. ....	61
5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2018 .....	63
5.1 Recours intentés .....	63
5.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres décisions visant l'attribution d'un effet suspensif.....	64
5.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours .....	65
5.4 Recours réglés et issue de ces recours .....	66
5.5 Décisions d'indemnisation prononcées .....	67
5.6 Durée moyenne des procédures .....	68

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

## AVANT-PROPOS

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

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

Le chapitre 2 comprend le résumé d'une série de décisions prononcées par la commission en 2018, qui ont été sélectionnées selon leur caractère de principe ou l'intérêt particulier qu'elles présentent. Un certain nombre de ces décisions concernaient le sens à donner aux dispositions centrales de la loi danoise sur la passation des marchés publics (*udbudsloven*). Dans ses observations, la commission s'est attachée à mettre l'accent sur les aspects qu'elle a trouvés particulièrement intéressants. Les décisions de la commission des recours sont régulièrement publiées sur son site à l'adresse [www.klfu.dk](http://www.klfu.dk). Ces décisions portent tantôt sur les 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 en matière de droit d'accès aux documents est publiée de manière moins systématique. C'est pourquoi la commission a décidé cette année encore, sur la base des décisions rendues en 2018, 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 comprend des informations statistiques sur les activités de la commission des recours, assorties de commentaires. En 2018, 106 recours ont été intentés devant la commission. Ce chiffre est légèrement supérieur à celui de 2016 et 2017. Dans les décisions rendues par la commission, seuls 34 % des recours ont été accueillis, en tout ou en partie, ce qui est légèrement supérieur à 2017 et plus ou moins égal à 2016. En outre, dans quelque 26 % de ses décisions d'octroi d'effet suspensif (dans le cadre desquelles la commission se prononce sur la condition « *fumus boni juris* », c.-à-d. La condition de justification du recours à première vue), la commission a estimé que cette condition était remplie, suite à quoi les parties ont généralement trouvé une solution impliquant le désistement du requérant.

En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était en 2018 de cinq mois, contre sept mois en 2017 et six mois en 2016.

La vaste jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de marchés publics a une valeur normative, entre autres, pour la commission danoise. Il est donc capital que cette dernière possède et enrichisse sans cesse ses connaissances sur la jurisprudence européenne. Ainsi, les juges et juristes de la commission ont visité la Cour de justice de l'Union européenne à Luxembourg à l'automne 2018. Le programme de cette visite était particulièrement impressionnant et comprenait notamment des exposés sur les derniers arrêts rendus dans le domaine des marchés publics et des

débats instructifs et inspirants avec plusieurs juges et avocats généraux de la Cour sur des sujets liés aux marchés publics, entre autres.

Nikolaj Aarø-Hansen, président

Viborg, juillet 2019

# 1. Commission danoise des recours en matière de marchés publics

## 1.1 Base législative et création

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

## 1.2 Composition de la commission des recours

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

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

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

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

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

tion. Quelques changements ont été apportés en cours d'année parmi les experts faisant partie de la commission (cf. ci-après).

En 2018, la présidence de la commission des recours se composait des juges suivants :

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

Nikolaj Aarø-Hansen, juge de seconde instance

Autres membres de la présidence de la commission des recours :

- Kirsten Thorup, juge de seconde instance
- Michael Ellehauge, juge de seconde instance et docteur
- Niels Feilberg Jørgensen, juge de première instance
- Erik P. Bentzen, juge de seconde instance
- LL.M. Katja Høegh, juge de seconde instance
- Poul Holm, juge de première instance
- Hanne Aagaard, juge de seconde instance
- Jesper Stage Thusholt, juge de première instance
- Charlotte Hove Lasthein, juge de première instance

Experts de la commission de recours en 2018 :

- Michael Jacobsen, conseiller en chef
- Vibeke Steenberg, conseillère en chef
- Pernille Hollerup, Senior Manager, Head of Team Legal Competition & Tender Law
- Erik Bøgaard Christiansen, conseiller en chef (jusqu'au 3 avril 2018)
- 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, chef de bureau
- Jeanet Vandling, directrice des achats et des marchés publics
- Ole Helby Petersen, professeur (MSO), docteur
- Grith Skovgaard Ølykke, conseillère juridique en entreprise, docteur
- Christina Kønig Mejl, juriste, chef de projet et conseillère spécialisée
- Claus Pedersen, juriste
- Jan Kristensen, Development Manager
- Birgitte Nellemann, chef de bureau en charge des achats stratégiques
- Lise Ridderholm Husted, conseillère en chef (à compter du 3 avril 2018)

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

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

Le président de la commission des recours est le directeur du secrétariat qui, en 2018, se composait de trois juristes et de deux secrétaires. De même, pour une partie de 2018, une stagiaire était rattaché au secrétariat. Pour la majeure partie de l'année, le secrétariat n'a, pour des raisons diverses, compris que deux juristes.

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

En 2018, le secrétariat se composait des personnes suivantes :

- Jeanne Schou, juriste, conseillère en chef (jusqu'au 31 octobre 2018)
- Klaus Tougaard Kristensen, juriste, conseiller en chef (du 1<sup>er</sup> avril au 15 juin 2018)
- Maiken Nielsen, HEC spécialisation juridique, conseillère spécialisée (à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018)
- Julie Just O'Donnell, juriste, assistante
- Dorthe Hylleberg, assistante administrative
- Heidi Thorsen, assistante administrative
- Katrine Kirkegaard Gade, stagiaire (à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2018)

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

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

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

- loi danoise sur la passation des marchés publics et règles établies en application de cette loi, à l'exception des cas de violation des articles 1<sup>er</sup> et 193 de ladite loi ;

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

La plupart des dossiers traités par la commission des recours portent sur la loi danoise sur la passation des marchés publics, qui vise principalement à transposer la directive sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE), et les autres règles européennes en matière de marchés publics. Seul un 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 souvent de telle manière que la commission formule des avis généraux qui précisent le fond des règles de droit. Il convient de mettre en garde contre toute interprétation excessive des décisions de la commission des recours et de rappeler qu'elles ne doivent pas être considérées comme ayant des effets plus larges qu'il n'est justifié dans les décisions en question. À cet égard, référence est faite à l'article publié au journal danois *Ugeskrift for Retsvæsen* 2013 B, page 241 et al. (U.2013B.241, Michael Ellehaug: *Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler*, point 1).

En tant que source de droit, les décisions de la commission des recours sont subordonnées aux décisions des juridictions danoises et de la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, seul un très petit nombre des décisions de la commission font l'objet d'un recours en justice. Ce nombre était de deux décisions sur 44 en 2018. Aussi, la jurisprudence de la commission (et plus particulièrement les décisions rendues au cours des dix dernières années) doit-elle être considérée comme une source de droit importante pour l'application des règles en matière de marchés publics au Danemark. Il convient en outre de noter que l'avocat général, dans son avis du 18 décembre 2014 dans l'affaire « Ambisig » C-601/13, motif 79, a fait référence à l'une des décisions rendues par la commission. 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 cinq mois en 2018. À cet égard, il convient entre autres de noter qu'une grande partie (quelque 66 %) 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 confère à la commission des recours divers pouvoirs de sanction afin de pouvoir garantir une application efficace des règles en matière de passation des marchés publics.

### *Effet suspensif*

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

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

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

À cet égard, référence est faite au journal danois *Ugeskrift for Retsvæsen* 2010 B, page 303 et al., et 2016 B, page 403 et al. (U.2010B.303, Mette Frimodt Hansen et Kirsten Thorup : *Standstill og opsættende virkning i udbudsretten* ; et U.2016B.403, Katja Høegh et Kirsten Thorup : *Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang*).

Lorsque la commission des recours détermine 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 définitive 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 2018, la commission des recours a, dans quatre cas, octroyé un effet suspensif à un recours : décision du 10 janvier 2018, dans l'affaire Næstved Sprog- og Integrationscenter contre Municipalité de Næstved ; décision du 26 janvier 2018 dans l'affaire Icomera AB contre Société nationale danoise des chemins de fer DSB ; décision du 11 avril 2018 dans l'affaire Albertslund Tømrer og Snedker A/S contre Municipalité de Hillerød ; et décision du 12 décembre 2018 dans l'affaire KMD A/S contre Municipalité de Copenhague (les décisions sont résumées 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 qu'il ne soit demandé de déclarer le contrat conclu dépourvu d'effets.

Si elle estime qu'un recours peut être réglé en l'état, la commission peut, à la place, décider de régler le recours proprement dit au lieu de rendre une décision d'octroi d'effet suspensif. Le cas échéant, les parties ont alors la possibilité de produire des mémoires ampliatifs. En 2018, sept décisions de ce type ont été rendues (décision du 17 janvier 2018, Opel Danmark A/S contre Police danoise, représentée par la Police nationale danoise ; décision du 1<sup>er</sup> février 2018, ABB A/S contre Trafikselskabet Movia ; décision du 26 mars 2018, Idemia Identity & Security contre Direction générale danoise de la numérisation ; décision du 11 avril 2018, Israel Aerospace Industries Ltd. contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale ; décision du 28 mai 2018, Danske Slagtermestre à titre de mandataire de la société Gert Nielsen A/S contre Municipalité de Høje-Taastrup ; décision du 20 juin 2018, Icomera AB contre Société nationale danoise des chemins de fer DSB ; et décision du 12 septembre 2018, Selex ES Inc. contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale).

#### *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 13-14 a 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.

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

La sanction « absence d'effets » peut être infligée à l'entité adjudicatrice même si celle-ci ignore, en toute bonne foi, qu'un recours a été introduit auprès de la commission des recours durant le délai suspensif, du fait que le requérant a, contrairement à l'article 6, al. 4, de la loi sur la commission des recours, omis de l'en informer. À cet égard, on se reportera à l'article susmentionné de Katja Høegh et Kirsten Thorup, publié dans le journal U.2016B.403, en référence notamment à la décision de la commission des recours du 7 mai 2015 dans l'affaire Rengoering.com A/S contre la municipalité de Ringsted. Néanmoins, l'entité adjudicatrice peut s'adresser au secrétariat de la commission des recours pour savoir si un recours a été introduit concernant le marché passé (en indiquant le numéro de l'avis de marché) avant qu'elle ne conclue un contrat avec le soumissionnaire retenu. Dans la mesure du possible, le secrétariat de la commission répond à de telles questions écrites après 13h00 le jour de leur réception (jour ouvrable).

Si l'entité adjudicatrice ne fait pas partie de l'administration publique et n'est donc pas visée par l'article 19, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, la commission ne peut pas infliger de sanction économique à l'entité adjudicatrice. À la place, elle dépose une plainte auprès de la police lorsqu'il convient, en application de l'article 18, al. 3, de ladite loi, d'infliger à l'entité adjudicatrice une sanction de substitution sous la forme de pénalités financières. À cet égard, référence est faite à la décision de la commission des recours du 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 a priori d'un membre de la présidence et d'un expert. Le président de la commission nomme le président chargé du dossier en question.

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

En 2018, une décision a été rendue sur la base d'un tel élargissement dans six cas : décision intermédiaire du 5 janvier 2018, Salini Impregilo S.p.A contre Metroselskabet I/S ; décision du 9 février 2018, Dansk Cater A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S ; décision du 21 février 2018, Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab contre Direction générale danoise de la Modernisation ; décision du 26 mars 2018 Idemia Identity & Security contre Direction générale danoise de la numérisation ; décision du 12 avril 2018, Lekolar Leika A/S contre Coopérative d'achat Fællesudbud Sjælland, représentée par la municipalité de Køge ; décision d'indemnisation du 3 juillet 2018 dans la même affaire ; et décision du 11 octobre 2018, Konsortiet Sprogpartner contre Police nationale danoise et al. Ces cinq dernières décisions sont résumées 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 2018, aucune décision au fond n'a ainsi été rendue sans la participation d'un expert.

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. De plus, il doit indiquer si le mémoire comprend des informations qui, selon lui, peuvent bénéficier d'une exception au droit d'accès en vertu de la loi danoise sur la transparence de l'administration.

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

Le recours, qui doit être rédigé en langue danoise, 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 21 mars 2018, Scientia Ltd. contre Université d'Aarhus. 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. De manière générale, le requérant aura fait acte de candidature à la présélection ou aura soumis une offre, mais toute entreprise qui aurait pu effectivement faire acte de candidature ou soumettre une offre (candidat/soumissionnaire potentiel) peut posséder un intérêt légitime. Si le requérant n'est pas en mesure d'établir qu'il possède un intérêt légitime, le recours est rejeté. La commission des recours a rendu diverses décisions qui précisent cette exigence d'un intérêt légitime. Certaines de ces décisions sont décrites dans le récapitulatif de la jurisprudence publié sur le site de la commission dans le cadre du rapport annuel.

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

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

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

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

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

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

Délai de recours pour les accords-cadres : 6 mois

Délai de recours pour les marchés de gré à gré, pour lesquels la procédure définie à l'article 4 a été suivie (avis de marché de gré à gré) : 30 jours calendaires (valable 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 du dossier. Dans le cadre de la procédure, la commission tranche d'éventuels litiges entre les parties concernant le droit d'accès du requérant aux documents. De telles décisions sont prises conformément aux règles définies à cet égard dans la loi danoise sur la procédure administrative, cf. chapitre 3 du rapport annuel pour l'année 2016. Normalement, le requérant a la possibilité de produire des explications supplémentaires lorsque la commission a tranché la question du droit d'accès aux documents et avant qu'elle ne statue au fond dans l'affaire. Dans tous les cas (et indépendamment donc d'une éventuelle limitation du droit d'accès du requérant aux

documents), la commission a accès à toutes les pièces du dossier et peut les prendre en compte pour déterminer si une violation a été commise.

La commission peut autoriser qu'un tiers intervienne dans l'affaire au profit du requérant ou de l'entité adjudicatrice (cf. article 6, al. 3, de la loi sur la commission des recours). Le plus souvent, cela a lieu dans les affaires visant une annulation de la décision d'attribution du marché. 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*). Ainsi, l'intervenant ne peut pas personnellement déposer de conclusions ni produire de moyens de recours et ne peut donc pas se voir attribuer les dépens, cf. à cet égard la décision relative aux dépens du 30 octobre 2018 dans l'affaire Konsortiet Sprogpartner contre la Police nationale danoise et al. (résumée au chapitre 2).

Il incombe à la commission des recours de veiller à ce qu'elle soit suffisamment éclairée par les pièces du dossier. La commission peut demander au requérant, au défendeur ou au tiers intervenant de fournir des informations qui sont jugées présenter un intérêt pour l'affaire (article 6, al. 2, du décret sur la commission des recours). En revanche, en cas d'erreur liée à la procédure d'appel d'offres, la commission ne peut pas se saisir d'office de la question puisque les conclusions et les moyens de recours des parties constituent le cadre exclusif dans lequel elle doit 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 6 décembre 2017, Imatis A/S contre Région Capitale.

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

A priori, lors de la procédure orale, qui est organisée dans les locaux de la Direction générale à Viborg, les conclusions des parties et les pièces centrales du dossier sont examinées. Si des informations complémentaires peuvent être apportées par le biais de déclarations faites durant l'audience, il est néanmoins généralement préférable que les déclarations soient transmises d'avance par écrit à la commission et à la partie adverse. Dans certains cas, la commission peut estimer qu'il est inutile de procéder à la présentation initiale des pièces du dossier, etc. et veillera alors à l'indiquer. La commission peut éventuellement demander que les parties clarifient certains points. L'audience se clôture par la présentation des conclusions finales par les parties ou leurs avocats (plaidoiries), après quoi l'affaire est mise en délibéré. Normalement, le vote a lieu dans le prolongement direct de la mise en délibéré. De manière générale, la procédure orale auprès de la commission des recours dure

entre quatre et cinq heures. Dans les affaires plus importantes, elle peut prendre un ou deux jours. En 2018, une seule affaire a fait l'objet d'une procédure orale (contre trois affaires en 2017), tandis que 51 affaires ont été réglées par écrit (contre 66 affaires en 2017). 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. Dans sa décision du 9 février 2018, Dansk Cater A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, la commission a fixé à 100 000 DKK le montant des dépens attribués à la partie ayant obtenu gain de cause.

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 prononcée. 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 l'entité adjudicatrice d'octroyer un droit d'accès aux documents dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, c.-à-d. les affaires où la commission des recours fait office d'instance de recours aux termes de l'article 37 de la loi sur la transparence de l'administration. En revanche, la commission ne fait pas office d'instance de recours pour les affaires liées à un refus d'octroyer un droit d'accès dans le cadre l'exécution de contrats conclus à la suite d'un appel d'offres (cf. chapitre 3) ;

- les affaires dans lesquelles un tiers (par exemple, un journaliste) demande, en vertu de la loi sur la transparence de l'administration, le droit d'accéder à des documents créés ou reçus dans le cadre d'un recours actuellement ou récemment en cours devant la commission. Dans ces cas, c'est la commission des recours et pas, a priori, l'entité adjudicatrice défenderesse qui se prononce sur le droit d'accès aux documents. Vu que le défendeur dispose bien entendu, lui aussi, des documents concernés, il est généralement possible de lui demander directement le droit d'accès.

Les affaires liées au droit d'accès au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration se distinguent clairement des affaires liées aux violations des règles en matière de marchés publics, lesquelles, en vertu de la loi sur la commission des recours, doivent être réglées par cette dernière. Référence est faite au chapitre 3 du rapport annuel pour les années 2016 et 2017 et au chapitre 3 du présent rapport annuel pour une description plus détaillée de la pratique de la commission 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)) et sont directement accessibles via <https://klfu.naevneneshus.dk/>. Les décisions intermédiaires concernant l'octroi d'un effet suspensif et les décisions en matière du droit d'accès aux documents sont elles aussi publiées si elles présentent un intérêt général. Ce chapitre décrit une série de décisions rendues en 2018, qui ont toutes été publiées sur le site de la commission. Certaines décisions portent sur des questions de principe. D'autres concernent des problèmes qui, en dépit de leur nature, sont susceptibles de présenter un intérêt pour le grand public.

Les décisions sont réparties selon les catégories suivantes :

- Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres
- Présélection
- Motifs d'exclusion
- Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation
- Marchés de fourniture d'un assortiment de produits
- Accords de coopération horizontale
- Division des marchés en lots
- Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif (provisoire) et sanctions appliquées par la commission

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

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

*Décision du 17 janvier 2018, Opel Danmark A/S contre Police danoise, représentée par la Police nationale danoise*

*Appel d'offres relatif notamment à l'entretien de véhicules Opel. Le soumissionnaire retenu n'était pas un réparateur Opel agréé, mais avait indiqué qu'il entendait respecter les exigences minimales. La commission des recours s'est référée à cet aspect et à la réglementation européenne dont l'objectif est de permettre aux réparateurs indépendants d'accéder au marché de la même façon que les commissionnaires et réparateurs agréés. L'offre a donc été considérée conforme au cahier des charges.*

L'affaire portait sur la mise en concurrence, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, de 57 lots d'un accord-cadre visant les services d'entretien et de réparation, les pièces de rechange et les consommables, dont les pneus, liés aux véhicules de la police. Le recours

concernait un lot relatif aux services d'entretien et de réparation, etc. pour les véhicules de la police de la marque Opel dans la circonscription du Jutland du Nord et a été introduit par l'importateur des véhicules Opel, qui n'avait pas soumis d'offre. La commission a estimé que le requérant, qui était un sous-traitant des garages Opel ayant soumis une offre pour les lots mais n'ayant pas été retenus, était admis à former le recours. Le requérant a fait valoir qu'il serait impossible ou du moins difficile pour le soumissionnaire retenu de respecter plusieurs exigences minimales du fait que ce dernier n'était pas un réparateur Opel agréé.

Dans sa décision, la commission a rappelé que l'accès aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules pour les opérateurs indépendants était garanti par le règlement (CE) n° 715/2007 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2007 (cf. considérant 27 du préambule et article 6, al. 1<sup>er</sup>, du règlement). La commission a fait remarquer que le soumissionnaire retenu avait indiqué lors de la soumission de son offre qu'il entendait respecter les exigences minimales et que l'entreprise avait par la suite confirmé cet engagement à l'égard de la Police nationale danoise dans le cadre de l'enquête menée par la Police sur cette question. Sur la base des informations disponibles et notamment de la réglementation européenne susmentionnée (dont l'objectif est de permettre aux réparateurs indépendants d'accéder au marché de la même façon que les commissionnaires et réparateurs agréés), la commission a estimé que le requérant n'avait pas démontré que l'offre du soumissionnaire retenu n'était pas conforme au cahier des charges. De même, le requérant n'a pas démontré que la Police nationale danoise n'avait pas mené une enquête suffisante sur la question. Dès lors, le requérant n'a pas obtenu gain de cause. Le recours avait été introduit durant le délai suspensif (*standstill*). Au lieu de se prononcer sur la question d'octroi d'un effet suspensif, la commission a rendu sa décision définitive dans le délai de 30 jours défini à l'article 12, al. 3, de la loi sur la commission des recours en matière de marchés publics. Cette décision est donc un exemple de « décision immédiate ».

#### *Décision du 22 février 2018, Axxess A/S contre la Région Capitale*

*Accord-cadre d'une durée de plus quatre ans non conforme à l'article 95, al. 2, de la loi danoise sur les marchés publics (article 33, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE). Annulation de la décision d'attribution.*

L'affaire concernait la mise en concurrence par la Région Capitale, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un accord-cadre visant des compétences de réseau. Le marché se composait de quatre lots, dont deux visaient la livraison de matériel de réseau et deux autres le support etc. du matériel de réseau existant des autorités régionales. La durée était fixée à 48 mois, avec possibilité de renouvellement à une ou plusieurs reprises pour une durée totale allant jusqu'à 36 mois, soit une durée potentielle de sept ans. Le requérant, un soumissionnaire évincé, a fait valoir que les autorités régionales n'avaient pas prouvé l'existence d'un cas exceptionnel qui justifierait qu'il soit dérogé à la règle principale définie à l'article 95, al. 2, de la loi danoise sur les marchés publics (article 33, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE), en vertu de laquelle la durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans. Le requérant a donc invoqué l'annulation de la décision d'attribution des autorités régionales.

La commission, qui a donné gain de cause au requérant, a établi que les autorités régionales étaient chargées de prouver l'existence d'un cas exceptionnel qui justifierait une durée potentielle de sept ans pour l'accord-cadre. Les autorités régionales n'avaient pas prouvé l'existence de telles circonstances exceptionnelles. À cet égard, la commission a notamment souligné que l'accord-cadre visait l'achat de composants de réseau standard permettant aux autorités régionales d'assembler elles-mêmes leurs solutions en fonction de leurs besoins à l'aide du matériel découlant de l'accord-cadre. En outre, l'accord-cadre remplaçait un ancien contrat d'une durée largement plus courte ; la forme de l'appel d'offres, dont sa division en quatre lots, semblait présupposer qu'il était possible de réaliser l'appel d'offres de manière à faire appel à d'autres fournisseurs ; et il était possible à cet égard de garantir que le matériel acheté serait compatible avec le matériel de réseau existant. La violation de l'article 95, al. 2, de la loi danoise sur les marchés publics (article 33, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE) étant considérée comme essentielle, la commission a annulé la décision d'attribution des autorités régionales.

*Décision intermédiaire du 27 juin 2018, Abena A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)*

*Estimant que la condition de justification à première vue (fumus boni juris) n'était pas remplie, la commission n'a pas octroyé d'effet suspensif à un recours dénonçant que l'entité adjudicatrice n'avait pas concrètement vérifié la précision des informations fournies dans les offres concernant le sous-critère « Diversité de l'assortiment », que l'entité adjudicatrice n'avait pas vérifié les informations fournies dans l'offre du soumissionnaire retenu, que l'entité adjudicatrice avait laissé inclure un assortiment non obligatoire B dans l'offre alors qu'il ne figurait pas dans l'évaluation, qu'aucune exigence de transparence et d'objectivité n'avait été définie pour l'assortiment non obligatoire A et que la procédure de passation du marché dans le cahier des charges avait été modifiée.*

L'affaire concernait la mise en concurrence, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un accord-cadre conclu avec plusieurs fournisseurs et visant la fourniture de langes et autres produits à l'usage de certains citoyens. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères Prix (60 %), Service (20 %) et Diversité de l'assortiment (20 %).

Le cahier des charges stipulait que les soumissionnaires devaient indiquer, pour la partie de la liste de l'offre concernant l'« assortiment obligatoire », les prix de chacun des produits inclus et qu'un seul produit pouvait être offert par ligne. La liste comprenait en outre un « assortiment A » non obligatoire, pour lequel les soumissionnaires pouvaient (sans y être contraints) offrir des produits complémentaires qui ne pouvaient pas être identiques à un produit offert sous l'assortiment obligatoire et devaient se distinguer d'un tel produit sur différents points. Néanmoins, le produit devait répondre à certaines exigences imposées au produit correspondant sous l'assortiment obligatoire et être offert au même prix. Par ailleurs, il était stipulé que l'évaluation des offres selon le sous-critère « Diversité de l'assortiment » se baserait sur le nombre de produits offerts sous l'« assortiment A ». Les soumissionnaires pouvaient de plus, sous un « assortiment B » non obligatoire, offrir des produits non inclus dans la liste ou dans l'« assortiment A ». Les prix pour ces produits ne pouvaient pas dépasser les prix

de liste des soumissionnaires ni le prix de vente recommandé du fabricant, et les offres soumises sous l'« assortiment B » ne seraient pas incluses dans l'évaluation des offres. Les marchés basés sur l'accord-cadre seraient passés soit de gré à gré, soit par attribution sur la base d'un contrôle de qualité au sein d'un groupe d'experts ou attribution sur la base d'un contrôle de qualité auprès de citoyens bénéficiaires, et les soumissionnaires retenus devaient par avance indiquer, parmi ces deux méthodes de passation de marché, laquelle ils entendaient appliquer. Les méthodes de passation de marchés basés sur l'accord-cadre par attribution sur la base d'un contrôle de qualité au sein d'un groupe d'experts et d'un contrôle de qualité auprès de citoyens bénéficiaires étaient, dans le cahier de charges, définies comme une « remise en concurrence ». Après avoir reçu, lors d'un tour de table, des protestations à l'encontre de ces formes de passation de marchés, l'entité adjudicatrice a modifié leur désignation et les a respectivement renommées « attribution de marché périodique sur la base d'un contrôle de qualité » (au sein d'un groupe d'experts) et « attribution de marché périodique sur la base d'un contrôle de qualité » (auprès de citoyens bénéficiaires). Deux entreprises ont soumis une offre. L'essentiel pour se voir attribuer le marché était que l'offre du soumissionnaire retenu ait obtenu un score largement supérieur pour le sous-critère « Diversité de l'assortiment ». L'entité adjudicatrice a décidé de conclure des accords-cadres avec les deux soumissionnaires en précisant leur positionnement mutuel.

Le requérant, le soumissionnaire classé numéro deux, a fait valoir que SKI n'avait pas concrètement vérifié la précision des informations fournies dans les offres concernant le sous-critère « Diversité de l'assortiment ». La commission a établi que le droit relatif à la passation des marchés publics n'exigeait pas que l'entité adjudicatrice organise l'appel d'offres de manière telle à contrôler concrètement les informations comprises dans l'offre d'un soumissionnaire concernant les différents sous-critères. En vertu de l'article 159, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, al. 1<sup>er</sup> et 3, de la directive 2014/24/UE), l'entité adjudicatrice doit en cas de doute vérifier concrètement les informations et les documents joints à une candidature ou à une offre. Les motifs de l'article 159, al. 3, de ladite loi (article 56, al. 1<sup>er</sup> et 3, de ladite directive) ne comprennent pas de précisions permettant d'interpréter plus avant le fond de cette disposition, qui doit être vue en rapport avec la règle correspondante définie à l'article 164, al. 2, de ladite loi (article 67, al. 4, de ladite directive). Tant en vertu de ces dispositions qu'en vertu de la jurisprudence actuelle, l'évaluation d'une offre doit à la base se fonder sur son contenu. L'entité adjudicatrice est uniquement tenue de contrôler les informations contenues dans l'offre s'il existe, pour elle, des circonstances justifiant tout particulièrement un tel contrôle. Le cas échéant, l'entité adjudicatrice doit contrôler concrètement les informations et les documents transmis par le candidat ou le soumissionnaire. Sur cette base, la commission a estimé que SKI n'avait pas été contrainte d'organiser l'appel d'offres de manière telle à procéder obligatoirement à un contrôle concret des informations contenues dans les offres en ce qui concerne le sous-critère « Diversité de l'assortiment », même si un tel contrôle était possible. À cet égard, la commission a fait remarquer que s'il s'avère clairement après la conclusion d'un contrat que le soumissionnaire retenu n'est pas en mesure de fournir la prestation offerte par ledit soumissionnaire, il est possible, selon les circonstances, que l'entité adjudicatrice soit tenue de résilier le contrat, car l'acceptation de recevoir la prestation non contractuelle modifierait l'objet du contrat dans une mesure telle que l'obligation d'appel d'offres n'aurait pas été honorée dans le cadre de l'appel d'offres organisée.

En outre, le requérant a invoqué que contrairement à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE) et aux articles 45, al. 2, et 161 de ladite loi (article 67, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive), SKI avait laissé inclure un assortiment B non obligatoire dans l'offre alors qu'il n'était pas compris dans l'évaluation. À cet égard, la commission a indiqué que le droit relatif à la passation de marchés publics partait du principe que les offres devaient être évaluées par rapport à l'ensemble du marché mis en concurrence. Néanmoins, il découle de l'article 45, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics que l'évaluation des offres, en application de l'article 160 de ladite loi, peut avoir lieu sur la base d'un échantillon représentatif de produits comparables de l'assortiment offert par le soumissionnaire dans le cadre de la réalisation d'un appel d'offres où l'entité adjudicatrice fait référence à des catégories de produits spécifiques. L'entité adjudicatrice peut ainsi, tant en termes de prix que de qualité, évaluer les offres entrantes sur la base d'un échantillon représentatif de l'assortiment des soumissionnaires. Sur la base du contenu du cahier des charges comparé aux listes d'offre, la commission a estimé par ailleurs qu'il était parfaitement clair pour les soumissionnaires que les produits offerts dans l'assortiment obligatoire et l'assortiment non obligatoire A (contrairement à l'assortiment B) constituaient la partie de la prestation globale offerte (dont l'assortiment B) qui serait incluse dans l'évaluation des offres. Selon le contenu du cahier des charges et les listes d'offre, les produits visés par l'appel d'offres avaient été décrits de manière si détaillée qu'aucun doute ne pouvait régler quant à l'ampleur de la prestation offerte.

Le requérant a par ailleurs invoqué qu'aucune exigence de transparence et d'objectivité n'avait été définie pour l'assortiment non obligatoire A. Après avoir examiné le cahier des charges, la commission a estimé qu'il n'était pas possible d'offrir de produits totalement identiques sous l'assortiment obligatoire et l'assortiment non obligatoire A, ce qui n'avait pas été le cas non plus. La description des produits dans l'assortiment obligatoire a été jugée contenir une description suffisamment claire pour permettre aux soumissionnaires d'évaluer s'ils souhaitaient soumettre des offres, y compris concernant l'assortiment A, et d'identifier les produits ou prestations pouvant servir de base à leur offre pour chacun des assortiments.

En outre, le requérant a fait valoir qu'il était contraire à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 100 de ladite loi (article 33, al. 5, de ladite directive), cf. article 98 de ladite loi (article 33, al. 4, de ladite directive), que SKI ait modifié dans le cahier des charges la description de la méthode d'attribution des marchés en application de l'accord-cadre mis en concurrence en ne permettant pas une remise en concurrence (cf. ci-dessus). La commission a établi que la question de savoir si la modification d'une spécification constitue une modification d'un élément fondamental, une modification importante ou une modification non importante repose sur une évaluation concrète. Lors de cette évaluation, il est crucial d'établir si la modification a influé sur le groupe de candidats ou soumissionnaires potentiels ou a faussé la concurrence entre eux. Pour les nouveaux modèles de passation de marchés, les soumissionnaires ont uniquement été invités à transmettre les produits offerts identifiés comme représentatifs et n'avaient donc aucune possibilité d'influencer ou d'améliorer l'offre sur la base de laquelle l'évaluation a été réalisée. Quels que soient les termes utilisés initialement, il n'était donc pas question d'une remise en concurrence, ce qui était clair pour les soumissionnaires aussi. Sur cette base, la commission a estimé que la nouvelle formulation n'était qu'une précision objective qui visait à con-

former la terminologie au contenu réel du modèle et ne modifiait en rien la méthode d'attribution définie. Dès lors, il n'y avait pas lieu de considérer qu'il s'agissait d'une modification susceptible d'influer sur la décision de participation des soumissionnaires potentiels ni de fausser la concurrence entre les soumissionnaires concernés.

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

*Décision du 17 septembre 2018, New Printtex of Denmark ApS contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale*

*La commission n'a pas trouvé lieu d'établir que la mise en concurrence d'un accord-cadre comprenait des marchandises qui ne seraient certainement pas achetées. Sur la base des informations disponibles, les pondérations appliquées ont été jugées objectives.*

En mars 2018, la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI) a mis en concurrence conformément à la loi danoise sur la passation des marchés publics un accord-cadre visant l'achat d'« objets métalliques » pour les uniformes des soldats (galons, distinctions et marques d'honneur à utiliser dans les forces armées). Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » et « Qualité », moyennant une pondération de 50 % pour chacun d'entre eux. L'appel d'offres comprenait un grand nombre de marchandises réparties entre trois groupes bénéficiant chacun de sa propre pondération pour le calcul des prix offerts. Dans chaque groupe, les marchandises étaient pondérées à égalité.

Le requérant, qui n'avait pas soumis d'offre, a fait valoir qu'une partie des marchandises figurant sur la liste n'étaient plus d'actualité et ne seraient donc (très vraisemblablement) pas utilisées. Dès lors, ces marchandises ne pouvaient pas être réputées liées à l'objet du marché public, cf. article 163 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 67, al. 3, de la directive 2014/24/UE). De même, la pondération dans le modèle d'évaluation n'était pas représentative, car toutes les marchandises de chaque catégorie étaient pondérées à parts égales, même si certaines d'entre elles n'étaient plus utilisées et ne seraient donc pas achetées dans la même mesure que les marchandises toujours d'actualité. De plus, le requérant estimait que FMI aurait dû identifier les marchandises qui n'étaient plus utilisées. Sur cette base, le requérant a fait valoir que FMI avait agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive).

À cet égard, FMI a invoqué que le fait que certains objets métalliques étaient marqués comme n'étant plus utilisés n'excluait pas que FMI les achète pendant la durée de l'accord-cadre, en ce sens qu'il était plus juste de dire que l'utilisation des objets métalliques en question était « suspendue ». À cet égard, FMI a rendu compte de la pratique des forces armées danoises concernant la mise en suspens et la réutilisation d'objets métalliques. Par ailleurs, FMI a rappelé que la pondération des prix offerts des différentes marchandises reposait sur une évaluation concrète du besoin d'achat estimé par un groupe de projet.

La commission a débouté le requérant de sa demande et rappelé à cet égard que sur la base des informations disponibles sur la nature des objets métalliques contestés et la pratique des forces armées concernant la mise en suspens et la réutilisation des objets métalliques, il n'y avait pas lieu d'établir que la liste comprenait un nombre important de marchandises qui ne seraient certainement pas achetées pendant la durée de l'accord-cadre et devaient donc être omises de l'appel d'offres. En outre, la commission n'a pas trouvé lieu d'établir que les informations incluses par FMI, dont les contributions et expérience d'un groupe de projet formé à cette fin, et ayant entraîné la subdivision en trois groupes de marchandises avaient été tendancieuses. De même, il n'y avait pas lieu de remettre en question l'avis du FMI qui estimait qu'il n'y avait pas de raison de procéder à une différenciation plus détaillée de la pondération dans les trois groupes de marchandises. Enfin, la commission a estimé que FMI n'avait pas agi contrairement au principe de transparence défini à l'article 2 de ladite loi danoise (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) en n'identifiant pas les marchandises enregistrées dans le système informatique de FMI comme n'étant plus d'actualité ou en n'indiquant pas que l'utilisation des objets métalliques en question était suspendue.

### 2.2.2. Présélection

*Décision du 26 mars 2018, Idemia Identity & Security France SAS contre Direction générale de la Modernisation*

*Les critères de présélection étaient objectifs, non discriminatoires, transparents et proportionnels. Lors de la sélection, une évaluation avait été réalisée pour chaque prestation principale du marché « en travers » des références fournies par l'entreprise concernée de telle sorte que le score global obtenu pour une prestation principale ait pu être rehaussé par une ou deux références. Cela n'a pas empêché la sélection d'être objective, non discriminatoire, transparente et proportionnelle. Il n'y avait pas lieu de considérer que la nationalité ait été prise en considération dans l'évaluation des candidats.*

La Direction générale de la Modernisation (*Digitaliseringsstyrelsen*) a lancé au nom des autorités nationales, régionales et municipales une procédure d'appel d'offres restreinte négociée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics concernant le développement, l'exploitation, la maintenance, le support et le perfectionnement d'une solution nationale d'authentification d'identité (MitID) pour une valeur approximative de 900 millions DKK. La solution MitID constituera la prochaine génération de la solution NemID et sera appliquée par les entreprises et les citoyens au Danemark. Neuf entreprises, dont Idemia Identity & Security France SAS (ci-après « Idemia »), ont fait acte de candidature à la présélection. La Direction a présélectionné trois entreprises. Idemia, qui ne faisait pas partie des entreprises présélectionnées, a saisi la commission des recours en affirmant que la Direction n'avait pas fixé de lignes directrices claires pour la méthode d'évaluation et avait discriminé les candidats dans son évaluation des références en ne sélectionnant que des entreprises danoises en vue de la phase suivante de l'appel d'offres. Au sein de la commission, le recours a été traité par deux juges et deux experts.

La commission a établi que la Direction, dans son appréciation des qualifications des candidats, avait évalué les références « en travers » des différentes prestations principales, en ce sens que l'accent a été mis sur le niveau auquel les qualifications de l'entreprise ont été évaluées sur la base de la ou des

références ayant obtenu le score le plus élevé par rapport à la prestation principale en question. Le fait que les entreprises aient des références évaluées moins bonnes par rapport à la prestation principale n'avait pas influencé le score à la baisse. La commission a estimé que les critères définis et les dispositions relatives à la méthode de sélection étaient objectifs, non discriminatoires, transparents et proportionnels et que cela valait aussi pour la décision prise la Direction pour la sélection des quatre entreprises.

La commission a souligné que l'avis de marché stipulait que les références feraient l'objet d'une évaluation de pertinence, de même que les critères à la base de ladite évaluation de pertinence étaient décrits. En outre, il était indiqué que l'entité adjudicatrice chercherait avant tout à déterminer si les références prouvaient « ensemble » un haut niveau d'expérience pertinente. Il n'y avait pas lieu de considérer que la Direction ait pris en compte la nationalité des candidats dans son évaluation. Dès lors, la commission a estimé que la description dans l'avis de marché et les réponses aux questions posées avaient été suffisamment transparentes quant à la méthode de sélection appliquée et aux critères sur lesquels l'accent serait mis. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait qu'une évaluation avait été réalisée en vue de la sélection « en travers » des références pour chacune des prestations principales, de telle sorte que le score global obtenu pour une prestation principale ait pu être rehaussé par une ou deux références, par exemple. Par ailleurs, la commission a indiqué qu'il n'y avait pas lieu de ne pas tenir compte de l'estimation objective de la Direction. Dès lors, la commission a débouté le requérant de sa demande.

*Décision du 20 juin 2018, Icomera AB contre Société nationale danoise des chemins de fer DSB*

*Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres organisée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux, l'entité adjudicatrice était en droit d'exiger qu'un candidat fournisse un formulaire DUME distinct et une déclaration de soutien pour les unités sur lesquelles le candidat basait son aptitude. Il n'y avait pas lieu d'annuler la décision prise par l'entité adjudicatrice de ne pas présélectionner le requérant.*

La Société nationale danoise des chemins de fer DSB a organisé une procédure d'appel d'offres négociée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux concernant la mise en place de l'Internet sans fil dans les trains. La société Icomera AB, qui n'a pas été présélectionnée, a saisi la commission des recours en lui demandant d'octroyer un effet suspensif au recours (cf. article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours). La commission a décidé de rendre une décision au fond sans se prononcer sur l'effet suspensif. Icomera a fait valoir que DSB avait violé l'article 36, al. 1<sup>er</sup>, de la directive sur les services spéciaux et/ou l'article 11 du décret danois portant transposition, cf. article 148 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 59, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la directive 2014/24/UE) et article 152, al. 2, de ladite loi (articles 60, al. 1<sup>er</sup>, et 61, al. 2, de ladite directive), en rejetant la candidature à la présélection de l'entreprise et en demandant par la suite une déclaration de soutien sous la forme d'une annexe de contrat dûment complétée.

La commission a indiqué que l'article 152, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (articles 60, al. 1<sup>er</sup>, et 61, al. 2, de la directive 2014/24/UE) n'était pas applicable aux procédures d'appel d'offres organisée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux (cf. décret

danois n° 1624 du 15 décembre 2015 portant transposition de la directive). En outre, la commission des recours a indiqué que la procédure négociée était une remise en concurrence d'un ancien marché dont l'appel d'offres avait été annulé, auquel seules sept entreprises avaient participé. C'est pourquoi DSB tenait tout particulièrement à s'assurer que la procédure impliquant la présélection puisse être réalisée avec les candidats en mesure de prouver qu'ils disposaient d'un soutien. Par ailleurs, la commission a indiqué que la déclaration de soutien pouvait facilement être fournie en remplissant un court formulaire inclus dans le cahier des charges. Les entreprises participantes s'appuyant sur d'autres unités pouvaient ainsi, sans difficulté notable, se procurer la déclaration de soutien requise tout en s'assurant qu'elles bénéficiaient du soutien nécessaire d'une autre unité, tel que cela a eu lieu. La commission a ajouté qu'une déclaration de soutien n'était obligatoire que dans la mesure où le marché serait octroyé au candidat. L'obligation de joindre la déclaration de soutien était décrite en toute transparence dans l'avis de marché et l'exigence concernant la documentation supplémentaire à fournir ne portait que sur le soutien offert par d'autres unités. Sur cette base, la commission a estimé qu'il n'avait pas été essentiel, dans le cadre de l'appel d'offres en question, d'éviter d'imposer des charges administratives inutiles aux entreprises participantes (en les obligeant à fournir des preuves de soutien et à compléter un formulaire DUME) et qu'il n'y avait pas lieu de réfuter l'avis de DSB selon lequel il était nécessaire pour elle de se procurer les documents supplémentaires, comme c'était le cas.

La commission a établi que le rejet ne tenait pas au fait que le candidat ait utilisé un autre formulaire que celui requis, mais au fait que la déclaration de soutien jointe à la candidature contenait une limitation des responsabilités assumées par l'unité de soutien. Cette limitation s'appliquait tant à l'étendue des obligations assumées qu'à leur durée dans le temps, ce qui était justement supposé être l'objectif de la déclaration de soutien. Vu que la société Icomera ne pouvait pas elle-même répondre aux exigences minimales d'ordre économique et que la déclaration de soutien, comme il a été dit, contenait une limitation essentielle des responsabilités assumées, DSB n'a pas pu présélectionner Icomera. Il n'y avait donc pas lieu de constater que DSB avait violé l'article 36, al. 1<sup>er</sup>, de la directive sur les services spéciaux et/ou l'article 11 du décret danois portant transposition, cf. article 148 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 59, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la directive 2014/24/UE). À cet égard, la commission a fait remarquer que la formulation de l'article 11 dudit décret n'était pas claire quant à l'application de l'article 148 (article 59, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la directive 2014/24/UE).

*Décision du 24 juillet 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S contre Municipalité de Hillerød*

*Un candidat, qui n'avait pas été présélectionné, a obtenu gain de cause : l'entité adjudicatrice avait agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE) en ne précisant pas dans l'avis de marché les critères objectifs et non discriminatoires sur lesquels elle entendait mettre l'accent dans le cadre de la sélection, cf. article 145, al. 3, point 3, de ladite loi (article 65 de ladite directive). La décision de présélection de l'entité adjudicatrice a donc été annulée.*

L'affaire concernait l'organisation d'une procédure d'appel d'offres restreinte, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, pour la conclusion d'accords-cadres visant la

réalisation de services artisanaux. Le marché comprenait plusieurs lots et l'affaire portait sur l'un des lots liés à des travaux de charpenterie. Selon les conditions de présélection, jusqu'à huit candidats seraient présélectionnés. Les candidats présélectionnés seraient choisis sur la base d'une appréciation de la comparabilité et de la pertinence des références par rapport au lot concerné et il serait vu d'un bon œil que les candidats joignent une lettre de recommandation d'un maître d'ouvrage. L'avis de marché ne contenait pas d'informations concernant les références exigées, le nombre de candidats qui seraient présélectionnés ni la méthode de sélection des candidats présélectionnés.

La requérant, qui était un candidat évincé, a notamment fait valoir que les autorités municipales n'avaient pas défini dans l'avis de marché les critères de sélection des candidats.

Dans sa décision intermédiaire du 11 avril 2018, la commission des recours a décidé d'octroyer un effet suspensif au recours. La condition « *fumus boni juris* » (justification du recours à première vue) était remplie, en ce sens qu'il était envisageable que les conclusions 1 et les conclusions d'annulation seraient admises. La condition n° 2 (urgence) était également remplie puisque la société, selon ses affirmations, avait vu à tort sa candidature de présélection rejetée et ne pourrait donc participer à l'appel d'offres et qu'elle était ainsi susceptible de subir un préjudice dont il ne serait pas possible d'exiger l'indemnisation au titre des règles d'indemnisation ordinaires pour peu que la société, lors du rendu de la décision définitive, obtienne gain de cause. L'effet suspensif était donc nécessaire pour éviter un préjudice grave et irréparable. S'agissant de la condition n° 3 (mise en balance des intérêts), la commission a fait remarquer qu'il convenait d'interpréter cette condition de manière restrictive, puisque les conditions n° 1 et 2 étaient remplies. La commission a estimé que l'intérêt de la société à obtenir l'octroi de l'effet suspensif était supérieur à l'intérêt des autorités municipales de Hillerød à ce que l'effet suspensif ne soit pas octroyé. À cet égard, la commission a notamment estimé qu'il n'existait pas d'autres informations sur l'existence d'un intérêt général ou d'autres circonstances susceptibles de donner lieu à une autre appréciation. Par ailleurs, les autorités municipales n'avaient pas invoqué d'autres moyens de recours à cet égard.

La commission a indiqué qu'il ressortait de l'article 145, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 65 de la directive 2014/24/UE) qu'il était obligatoire de préciser dans l'avis de marché lié à une procédure restreinte les informations qui serviraient de base à la sélection des candidats présélectionnés. L'objectif derrière l'obligation de publier un avis de marché est de fournir aux candidats ou soumissionnaires potentiels une base pour déterminer si cela vaut la peine pour eux de consacrer des ressources à la rédaction de leur candidature. De plus, le recours aux avis de marché implique qu'un grand nombre d'informations fondamentales sont mises à la disposition des candidats ou soumissionnaires potentiels de manière uniforme, simple, transparente et facilement accessible de telle sorte que les entreprises ont la possibilité, sans devoir y affecter des ressources disproportionnées, de se tenir à jour et d'envisager de participer aux appels d'offres susceptibles de les intéresser. À cet égard, la commission a indiqué que, bien que les motifs de l'article 145 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 65 de la directive 2014/24/UE) utilisent l'expression « dossier d'appel d'offres », qui devait être entendu conformément à l'article 24, point 36, de ladite loi (article 2 de ladite directive), il convenait, conformément au libellé de l'article lu en liaison avec la directive, d'établir que les informations figurant à l'article 145, al. 3, points 1 à 3 de

ladite loi (article 65 de la directive 2014/24/UE) devaient ressortir de l'avis de marché proprement dit, de telle sorte que les candidats et les soumissionnaires étaient en droit de ne s'en tenir qu'au contenu de l'avis de marché au moment de décider s'ils souhaitaient ou pas participer ou demander à participer à un appel d'offres. Le fait que toutes les pièces du dossier d'appel d'offres, en application de l'article 59, al. 6, de ladite loi (article 28, al. 1<sup>er</sup>, point 2, et al. 6, sous a, de ladite directive), cf. article 132, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi (article 53, al. 1<sup>er</sup>, points 1 et 2 de ladite directive), étaient librement accessibles par voie électronique à compter de la date de publication de l'avis de marché ne saurait aboutir à une interprétation de l'article 145, al. 3, de ladite loi (article 65 de ladite directive) autre que celle découlant du libellé et de l'objectif des règles en matière de publication des avis de marché. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que l'avis de marché faisait référence aux « critères de sélection comme indiqué dans le dossier de l'appel d'offres ».

Sur cette base, la décision de présélection a été annulée étant donné que les autorités municipales de Hillerød n'auraient pas pu légalement appliquer les critères de sélection figurant dans le reste du dossier de l'appel d'offres vu que ceux-ci n'étaient pas précisés dans l'avis de marché. Les critères ne pouvaient donc pas légalement servir de base à la prise de la décision de présélection. Vu la nature de la violation constatée, les autorités municipales de Hillerød n'ont pas prouvé que la violation n'avait pas eu d'impact sur le choix des entreprises susceptibles de faire acte de candidature et, partant, sur l'issue de l'appel d'offres.

*Décision intermédiaire du 12 décembre 2018, KMD A/S contre Municipalité de Copenhague*

*Il ne ressortait pas de l'avis de marché que les candidats les plus qualifiés seraient ceux qui obtiendraient la moyenne de points la plus élevée dans les différents domaines de référence et que cette appréciation serait opérée sur la base d'un modèle mathématique basé sur cinq références, et ce même si un demandeur présentait moins de cinq références et que cela entraînerait une dévaluation de l'appréciation qualitative pour peu qu'il présente moins de cinq références. Dès lors, sur la base des informations provisoires disponibles, les autorités municipales de Copenhague avaient agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE), cf. article 145, al. 3, point 3, de ladite loi (article 65 de ladite directive). La condition de justification à première vue (fumus boni juris) était remplie. La commission a octroyé l'effet suspensif au recours.*

L'affaire concernait une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et concernant entre autres la fourniture et l'exploitation d'un système informatique qui serait utilisé dans le secteur social et de la santé publique. Dans l'avis de marché, l'entité adjudicatrice demandait des références prouvant l'expérience du soumissionnaire dans huit domaines de référence précisés. À titre d'exigence minimale, les candidats à la présélection devaient fournir au moins une référence pertinente au cours des trois dernières années. Un maximum de cinq références étaient autorisés. Quatre candidats seraient alors présélectionnés sur la base des références les plus pertinentes en vue de soumettre une offre. L'entité adjudicatrice entendait ainsi mettre l'accent sur une vaste expérience dans tous les domaines de référence. Pour l'évaluation des références des six candidats, l'entité adjudicatrice a tout d'abord attribué aux candidats des points sur la base d'une échelle de 0 à 4 pour chacun des huit domaines de référence men-

tionnés. Ces points ont ensuite été additionnés et la somme a été divisée par le nombre maximum de références (cinq), et ce quel que soit le nombre de références réellement présenté par les candidats. Le résultat constituait le nombre de points de chaque candidat pour les références et l'entité adjudicatrice a présélectionné les quatre candidats ayant obtenu le nombre de points de le plus élevé. Un candidat évincé a ensuite saisi la commission de recours. Le requérant avait fourni des informations sur trois références, contre cinq références dans le cas de tous les autres candidats. Dans son courrier informant le requérant qu'il n'avait pas été présélectionné, l'entité adjudicatrice mentionnait entre autres que le fait que le requérant n'ait pas prouvé une expérience plus vaste en présentant un plus grand nombre de références avait influencé le score à la baisse.

La commission a constaté qu'il ne ressortait pas de l'avis de marché que les candidats les plus qualifiés seraient ceux qui obtiendraient la moyenne de points la plus élevée dans les différents domaines de référence sur la base d'un modèle mathématique reposant sur cinq références, et ce même si un demandeur présentait moins de cinq références. Il ne ressortait pas non plus de l'avis de marché que le fait pour un candidat de présenter moins de cinq références influencerait à la baisse le score obtenu dans le cadre de l'appréciation qualitative. Selon le contenu de l'avis de marché, la richesse de l'expérience aurait dû être appréciée sur la base du score attribué à chacune des références pertinentes dans les huit domaines pour identifier et sélectionner ainsi les candidats les plus qualifiés par rapport aux « références les plus pertinentes ». Sur cette base, les autorités municipales de Copenhague n'avaient pas décrit de manière transparente les éléments sur lesquels l'accent serait mis pour l'évaluation des références par rapport au sous-critère qualitatif, vu que l'avis de marché ne précisait pas les critères objectifs et non discriminatoires qui seraient privilégiés dans le cadre de la sélection, cf. article 145, al. 3, point 3, de la loi danoise sur la passation des marchés (article 65 de la directive 2014/24/UE), ce qui était contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE).

La condition n° 2 (urgence) était également remplie puisque, comme le montre le recours, la société avait vu à tort sa candidature de présélection rejetée et ne pourrait donc pas participer à l'appel d'offres et que, par conséquent, KMD ne serait pas suffisamment protégée par les règles d'indemnisation ordinaires pour peu qu'elle obtienne gain de cause lors du rendu de la décision définitive. Sur cette base, la commission a estimé que la condition d'urgence était remplie, puisque l'effet suspensif était nécessaire pour éviter un préjudice grave et irréparable pour KMD.

Vu que les conditions n° 1 et 2 étaient remplies et qu'il convenait dès lors d'interpréter la condition de mise en balance des intérêts de manière restrictive, la commission a estimé que l'intérêt de KMD à obtenir l'octroi de l'effet suspensif était supérieur à l'intérêt des autorités municipales de Copenhague à ce que l'effet suspensif ne soit pas octroyé. À cet égard, la commission a notamment estimé qu'il n'existait pas d'autres informations sur l'existence d'un intérêt général ou d'autres circonstances susceptibles de donner lieu à une autre appréciation.

Les autorités municipales ont par la suite annulé l'appel d'offres et le requérant s'est désisté. La décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

### 2.2.3 Motifs d'exclusion

*Décision du 28 septembre 2018, Bayer A/S contre Banedanmark*

*Collaboration entre le soumissionnaire retenu et un autre soumissionnaire. L'entité adjudicatrice a la charge de prouver que les conditions d'utilisation de l'un des motifs d'exclusion non obligatoire définis à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, points 4 et 6 (article 57, al. 4, sous d et i, de la directive 2014/24/UE), sont réunies. Un « soupçon » ou autre élément qui n'est pas accompagné d'éléments de preuve suffisants pour l'entité adjudicatrice ne permet de rejeter une offre en vertu de l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4 ou 6 de ladite loi (article 57, al. 4, sous d et i, de ladite directive). Lors du recours à un motif d'exclusion non obligatoire, l'entité adjudicatrice doit en outre respecter le principe de proportionnalité. Aucun indice prouvant la conclusion d'un accord faussant la concurrence ou la fourniture d'informations trompeuses.*

Le 16 janvier 2018, Banedanmark a mis en concurrence en application de la directive européenne sur les services spéciaux un marché de fourniture de matériel de détection, d'enregistrement et de pulvérisation chimique des mauvaises herbes sur ses voies ferrées. Le requérant, un soumissionnaire évincé, a fait notamment valoir que le soumissionnaire retenu, Weedfree on Track Ltd., était visé par les motifs d'exclusion non obligatoires définis à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point(s) 4 et/ou 6 (article 57, al. 4, sous d et i, de la directive 2014/24/UE).

La commission a indiqué de manière générale que l'article 80, al. 1<sup>er</sup>, de la directive européenne sur les services spéciaux stipulait notamment que les critères et les règles d'exclusion des acteurs économiques pouvaient englober les motifs d'exclusion définis à l'article 57 de la directive sur la passation des marchés publics dans les conditions arrêtées dans celle-ci. L'article 57 de la directive sur la passation des marchés est transposé en droit danois via différentes dispositions de la loi danoise sur la passation des marchés publics, dont l'article 137 relatif aux motifs d'exclusion non obligatoires. De même, en application de l'article 10 du décret portant transposition, l'article 137 de ladite loi danoise s'applique également aux entités adjudicatrices dans le cadre d'appels d'offres organisés en vertu de la directive européenne sur les services spéciaux. En référence au libellé et aux travaux préparatoires de ces dispositions, la commission des recours a indiqué que l'entité adjudicatrice avait la charge de prouver que les conditions d'utilisation de l'un des motifs d'exclusion non obligatoire définis à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, points 4 et 6 (article 57, al. 4, sous d et i, de la directive 2014/24/UE), étaient réunies. Pour peu que les exigences de preuve définies à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, de la loi danoise (article 57, al. 4, sous d, de la directive 2014/24/UE) (« le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure ») ou les exigences de preuve plus élevées définies à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 6, de ladite loi (article 57, al. 4, sous i de ladite directive) (« le pouvoir adjudicateur peut démontrer ») ne sont pas remplies, une offre peut uniquement être rejetée dans les cas prévus dans d'autres règles. Un indice, un « soupçon » ou autre élément qui n'est pas accompagné d'éléments de preuve suffisants pour l'entité adjudicatrice ne permet pas de rejeter une offre en vertu de l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4 ou 6 de ladite loi (article 57, al. 4, sous d et i, de ladite directive). Les exigences de preuve définies dans ces articles contrecarrent le caractère arbitraire et l'insécurité liés à l'exclusion des entreprises, mais les articles donnent en même temps à l'entité adjudicatrice le

moyen, dans les conditions arrêtées, de rejeter une offre qui ne devrait pas participer à l'appel d'offres. Lors du recours à un motif d'exclusion non obligatoire, l'entité adjudicatrice doit en outre (comme il ressort également des travaux préparatoires de l'article 137 de la loi danoise [article 57, al. 4, sous a, b, c, d, g et i, de la directive 2014/24/UE]) respecter le principe de proportionnalité.

La commission a estimé que les indices ne suffisaient pas pour considérer que Weedfree on Track avait conclu un accord avec un autre soumissionnaire, G&G Növényvédelmi és Kereskedelmi Kft., en vue de fausser la concurrence ni que l'entreprise avait fourni par négligence grave des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions de Banedanmark en n'informant pas l'entité adjudicatrice de sa collaboration avec G&G. La commission a estimé que le fait que les deux entreprises collaborent dans d'autres contextes, combiné au fait que les entreprises ont participé à l'appel d'offres en cause, ne permettait pas, ni de manière isolée ni dans le contexte des autres informations disponibles, dont les offres soumises, de conclure que les conditions d'exclusion définies à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, points 4 ou 6 (article 57, al. 4, sous d et i, de la directive 2014/24/UE), étaient réunies. Dès lors, la commission a débouté le requérant de sa demande.

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

*Décision intermédiaire du 25 janvier 2018, CSC Danmark A/S contre Police nationale danoise*

*L'évaluation opérée conformément aux sous-critères définis sur la base d'un modèle différentiel ne constituait pas une évaluation relative des offres.*

L'affaire portait sur l'organisation d'une procédure de dialogue compétitif en application de la directive sur la défense et la sécurité concernant un marché d'une valeur approximative de 200 à 500 millions DKK conclu avec un seul fournisseur et visant l'exploitation, entre autres, des systèmes informatiques de la Police nationale danoise. La prestation offerte devait remplacer différents systèmes patrimoniaux qui, depuis plusieurs années, étaient exploités par CSC. Le critère d'attribution était « L'offre la plus avantageuse économiquement » sur la base des sous-critères « Prix » (30 %), « Qualité » (50 %) et « Respect des délais de livraison » (20 %). Lors de l'évaluation des offres, la Police nationale danoise a utilisé un modèle dit différentiel, qui était décrit dans le cahier des charges. La Police a reçu des offres de CSC et d'IBM et décidé de conclure le marché avec IBM. L'avis d'attribution indiquait notamment concernant la méthode différentielle qu'IBM avait obtenu un score qualité qui, en termes pondérés, était supérieur de 22,92 % au score de CSC et avait offert un prix qui, en termes pondérés, n'était supérieur que de 20,34 %. Dès lors, IBM avait offert le meilleur rapport qualité-prix.

CSC a notamment fait valoir que la Police avait appliqué une méthode d'évaluation inadéquate en procédant à une évaluation relative des offres.

La commission a indiqué que rien ne portait à croire que CSC obtiendrait gain de cause. La Police nationale danoise avait appliqué le « modèle différentiel » pour savoir si une meilleure qualité pourrait, dans ce cas concret, compenser un prix plus élevé. La méthode utilisée n'impliquait pas (comme indiqué par le requérant) une évaluation relative des deux offres par rapport aux deux sous-critères.

Au contraire, la méthode appliquée attribuait à chacune des offres des points par rapport à la mesure dans laquelle l'offre remplissait les sous-critères.

Vu que rien ne portait à croire que les conclusions visant une annulation de la décision d'attribution seraient admises, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.

Le requérant s'est ensuite désisté et la décision de la commission de ne pas octroyer d'effet suspensif a ainsi été sa décision définitive rendue dans l'affaire.

*Décisions des 23 février et 5 septembre 2018, Sigmax Law Enforcement B.V. contre Rejsekort A/S*

*Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres négociée organisée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux, l'entité adjudicatrice a modifié la méthode d'évaluation décrite dans le dossier de l'appel d'offres. Ce changement a entraîné une modification d'un élément fondamental et la commission a annulé la décision d'attribution. Aucune indemnisation, car le cahier des charges ne pouvait servir de base à la prise d'une décision légale et la condition de lien de causalité n'était donc pas remplie.*

L'affaire concernait la mise en concurrence d'un système à utiliser pour le contrôle des cartes de voyage par les contrôleurs des chemins de fer. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix. Selon le dossier de l'appel d'offres, les offres allaient (y compris par rapport au sous-critère qualitatif) être appréciées relativement via l'attribution de 20, 40, 60, 80 ou 100 points, de telle manière que la meilleure offre obtiendrait 100 points. Quatre offres ont été soumises et l'entité adjudicatrice a négocié avec deux des soumissionnaires, dont le requérant, qui ont ensuite soumis de nouvelles offres. Lors de l'évaluation des offres, l'entité adjudicatrice a, concernant les sous-critères qualitatifs, attribué les points de telle sorte que la meilleure offre a obtenu 100 points et la deuxième meilleure offre 0 point. Selon l'entité adjudicatrice, cela tenait au fait que les principes d'attribution des points définis dans le dossier de l'appel d'offres ne convenaient pas dans une situation où seules deux offres devaient être évaluées.

Le requérant a fait valoir que l'entité adjudicatrice n'était pas en droit d'attribuer des points aux offres de la manière décrite. La commission a donné gain de cause au requérant et rappelé que la modification de la méthode d'évaluation avait le caractère d'une modification d'un élément fondamental, ce qui ne pouvait pas avoir lieu sans une remise en concurrence. La modification avait incontestablement joué un rôle prépondérant dans le résultat final et avait donc faussé la concurrence entre les deux soumissionnaires. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que le modèle d'évaluation, tel qu'il était décrit dans le cahier des charges, s'était avéré inadéquat dans les circonstances concrètes, vu qu'il incombe à l'entité adjudicatrice d'assumer les risques liés à la rédaction du dossier de l'appel d'offres.

La commission a en outre annulé la décision d'attribution du marché.

Dans sa décision du 5 septembre 2018, la commission a débouté le requérant de sa demande d'indemnisation. Le modèle d'évaluation décrit dans le cahier des charges présupposait la soumission de cinq offres et le modèle ne tenait donc pas compte d'une situation où un nombre de soumission-

naires plus petit que prévu soumettraient des offres initiales et finales. Il était impossible d'en déduire comment l'évaluation serait opérée dans le cas où moins de cinq offres seraient soumises et le modèle n'était donc pas conforme au principe de transparence. De plus, le modèle ne permettait pas d'attribuer le même nombre de points aux offres qui répondaient de manière équivalente ou quasi-équivalente aux exigences de qualité définies. Les « intervalles » de 20 points entre chacune des cinq offres présumées dans le modèle étaient donc également contraires au principe d'égalité de traitement. Vu qu'il n'est pas possible d'accorder une indemnisation si l'offre visée par l'indemnisation n'a pas pu servir de base à la prise d'une décision d'attribution légale et que l'exigence d'un lien de causalité n'était donc pas remplie, l'entité adjudicatrice n'a pas été condamnée à verser une indemnité.

*Décision du 18 avril 2018, A/S Julius Nielsen & Søn contre la Direction générale des Bâtiments du ministère danois de la Défense nationale*

*Bien qu'une entité adjudicatrice soit en règle générale liée par la méthode d'évaluation publiée, la commission a estimé à la lumière des circonstances concrètes de l'affaire qu'une rectification de l'échelle de points liée au sous-critère « Prix » était licite et que l'entité adjudicatrice n'avait donc pas agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 66, al. 5, point 2, de ladite loi (article 29, al. 2-5, de ladite directive).*

L'affaire concernait une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et concernant les travaux de charpenterie liés à un projet de construction. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base du sous-critère « Prix », moyennant une pondération de 40 %, et de trois sous-critères qualitatifs, moyennant une pondération de 20 % pour chacun d'entre eux.

Dans le cahier des charges, il était établi que l'évaluation selon le sous-critère « Prix » serait opérée sur la base d'une échelle linéaire avec cinq points maximum et que l'évaluation des offres selon les sous-critères qualitatifs serait opérée sur la base d'une échelle allant de 1 à 10 points. Des offres ont été soumises par trois soumissionnaires présélectionnés, avec qui des négociations ont été menées. Direction générale des Bâtiments du ministère danois de la Défense nationale a ensuite apporté quelques modifications au dossier de l'appel d'offres. À cet égard, l'échelle linéaire sur la base de laquelle les offres seraient évaluées par rapport au sous-critère « Prix » a été modifiée de telle sorte que le nombre de points maximum serait de 10. S'agissait des raisons à la base de cette modification, la Direction générale a indiqué que les cinq points maximum annoncés initialement était une erreur et que la modification avait pour but de rectifier cette erreur en appliquant la même échelle de points pour le sous-critère « Prix » et les sous-critères qualitatifs. Aucun des soumissionnaires concernés ne s'était opposé à la modification de la méthode d'attribution de points pour le sous-critère « Prix ».

La commission, qui a débouté le requérant de sa demande, a indiqué qu'une méthode garantissant pour l'évaluation globale des différents sous-critères la pondération définie dans le cahier des charges présumait qu'on assure la comparabilité des deux échelles. Si elle n'avait ajusté l'échelle

pour le sous-critère « Prix », de sorte qu'elle soit identique à l'échelle utilisée pour l'évaluation des offres par rapport au sous-critère « Qualité », la Direction générale aurait été contrainte par la suite de convertir les points attribués selon une échelle commune, ce qui aurait dû être clair pour les soumissionnaires. La commission a également mis l'accent sur le fait que la rectification de l'échelle n'avait pas influé le rapport entre la pondération du sous-critère « Prix » et la pondération des autres sous-critères par rapport aux informations indiquées dans le cahier des charges. La rectification de l'échelle n'était pas non plus susceptible d'avoir eu des répercussions sur la décision des entreprises quant à leur participation à la procédure d'appel d'offres pour peu qu'elles aient eu connaissance de la modification, de même qu'il convenait de considérer que la rectification, dans les circonstances concrètes, n'avait pas faussé la concurrence entre les soumissionnaires qui avaient été informés de la modification. Finalement, la commission a aussi mis l'accent sur le fait que les soumissionnaires avaient eu la possibilité de tenir compte, lors de la rédaction des offres finales, des informations sur les offres initiales figurant dans le protocole publié le 5 mai 2017. Bien qu'une entité adjudicatrice soit en règle générale liée par la méthode d'évaluation publiée, la commission a estimé dans ces circonstances que la rectification de l'échelle était exceptionnellement licite et que la Direction générale n'avait donc pas agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 66, al. 5, point 2, de ladite loi (article 29, al. 2-2, de ladite directive).

Dans sa décision intermédiaire du 29 novembre 2017, la commission avait déjà décidé de ne pas octroyer d'effet suspensif au recours.

*Décision du 23 mai 2018, Coloplast Danmark A/S contre Région Capitale*

*Une exigence minimale n'était pas clairement formulée et ne convenait donc pas comme exigence minimale. Toutefois, vu que rien ne permettait de considérer que cette violation ait concrètement influencé la décision d'attribution, rien ne portait à croire que la décision serait annulée.*

L'affaire concernait la mise en concurrence, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un accord-cadre visant la fourniture de produits de traitement des plaies. Le recours portait sur deux lots qui concernaient tous deux des pansements en mousse pour les plaies à suppuration modérée « avec ou sans argent ». L'un des lots concernait ainsi des pansements « sans adhésif », l'autre des pansements « avec couche de contact en silicone et bord adhésif en silicone ». Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix.

Le requérant, un soumissionnaire évincé, a notamment fait valoir que l'une des exigences minimales des autorités régionales n'était pas clairement formulée et ne convenait donc pas comme exigence minimale. Le requérant a rappelé que pour l'exigence minimale en cause, il était indiqué en fin de description que « (...) sur cette base, les autorités régionales estimeront si le produit peut être offert ». En référence à ce passage, la commission a estimé que l'exigence n'était pas formulée de manière suffisamment claire pour convenir comme exigence minimale puisqu'il n'était pas précisé plus avant ce qu'il suffisait d'indiquer, dans certaines circonstances décrites, pour que l'exigence minimale soit remplie. Cette exigence minimale était commune pour tous les lots du marché.

Sur la base des informations selon lesquelles tous les soumissionnaires sauf un avaient rempli l'exigence minimale en cause et que l'offre du soumissionnaire restant n'était pas non plus, pour d'autres motifs, conforme au cahier des charges, rien ne permettait donc de considérer que la violation ait concrètement influencé la décision d'attribution des autorités de la Région Capitale. Ainsi, rien ne portait à croire que la décision d'attribution des autorités régionales serait annulée et la condition « *fumus boni juris* » n'était donc pas remplie.

Par conséquent, la commission n'a pas octroyé d'effet suspensif au recours et le requérant s'est ensuite désisté. La décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

*Décision du 3 octobre 2018, Efkon GmbH contre Fjordforbindelsen Frederikssund*

*Les dispositions de l'article 169, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 69 de la directive 2014/24/UE) doivent être interprétées de telle sorte qu'elles énumèrent de manière exhaustive les circonstances particulières dans lesquelles une entité adjudicatrice est dans l'obligation de rejeter une offre anormalement basse, si bien que la pratique antérieure de la commission en la matière sont désormais sans importance directe. Aucune information n'était disponible qui aurait permis de réfuter l'estimation de Fjordforbindelsen Frederikssund, selon laquelle l'offre ne paraissait pas anormalement basse. Fjordforbindelsen Frederikssund n'était donc pas contrainte de demander des explications au soumissionnaire retenu préalablement à sa décision d'attribution. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.*

L'affaire concernait la mise en concurrence au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, sous la forme d'une procédure de dialogue compétitif, d'un marché visant la fourniture et l'exploitation d'un système de péage pour un pont. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base d'un sous-critère « Prix » et plusieurs sous-critères qualitatifs. Le prix offert calculé pour l'un des soumissionnaires était largement inférieur aux prix offerts calculés par les autres soumissionnaires. L'entité adjudicatrice a examiné et comparé les prix offerts et leur composition, mais n'a pas contacté le soumissionnaire à cet égard. Sur la base de son examen, l'entité adjudicatrice a conclu que le prix offert ne paraissait pas anormalement bas. Elle a en outre décidé de conclure le marché avec le soumissionnaire en question.

Le requérant, un soumissionnaire évincé, a notamment fait valoir que l'offre du soumissionnaire retenu était anormalement basse, que l'entité adjudicatrice était donc contrainte de suivre la procédure définie à l'article 169 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 69 de la directive 2014/24/UE) selon laquelle elle aurait dû demander des explications au soumissionnaire et rejeter l'offre retenue.

La commission a établi que les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement définis à l'article 2 de ladite loi danoise (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) devaient être pris en compte lorsqu'il s'agissait de déterminer si une entité adjudicatrice, en application de l'article 169 de ladite loi (article 69 de ladite directive) était dans l'obligation de demander des explications concernant les prix et les coûts inclus dans l'offre. De même, l'objectif des dispositions doit être pris en compte, lui

aussi. La commission a constaté que rien dans le libellé de l'article 169 de ladite loi (article 69 de ladite directive), les travaux préparatoires ou la directive européenne sous-jacente sur la passation des marchés publics ne permettait d'interpréter les dispositions de telle sorte que l'entité adjudicatrice serait contrainte de rejeter des offres réputées anormalement basses dans d'autres cas que ceux expressément énumérés à l'article 169, al. 3, de ladite loi (article 69 de ladite directive). Les dispositions doivent donc être interprétées de telle sorte qu'elles énumèrent de manière exhaustive les circonstances particulières dans lesquelles une entité adjudicatrice est dans l'obligation de rejeter une offre anormalement basse. La pratique antérieure de la commission en la matière est donc désormais sans importance directe. Ainsi, la commission a estimé que la dernière partie du motif 89 (avis concernant l'obligation pour une entité adjudicatrice de rejeter une offre anormalement basse) de l'arrêt du Tribunal du 4 juillet 2017 dans l'affaire T-392/15, *European Dynamics Luxembourg et al.*, ne permettait pas une autre interprétation de l'article 169, al. 3 de ladite loi (article 69 de ladite directive) vu que cet avis n'était pas motivé plus avant et ne semblait pas répété ailleurs dans la jurisprudence, y compris la jurisprudence de la Cour de justice. La remarque figurant dans le motif devait donc être considérée à la lumière de la situation particulière du cas d'espèce et rien ne permettait de l'élargir au-delà des règles appliquées.

Aucune information n'était disponible qui aurait permis de réfuter l'estimation de *Fjordforbindelsen Frederikssund*, selon laquelle l'offre ne paraissait pas anormalement basse. *Fjordforbindelsen Frederikssund* n'était donc pas contrainte de demander des explications au soumissionnaire retenu préalablement à sa décision d'attribution.

Le fait qu'il existe une différence substantielle entre les montants indiqués dans les offres indicatives durant le dialogue et dans l'offre finale du soumissionnaire retenu et que *Fjordforbindelsen Frederikssund*, sur la base des différences entre les prix offerts, ait entrepris un examen visant à déterminer si l'offre du soumissionnaire en question « paraissait » anormalement basse ne peut à lui seul entraîner que *Fjordforbindelsen Frederikssund* était tenue de considérer l'offre comme paraissant anormalement basse ou que *Fjordforbindelsen Frederikssund* était dans l'obligation de demander des explications en application de l'article 169, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi (article 69 de ladite directive).

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

*Décision du 25 octobre 2018, Dommerby Stål A/S contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI)*

*Dans le cadre l'évaluation des offres soumises, une entité adjudicatrice n'était pas tenue de contrôler l'exactitude des informations et des documents transmis par le soumissionnaire retenu. De même, rien ne permettait d'établir qu'à l'heure de la présélection et jusqu'à la décision d'attribution/conclusion du marché, l'unité de soutien avait été formellement ou réellement remplacée ou qu'une nouvelle unité de soutien supplémentaire avait été ajoutée.*

L'affaire concernait une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la directive sur la défense et la sécurité et concernant un accord-cadre visant la fourniture et l'entretien d'ateliers mo-

biles. Le critère d'attribution était « L'offre la plus avantageuse économiquement » sur la base des sous-critères « Prix » et « Qualité ». FMI a reçu des offres de trois soumissionnaires présélectionnés et décidé de conclure le marché avec l'un d'entre eux.

Le requérant, un soumissionnaire évincé, a fait valoir que le soumissionnaire retenu avait impliqué un autre sous-traitant que le sous-traitant dont les capacités techniques avaient été prises en compte dans la candidature à la présélection, que c'était en réalité le nouveau sous-traitant (qui avait lui-même fait acte de candidature, mais n'avait pas été présélectionné) qui avait rédigé certaines parties de l'offre, que FMI aurait dû s'en rendre compte, que FMI aurait donc dû contrôler l'exactitude de certaines parties de l'offre et que cela aurait dû l'amener à considérer l'offre retenue comme non conforme au cahier des charges. Par ailleurs, le requérant a fait valoir qu'un tel élargissement du groupe des « unités de soutien » était contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence puisqu'il n'y avait plus d'identité entre l'unité présélectionnée et l'unité soumissionnaire.

La commission, qui a débouté le requérant de sa demande, a tout d'abord indiqué qu'une entité adjudicatrice n'était tenue de contrôler l'exactitude des informations figurant dans les offres soumises qu'en cas de doute quant à la capacité du candidat ou du soumissionnaire à répondre aux exigences définies dans l'avis de marché et le dossier d'appel d'offres. Le cas échéant, l'entité adjudicatrice doit contrôler concrètement les informations et les documents transmis par le candidat ou le soumissionnaire. Lors de la réception de l'offre, aucune information n'était disponible qui porterait FMI à croire que l'entreprise sur laquelle le soumissionnaire retenu avait dès le début basé ses capacités techniques dans le cadre de la présélection n'était plus engagé par ses déclarations de soutien. FMI n'était donc pas tenue de contrôler les informations figurant dans les offres, mais pouvait s'en tenir aux déclarations de soutien. Le fait qu'une autre entreprise ait été impliquée lors de la rédaction de l'offre finale ne changeait rien aux engagements de l'unité de soutien.

Sur la base d'un courrier du requérant, FMI a toutefois, après la décision d'attribution, demandé des informations au soumissionnaire retenu et s'est vu ainsi confirmer que le soumissionnaire était toujours en mesure de baser ses capacités techniques sur l'autre entreprise. Ainsi, à cette date, il n'existait pas non plus d'informations qui justifieraient que FMI avait des raisons de croire que l'unité de soutien ne mettrait plus les ressources nécessaires à la disposition du soumissionnaire retenu ou que l'unité ait été formellement ou réellement remplacée (voir les principes définis à l'article 147, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics). De même, rien ne portait à croire que l'unité de soutien ne jouerait plus un rôle essentiel dans l'exécution du marché ou que le soumissionnaire retenu avait obtenu l'assistance d'une autre entreprise de telle sorte et dans une mesure telle que celle-ci puisse être considérée constituer une unité de soutien au sens du droit sur la passation des marchés publics. À cet égard, la commission a fait remarquer que les soumissionnaires décident souverainement de leur organisation et peuvent librement faire appel à des sous-traitants en vue de l'exécution du marché, à moins que l'entité adjudicatrice ait limité leur possibilité de recourir à des sous-traitants (voir article 21 de la directive sur la défense et la sécurité). Aucune limitation n'avait été définie dans l'avis de marché. De plus, la commission a indiqué que la directive sur la défense et la sécurité, au titre de laquelle l'appel d'offres était organisé, ne comprenait pas de dispositions correspondant à l'article 144, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (ar-

ticle 63 de la directive 2014/24/UE). Ces dispositions ne pouvaient donc pas être appliquées. Par une erreur de frappe évidente, le soumissionnaire retenu avait indiqué lors de l'envoi de l'offre finale que l'offre initiale « INDO » serait maintenue pendant six mois. À en juger par le contenu du courrier, son contexte et l'offre au demeurant, et vu que le fait d'affirmer une nouvelle fois le maintien de l'offre initiale n'aurait pas de sens dans le cadre de l'envoi de l'offre finale, la commission a estimé que le soumissionnaire devait en réalité être considéré comme maintenant l'offre finale pendant six mois.

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

*Décision du 9 février 2018, Dansk Cater A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S*

*Marchés de fourniture d'un assortiment de produits. Une modification des exigences minimales dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres négociée (article 61, al. 1<sup>er</sup>, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés) (article 26, al. 4, sous b, de la directive 2014/24/UE) n'a pas été considérée comme une modification d'un élément fondamental. L'entité adjudicatrice n'était pas tenue d'examiner si certains produits offerts répondaient aux exigences spécifiques et l'offre retenue n'a pas été considérée comme non conforme au cahier des charges. Le modèle d'évaluation a été jugé transparent, mais pas adéquat pour identifier l'offre la plus avantageuse économiquement par rapport au sous-critère « Prix ». L'évaluation a été considérée incomplète par rapport au sous-critère « Qualité », car dans plusieurs cas, des notes différentes avaient été attribuées à des produits identiques et l'évaluation sensorielle opérée était contraire aux principes de transparence et d'égalité de traitement.*

La société Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) a mis en concurrence conformément à la loi danoise sur la passation des marchés publics un accord-cadre de quatre ans visant la fourniture de denrées alimentaires à des cuisines de l'État. L'assortiment comprenait quelque 4 500 lignes de produits, et la valeur approximative du marché s'élevait à environ 1,6 milliard DKK. Trois entreprises ont soumis une offre. Toutes les offres ont été rejetées comme étant non conformes au cahier des charges, après quoi SKI a décidé de lancer une procédure d'appel d'offres négociée en vertu de l'article 61, al. 1<sup>er</sup>, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26, al. 4, sous b, de la directive 2014/24/UE). L'une des entreprises évincées, Dansk Cater A/S, a saisi la commission des recours. Au sein de la commission, le recours a été traité par deux juges et deux experts. Une limite de non-conformité au cahier des charges fixée à 3 % d'erreur sur les lignes de produits a été modifiée à 5 %. La modification a été opérée dans le cadre de l'appel d'offres précédent et pas (comme présumé dans les conclusions déposées sur le sujet) dans le cadre de la procédure négociée subséquente. Aussi, le requérant a-t-il été débouté de sa demande sur ce point. Dans le cadre de la procédure négociée, le cahier des charges a en outre été *modifié* telle sorte qu'il était accepté qu'une offre puisse comprendre des erreurs allant jusqu'à 20 lignes de produits critiques. La commission a indiqué que la modification a été opérée de plein gré par SKI avant le début des négociations. Pour ce motif déjà, l'article 66, al. 2, de ladite loi (article 29, al. 2-5, de ladite directive) n'a donc pas été violé. En outre, la modification n'était pas directement visée par les cas prévus pour le recours par les entités adjudicatrices à une « procédure négociée après publication d'un avis de marché » et dans lesquels les observations particulières à la base de l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) considèrent qu'une « modification des exigences minimales constitue toujours une

modification d'éléments fondamentaux ». Toutefois, les motifs de l'article « partent clairement du principe » que de telles modifications « peuvent être caractérisées comme une modification d'éléments fondamentaux, qui ne peut être opérée sans une remise en concurrence ». Les dispositions générales de l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) doivent par ailleurs être considérées à la lumière des dispositions spéciales de l'article 66, al. 5, de ladite loi (article 29, al. 2-5, de ladite directive), en vertu desquelles l'entité adjudicatrice ne peut pas « apporter de modifications aux éléments fondamentaux du dossier d'appel d'offres original ». Ainsi, la commission a indiqué que la modification contestée concernait exclusivement le nombre d'erreurs dans les listes d'offres, qui était de telle nature qu'il entraînerait, selon le cahier des charges, la non-conformité des offres à ce dernier. En revanche, il n'était pas question d'une modification d'éléments « juridiques » ou « fonctionnels » liés au marché mis en concurrence, cf. motifs de l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive), mais uniquement d'un assouplissement d'une condition de forme imposée aux offres. Ledit assouplissement permettait d'éviter qu'une seule erreur suffise pour déclarer les offres non conformes au cahier des charges et permettait ainsi de renforcer la concurrence réelle. Sur cette base et vu le caractère et l'étendue du marché, il était prouvé que la modification n'est pas en l'espèce susceptible d'influencer la décision de participation de potentiels soumissionnaires ni de fausser la concurrence entre les soumissionnaires réels. Dès lors, la modification de l'exigence minimale n'était pas contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive).

Le soumissionnaire retenu avait offert quatre produits à base de beurre qui ne répondaient pas à certaines exigences liées à la composition des matières grasses, et la question était de savoir si l'offre était de ce fait *non conforme au cahier des charges*. En référence au cahier des charges, à l'article 159, al. 3 et 5, de ladite loi (article 56, al. 1<sup>er</sup> et 3, de ladite directive), à l'article 164 de ladite loi (article 67, al. 4, de ladite directive) et au contenu de l'offre, la commission a estimé que SKI n'était pas à la base tenue d'examiner si les produits offerts en cause satisfaisaient aux exigences imposées et qu'il n'y avait pas lieu pour SKI de douter du respect des exigences. S'agissant d'un autre produit offert, la commission a indiqué que sur la base de l'offre et du contrôle de l'échantillon, il n'y avait pas lieu de douter de son respect de l'exigence décrite dans la liste, et que le produit n'avait pas été clairement défini par SKI. L'offre était donc conforme au cahier des charges.

S'agissant de l'évaluation selon le sous-critère « Prix » (45 %), la commission a indiqué que par rapport à ce sous-critère, il était contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence, dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits comme celui en cause, de ne pas opérer une évaluation représentative par rapport aux achats attendus. Pour ce faire, il suffit généralement d'inclure des besoins/volumes d'achats estimés ou de procéder à une pondération de chacune des lignes de produits. Par ailleurs, la commission a indiqué que la question de savoir si SKI, lors de l'exécution des estimations en cause, avait commis une erreur en ce qui concerne la mesure dans laquelle il est possible de substituer les produits offerts, ne relevait pas de manière générale du droit des marchés publics. La commission a estimé que l'élément « Importance pour les clients de SKI », qui était inclus dans le modèle d'évaluation des prix, était, tel qu'il était formulé, sans importance pour le prix de la prestation offerte et que l'élément ne se prêtait pas à être inclus dans l'évaluation opérée sur la base du sous-critère « Prix ». Par ailleurs, la commission a estimé qu'il était prouvé que

la pondération indirecte des lignes de produits au niveau des sous-groupes de produits n'était pas en mesure de refléter les achats attendus. Ainsi, le modèle d'évaluation ne pouvait pas contribuer à identifier l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix et le modèle était donc contraire aux principes de transparence et d'égalité de traitement définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive), et ce bien qu'il fut expressément décrit dans le cahier des charges.

Finalement, la commission s'est prononcée sur l'évaluation sur la base du sous-critère « Qualité ». La commission a estimé que lors de l'évaluation, différentes notes avaient été attribuées à des produits identiques dans environ 47 % des cas où il était possible de comparer les notes attribuées pour des produits identiques. Ainsi, il n'existait pas de différence notable quant à la fréquence à laquelle des points semblables ou différents avaient été attribués. De plus, le requérant et le soumissionnaire retenu ont reçu, dans un grand nombre de cas, un nombre de points différents pour des échantillons correspondants. Sur cette base, la commission a estimé qu'il n'était pas probable que ces différences soient essentiellement dues à un traitement incorrect par les soumissionnaires de leurs produits durant la période allant jusqu'à la fourniture des échantillons. Au contraire, il a été établi que les différentes appréciations étaient dues à des irrégularités dans l'évaluation. Par ailleurs, la commission a estimé qu'il était contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) que SKI, contrairement au cahier des charges, n'ait pas tenu compte lors de l'évaluation des lignes de produits où tous les trois soumissionnaires avaient offert le même produit. En outre, la commission a indiqué, après avoir examiné l'évaluation, qu'il était prouvé (malgré le nombre relativement grand d'échantillons réalisés) que SKI n'avait pas prélevé dans le cadre de l'évaluation qualitative (évaluation sensorielle) un échantillon représentatif des produits offerts, comme cela était indiqué dans le cahier des charges. Vu que l'évaluation qualitative n'avait pas été opérée sur la base d'un échantillon représentatif, il ne pouvait pas être établi qu'elle permettait de contribuer à identifier l'offre la plus avantageuse économiquement.

À la lumière des violations constatées, la commission a accueilli la demande d'annulation du requérant.

La décision de la commission dans l'affaire a été portée devant la justice.

*Décisions des 12 avril et 13 juillet 2018, Lekolar Leika A/S contre Fællesudbud Sjælland représentée par les autorités municipales de Køge.*

*Procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et concernant un accord-cadre visant la fourniture de mobilier pour crèches et garderies (marché de fourniture d'un assortiment de produits). Application erronée de l'article 61, al. 1<sup>er</sup>, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Délai suspensif (standstill) non respecté. Marché déclaré dépourvu d'effets et pénalité financière infligée. Indemnisation.*

Les autorités municipales de Køge ont mis en concurrence un marché de fourniture d'un assortiment de produits concernant l'achat de mobilier pour crèches et garderies via une procédure de négociée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Le critère d'attribution

était le meilleur rapport qualité-prix. Le critère qualitatif, dont la pondération était de 50 %, était formulé comme suit : « Cas 1-4/Mise en œuvre/Maintien de la qualité ». Trois offres ont été soumises, après quoi les autorités municipales ont indiqué à Lekolar que cette entreprise avait soumis l'offre la plus avantageuse économiquement et se verrait attribuer le marché à l'expiration du délai suspensif (*standstill*). Durant le délai suspensif, les autorités municipales ont demandé à Lekolar de prouver que les produits offerts respectaient le cahier des charges. Après l'expiration du délai suspensif, les autorités municipales ont indiqué que les trois offres étaient toutes non conformes au cahier des charges et qu'elles entendaient par conséquent organiser une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, cf. article 61, al. 1<sup>er</sup>, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26, al. 4, sous b, de la directive 2014/24/UE). Le courrier indiquait que les soumissionnaires avaient uniquement la possibilité de revoir les lignes de la liste réputées non conformes au cahier des charges.

Après la soumission des offres révisées, les autorités municipales de Køge ont annoncé leur nouvelle décision d'attribution. Celle-ci indiquait que l'offre de Lekolar était toujours non conforme au cahier des charges en ce qui concerne cinq lignes de produits et qu'aucun délai suspensif n'était d'application, cf. article 3, al. 3, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours. Le même jour, les autorités municipales ont conclu le marché avec le soumissionnaire retenu.

Le recours a été traité lors d'une séance de la commission. La commission a établi que la méthode d'évaluation, en ce qui concerne le sous-critère qualitatif, était non transparente et inadéquate, en ce sens qu'elle ne précisait pas les éléments sur lesquels l'entité adjudicatrice entendait mettre l'accent et que l'accent avait été mis sur des prestations ne relevant pas de l'appel d'offres. Aucune importance ne pouvait être accordée au fait que les autorités municipales, durant les réunions de négociation, auraient fourni des informations complémentaires sur le sous-critère. Par ailleurs, la commission a établi que l'entité adjudicatrice n'était pas en droit de rejeter l'offre du requérant comme étant non conforme au cahier des charges. En revanche, le requérant n'a pas obtenu gain de cause en ce qui concerne la prétendue non-conformité de l'offre retenue au cahier des charges.

En outre, la commission a établi que l'entité adjudicatrice n'était pas en droit d'appliquer l'article 61, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26, al. 4, sous a et b, de la directive 2014/24/UE), car ces dispositions ne se rapportent aux situations survenant dans le cadre d'une procédure négociée, et les conditions n'étaient pas remplies. Étant donné que l'entité adjudicatrice avait donc omis de respecter le délai suspensif requis, que la procédure négociée devait en réalité être jugée comme la procédure négociée originale et que l'entité adjudicatrice avait violé les règles du droit des marchés publics d'une manière ayant influencé sur la possibilité du requérant à obtenir le marché, le marché conclu avec le soumissionnaire retenu a été déclaré dépourvu d'effets, cf. article 17, al. 1<sup>er</sup>, point 2, de la loi danoise sur la commission des recours). Par ailleurs, la commission a infligé à l'entité adjudicatrice une pénalité financière de 50 000 DKK, cf. article 18, al. 2, n° 3, et article 19 de ladite loi.

Dans la décision du 3 juillet 2018, Lekolar s'est vu attribuer une indemnisation de 60 000 DKK, calculée conformément aux règles en matière de réparation du préjudice de confiance subi. Le montant est largement inférieur à celui réclamé, car une grande partie du montant n'était pas documentée.

### 2.2.6 Accords de coopération horizontale

*Décisions des 22 janvier et 22 mars 2018, Det Danske Madhus A/S contre Municipalité de Norddjurs.*

*Les conditions requises pour appliquer l'exception prévue à l'article 15 de la loi danoise sur la passation des marchés publics ( article 12, al. 4, de la directive 2014/24/UE) pour les marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public dans le but d'assurer la prestation d'un service public commun (dit « accords de coopération horizontale » ou « marchés internes élargis ») étaient réunies.*

Les autorités municipales de Norddjurs ont décidé d'organiser sous la forme d'une coopération intercommunale avec une ou plusieurs autres communes le service de repas qu'elles sont contraintes en vertu de l'article 83, al. 1<sup>er</sup>, point 1, cf. point 2, de la loi danoise sur les services sociaux de fournir à certaines personnes, et les autorités municipales ont ensuite conclu sans mise en concurrence un accord de coopération en la matière avec les autorités municipales de Randers.

Un mois à peine avant l'entrée en vigueur de l'accord, Det Danske Madhus a saisi la commission en dénonçant que l'accord avait été conclu sans qu'un appel d'offres n'ait été préalablement organisé conformément à la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (articles 74-76 de la directive 2014/24/UE), et le requérant a demandé l'octroi d'un effet suspensif. Det Danske Madhus a en outre conclu à ce que l'accord soit déclaré dépourvu d'effets.

Avant l'entrée en vigueur de l'accord, la commission a décidé, avec la participation d'un expert, de ne pas octroyer d'effet suspensif au recours du fait que la condition « fumus boni juris » n'était pas remplie. Dans sa décision au fond du 22 mars 2018, la commission est arrivée au même résultat, c.-à-d. que les conditions requises pour appliquer l'exception prévue pour les accords de coopération horizontales étaient réunies.

Dans ses décisions, la commission a indiqué que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne notamment dans les affaires C-480/06 (arrêt d'Hambourg) et C-386/11 (Piepenbrock) était en substance codifiée dans l'article 12, al. 4, de la directive sur la passation des marchés publics et dans l'article 15 de la loi danoise sur la passation des marchés publics, qui doivent être interprétés conformément à ladite jurisprudence. L'article 15, al. 1, point 3, cf. article 16, de ladite loi et l'article 12, al. 4, sous c, cf. al. 5, de ladite directive comprennent néanmoins un seuil de parts de marché, qui ne figure pas directement dans la jurisprudence de la Cour de justice. S'agissant de la manière d'entendre cette limitation, la commission a indiqué qu'en vertu des observations particulières concernant l'article 15, point 3, de ladite loi et des considérants 31 et 32 du préambule de ladite directive, la limitation avait pour but d'empêcher une distorsion de la concurrence, par exemple, en utilisant les avantages liés à la coopération entre les entités adjudicatrices pour casser les prix sur le marché concurrentiel à l'aide de subventions croisées entre les activités constituant le service public et les services apparentés éventuels fournis sur le marché concurrentiel. À la lumière de ce qui précède et conformément à leur libellé, les dispositions doivent être entendues de telle sorte qu'elles visent les cas où les entités adjudicatrices exercent sur le marché concurrentiel (c.-à-d. fournissent à des opérateurs économiques externes) des activités qui sont en concurrence avec des acteurs privés. Afin d'éviter le risque de subvention croisée en découlant entre le service public interne

et l'activité sur le marché concurrentiel, une limite a été définie pour la taille de l'activité sur le marché concurrentiel (limite de 20 %) si les autorités souhaitent conclure un accord de coopération horizontale non soumis à l'obligation de mise en concurrence. En revanche, les dispositions ne peuvent être entendues comme une limitation de la possibilité des autorités (sous la forme élargie d'un marché interne que constitue un accord de coopération horizontale au titre de l'article 15 de ladite loi danoise (article 12, al. 4, de ladite directive)) de produire et fournir elles-mêmes des services d'intérêt général. Cela vaut même si lesdits services peuvent également être achetés auprès d'un fournisseur privé.

De plus, la commission a établi que l'accord avait été conclu pour répondre aux obligations des autorités municipales de Norddjurs et Randers au titre de l'article 83, al. 1<sup>er</sup>, point 1, cf. al. 2, de la loi danoise sur les services sociaux, en vertu duquel elles sont contraintes de fournir un service de repas à certaines personnes, et de l'article 91, al. 1<sup>er</sup>, en vertu duquel elles sont contraintes de faire en sorte que les bénéficiaires de l'aide prévue à l'article 83 puissent choisir librement entre deux ou plusieurs fournisseurs, dont l'un d'eux doit être un fournisseur communal. La coopération n'impliquait pas la réalisation d'un bénéfice pour les deux municipalités et ne présentait aucun autre caractère commercial. En outre, la coopération n'impliquait aucun acteur privé susceptible d'être placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Dès lors, la commission a considéré que le service de repas obligatoire au titre de l'article 83, al. 1<sup>er</sup>, point 1, cf. al. 2, de la loi danoise sur les services sociaux, qui était uniquement fourni aux citoyens des deux municipalités en cause admis à le recevoir était un service d'intérêt général. Les conditions définies à l'article 15, al. 2 et 3, et point 1, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 12, al. 4, de la directive 2014/24/UE) qui exigent que le but soit d'assurer la prestation de services publics que les autorités municipales sont tenues de fournir devaient donc être jugées réunies. Dans sa décision au fond, la commission a tout particulièrement fait remarquer que conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (cf. par exemple le motif 48 dans l'affaire C-26/03, Stadt Halle, et l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 26 au traité de Lisbonne sur les services d'intérêt général), rien ne permettait de comprendre de manière restrictive la notion de services publics d'intérêt général. De même, rien ne permettait non plus à cet égard de contraindre les autorités publiques (en présence d'acteurs privés sur le marché concurrentiel privé en mesure de fournir des services publics tels qu'un service de repas ou d'élimination de déchets) à mettre en concurrence de tels services au lieu de les fournir en interne.

S'agissant de la condition définie à l'article 15, point 1, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 12, al. 4, sous a, de la directive 2014/24/UE), qui exige une « coopération » en vue d'atteindre des objectifs « communs » ou, autrement dit, une réelle coopération, la commission a fait référence au considérant 33 de la directive sur la passation des marchés publics, qui correspond à l'arrêt d'Hambourg. Il en découle que cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. Même s'il est clair que les autorités municipales de Randers fournissaient le service principal (production des repas) en échange d'une indemnité, la commission a estimé que les deux municipalités, en vertu notamment du contenu de l'accord, devaient être considérées comme ayant conclu un accord de coopération d'intérêt général mutuellement contraignant visant non seulement à produire, mais aussi à développer le service de

repas requis par l'article 83 de la loi danoise sur les services sociaux et que les autorités municipales de Norddjurs, via l'accord, assumaient des engagements allant au-delà du simple paiement pour la production des repas par les autorités municipale de Randers et ayant un caractère autre que les mécanismes de gestion et de coopération que l'on retrouve dans un marché de service normal soumis à l'obligation de mise en concurrence.

L'article 15, point 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 12, al. 4, sous c, de la directive 2014/24/UE) exige que les autorités publiques réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. La commission a considéré le service de repas obligatoire fourni aux citoyens admis à le recevoir dans les deux municipalités comme une prestation interne (élargie) non réalisée sur le marché concurrentiel. Les « suppléments » proposés aux citoyens (repas/options supplémentaires) doivent être considérés comme étant marginaux par rapport à la prestation principale. Par conséquent, la limite de 20 % fixée à l'article 15, point 3, de ladite loi (article 12, al. 4, sous c, de ladite directive) n'était pas dépassée.

La décision est la première dans laquelle la commission s'est prononcée sur le nouveau seuil de parts de marché défini dans la loi danoise et la directive européenne en matière de passation des marchés publics.

### 2.2.7 Division des marchés en lots

*Décision du 28 mai 2018, Danske Slagtemestre A/S à titre de mandataire de Gert Nielsen A/S contre Municipalité de Høje-Taastrup*

*Dispositions de l'article 49, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 46, point 1, de la directive 2014/24/UE) concernant l'obligation d'indiquer les motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas subdiviser le marché en lots (en l'occurrence, concernant des produits à base de viande). Aucune obligation de subdiviser le marché en lots. Motivation subséquente, cf. article 134 de ladite loi (article 53, al. 2, point 1, de ladite directive).*

Les autorités municipales de Høje-Taastrup ont mis en concurrence au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics un accord-cadre visant la fourniture de produits à base de viande. Danske Slagtemestre a formé le recours à titre de mandataire de la société Gert Nielsen A/S et fait valoir que les autorités municipales avaient omis pour des « raisons non objectives » de respecter l'article 49, al. 2, de ladite loi (article 46, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) concernant l'obligation d'indiquer les motifs justifiant la décision qu'elles avaient prise de ne pas subdiviser le marché en lots, que les autorités municipales avaient ainsi violé les principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) et que cela devrait entraîner l'annulation de l'appel d'offres.

S'agissant de l'interprétation de l'article 49 de ladite loi (article 46, al. 1<sup>er</sup> à 3, de ladite directive), la commission a fait remarquer que le législateur n'avait pas usé de la possibilité qui lui était offerte par l'article 46, al. 4, de la directive européenne sur la passation des marchés publics de rendre obligatoire l'attribution de lots. En vertu de l'article 49 de ladite loi, qui porte transposition de l'article 46,

al. 1<sup>er</sup> à 3, de ladite directive, seule la *possibilité* de diviser les marchés en lots existe, cf. article 49, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi et l'article 46, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de ladite directive. Si une entité adjudicatrice n'utilise pas de la possibilité de diviser le marché en lots, elle est tenue d'expliquer les motifs justifiant sa décision de ne pas procéder à la subdivision, cf. article 49, al. 2, de ladite loi et l'article 46, al. 1<sup>er</sup>, point 2, de ladite directive. En revanche, il n'existe aucune *obligation* de subdiviser les marchés. Néanmoins, il peut être question (cf. observation particulières concernant l'article 49 de ladite loi) d'une violation autonome des principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) dans les cas, par exemple, où l'entité adjudicatrice a intentionnellement subdivisé un marché en lots ou a omis de procéder à une telle subdivision dans l'intention de soustraire le marché à l'obligation de mise en concurrence, de favoriser indûment certains fournisseurs ou autres. L'obligation de motiver la décision définie à l'article 49, al. 2, de ladite loi (article 46, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive) peut (en l'absence de toute précision concernant l'interprétation de la directive et des travaux préparatoires) être entendue de telle manière qu'une motivation est exigée s'il semble possible de subdiviser le marché, selon sa nature et sa portée. Pour peu qu'elle ait omis (comme en l'espèce) dans l'avis de marché ou dans les autres documents du dossier d'appel d'offres à publier dans le cadre de l'avis de marché de motiver la subdivision et que des questions soient posées par la suite concernant la subdivision, l'entité adjudicatrice peut motiver sa décision de ne pas subdiviser le marché en lots sous la forme d'une information complémentaire, cf. article 134 de la loi danoise portant transposition de l'article 53, al. 2, point 1, de la directive européenne. Étant donné que ni la loi danoise ni la directive européenne ne comprennent des dispositions qui sanctionnent le non-respect de l'obligation de motiver les décisions liées à la subdivision des marchés en lots, il ne saurait être considéré qu'une violation de ladite obligation peut ou doit dans des circonstances normales entraîner l'annulation de l'appel d'offres ou de la décision d'attribution de l'entité adjudicatrice.

La commission a ensuite établi qu'il semblait, à la lumière de la nature et de la portée du marché en cause, possible de le subdiviser par type de denrées alimentaires ou par région, par exemple. Par conséquent, les autorités municipales étaient tenues de motiver leur décision de ne pas subdiviser le marché en lots. Le fait qu'une subdivision ait été extrêmement inadéquate aux yeux des autorités municipales ne saurait modifier l'obligation de motivation. La réponse offerte par les autorités municipales à la question de la société Gert Nielsen A/S durant l'appel d'offres, selon laquelle leur décision de ne pas procéder à la subdivision reposait sur des raisons de logistique, sur un souci de faciliter les commandes et sur le fait que le recours à des lots avec plusieurs fournisseurs entraînerait une pression accrue sur l'environnement suite aux transports, devait en réalité être considérée comme une motivation de leur décision. La facilité des commandes, la logistique et l'environnement ne pouvaient pas être considérés comme des motifs non objectifs et la prise en compte de tels intérêts ne pouvait pas être considérée, de manière autonome, comme étant contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive). Vu que, durant la procédure de l'appel d'offres, elles avaient expliqué sous la forme d'informations complémentaires (réponse à la question posée par Gert Nielsen A/S) les motifs qui n'apparaissaient pas dans l'avis de marché et dans le dossier d'appel d'offres original, les autorités municipales avaient honoré leur obligation de motivation.

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

Cette décision est la première à avoir été rendue concernant l'interprétation de l'article 49, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 46, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE), qui est également une nouvelle disposition de la directive.

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

*Décision intermédiaire du 10 janvier 2018 et décision du 5 octobre 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter contre Municipalité de Næstved*

*Une décision d'attribution avait été révoquée à la suite d'un recours. Lorsque les autorités municipales ont pris une nouvelle décision d'attribution en faveur du même soumissionnaire retenu, un recours dénonçant des vices d'évaluation s'est vu octroyer l'effet suspensif. La décision prise à cet égard a toutefois été annulée, car l'entité adjudicatrice a de nouveau révoqué la décision d'attribution et pris une nouvelle décision d'attribution, en faveur de nouveau du même soumissionnaire retenu. Le recours concernant la troisième décision d'attribution a seulement été formé après l'expiration du délai suspensif (standstill) et il n'a pas été demandé d'octroyer l'effet suspensif. Dès lors, il n'y avait pas lieu de déclarer le contrat final comme dépourvu d'effets. Après un examen approfondi, il n'y avait pas lieu non plus d'établir que les autorités municipales s'étaient laissées guider par un intérêt tendancieux ou indu en acceptant l'offre en cause. Le fait que les autorités municipales aient conclu durant la procédure de recours un contrat provisoire avec le fournisseur retenu n'a pas offert d'avantage indu.*

En septembre 2017, les autorités municipales de Næstved ont mis en concurrence au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (articles 74 à 76 de la directive 2014/24/UE) un marché visant la fourniture de cours de langue danoise à des adultes étrangers, étant entendu qu'elles étaient légalement tenues de fournir de tels cours. Trois soumissionnaires ont été sélectionnés pour participer à un cycle de négociations. Le 27 octobre 2017, les autorités municipales ont annoncé qu'elles avaient l'intention de conclure un contrat avec Lærdansk. Le fournisseur de l'époque, Næstved Sprog- og Integrationscenter (NSI), qui avait également soumis une offre, a saisi la commission le 6 novembre 2017 en lui demandant d'octroyer l'effet suspensif au recours. Le 17 novembre 2017, les autorités municipales ont annulé la décision d'attribution en vue de procéder à une nouvelle attribution. Le 30 novembre 2017, les autorités municipales ont annoncé qu'après avoir examiné une nouvelle fois les trois offres, elles avaient de nouveau décidé d'attribuer le marché à Lærdansk. Le 11 décembre 2017, NSI a de nouveau saisi la commission et demandé une nouvelle fois que l'effet suspensif soit octroyé au recours. Le 19 décembre 2017, les autorités municipales ont conclu, sans mise en concurrence et en référence à l'article 193 de la loi danoise sur la passation des marchés publics, un contrat provisoire avec Lærdansk concernant des cours de langue danoise pour adultes étrangers.

Dans sa décision intermédiaire du 10 janvier 2018, la commission a décidé d'octroyer l'effet suspensif au recours, car il était, selon son évaluation provisoire, envisageable qu'elle établisse que les autorités municipales de Næstved avaient violé les règles du droit des marchés publics en choisissant pour

des raisons indues durant l'évaluation de ne pas appliquer la méthode d'évaluation définie dans le cahier des charges et en ayant ainsi agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi danoise (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de ladite directive). Il était donc envisageable que la demande d'annulation de la décision d'attribution soit admise. La commission a constaté que NSI était un établissement autonome, qui n'enregistrait qu'une modeste marge bénéficiaire, raison pour laquelle il convenait de considérer que l'établissement subirait un préjudice grave et critique dans le cas où le marché serait conclu avec un autre soumissionnaire. La condition d'urgence était donc remplie. La commission a enfin estimé que l'intérêt de NSI à obtenir l'octroi de l'effet suspensif était supérieur à l'intérêt des autorités municipales à conclure un contrat avec un autre soumissionnaire.

Le 18 janvier 2018, les autorités municipales de Næstved ont annulé la décision d'attribution du 30 novembre 2017. NSI a maintenu son recours et déposé des conclusions supplémentaires, dont des conclusions visant l'annulation de l'appel d'offres, en faisant valoir que l'effet suspensif octroyé par la commission le 10 janvier 2018 était toujours d'application.

Le 23 mars 2018, les autorités municipales de Næstved ont indiqué qu'elles avaient de nouveau décidé d'attribuer le marché à Lærdansk. NSI n'a pas saisi la commission dans les limites du délai suspensif (*standstill*), qui est de 10 jours, concernant cette décision d'attribution, ce qui aurait automatiquement entraîné l'octroi de l'effet suspensif. De même, aucune demande d'octroi de l'effet suspensif n'a été introduite avant que les autorités municipales ne concluent le contrat avec Lærdansk.

Conformément à la décision intermédiaire de la commission du 10 janvier 2018, le requérant a obtenu gain de cause concernant plusieurs éléments liés à la décision d'attribution des autorités municipales du 30 novembre 2017. Toutefois, vu que cette décision d'attribution, comme il a été dit, avait été annulée par les autorités municipales, cela est resté sans importance pour la décision définitive. En application de l'article 10 de la loi danoise sur la commission des recours, la commission s'est abstenue de se prononcer sur un élément supplémentaire, qui concernait également la décision d'attribution du 30 novembre 2017, et sur certaines questions concernant des vices de motivation dans les deux premières décisions d'attribution. La commission n'a pas fait droit à l'une des demandes du requérant qui dénonçait un vice de motivation dans la décision d'attribution définitive du 23 mars 2018.

Par ailleurs, NSI a fait valoir que la commission devait déclarer le contrat conclu entre les autorités publiques et Lærdansk comme étant dépourvu d'effets, car il avait été conclu durant la période de l'effet suspensif octroyé par la commission. La commission a fait remarquer que NSI avait seulement conclu à l'annulation de l'appel d'offres après le rendu de la décision intermédiaire du 10 janvier 2018. La commission a constaté que la décision d'octroi de l'effet suspensif concernait la décision d'attribution du 30 novembre 2017, que les autorités municipales avaient annulé cette décision d'attribution le 18 janvier 2018 et que l'effet suspensif avait donc pris fin le même jour. Le 23 mars 2018, les autorités municipales ont pris une nouvelle décision d'attribution, en ont informé les soumissionnaires et ont respecté un délai suspensif de dix jours. Aucun recours n'a été formé durant ce délai. De même, aucune demande d'effet suspensif n'a été introduite avant la conclusion

du contrat avec Lærdansk. Dès lors, la commission n'a pas estimé qu'il y avait lieu de déclarer le contrat conclu entre les autorités municipales et Lærdansk comme étant dépourvu d'effets.

En outre, NSI a fait valoir que les autorités municipales, dans toutes les trois décisions d'attribution, s'étaient laissées guider par un intérêt tendancieux et indu en acceptant l'offre de Lærdansk et, partant, par un résultat spécifique de l'appel d'offres et qu'elles avaient attribué le marché à Lærdansk après que cette société, via le contrat provisoire, ait obtenu un avantage concurrentiel injustifié. À titre de « preuves », NSI a fait référence à la correspondance entre les autorités municipales et Lærdansk concernant l'appel d'offres, aux communiqués de presse des autorités municipales, à une affaire en cours en matière d'inspection et de surveillance et au fait que la troisième évaluation sur la base du sous-critère « Qualité » débouche sur les mêmes chiffres que pour la deuxième évaluation. La commission n'a pas estimé qu'il était prouvé avec une sécurité suffisante que les autorités municipales avaient un intérêt tendancieux à accepter l'offre de Lærdansk. La commission a noté que les autorités municipales étaient obligées de mettre des cours de langue danoise à la disposition des adultes étrangers. Suite au recours, les autorités municipales étaient en droit de conclure un contrat provisoire en la matière. Il n'existe aucune obligation de conclure un contrat avec le fournisseur actuel et un contrat provisoire peut donc être conclu avec un autre fournisseur, à condition que ce fournisseur n'obtienne pas un avantage injustifié. Il n'y avait pas lieu de considérer que Lærdansk ait obtenu un tel avantage et la commission a fait remarquer que le contrat provisoire avait été conclu après que Lærdansk avait soumis son offre dans le cadre de l'appel d'offres en cause. La commission n'a pas estimé non plus que le fait que les autorités municipales aient organisé des réunions avec Lærdansk concernant l'organisation des cours constitue en soi un avantage indu pour Lærdansk. Enfin, le requérant a été débouté d'autres demandes portant sur d'autres vices d'évaluation, sur l'annulation de la décision d'attribution, sur l'annulation de l'appel d'offres et sur l'imposition d'une pénalité financière aux autorités municipales.

*Décision du 26 janvier 2018, Icomera AB contre Société nationale danoise des chemins de fer DSB*

*Le recours formé par un candidat potentiel dénonçant le manque de clarté des conditions d'aptitude, suite auquel il ne s'était pas porté candidat à la présélection, s'est vu octroyer l'effet suspensif. L'entité adjudicatrice a ensuite annulé l'appel d'offres.*

La Société nationale danoise des chemins de fer DSB a organisé une procédure d'appel d'offres négociée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux concernant la mise en place de l'Internet sans fil dans les trains. L'avis de marché stipulait que les candidats à la présélection devaient préciser au maximum trois références pour l'exécution de différentes prestations. L'avis de présélection, qui était inclus dans le dossier de l'appel d'offres, répétait cette exigence, quoique sans mentionner « maximum » suite à une erreur de frappe. Le requérant, qui était désigné comme sous-traitant pour une entreprise présélectionnée et qui s'était en outre abstenu de soumettre lui-même une offre, a notamment fait valoir que DSB avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 36, al. 1<sup>er</sup>, de la directive européenne sur les services spéciaux en recourant à des critères de sélection obscurs. À cet égard, le requérant a rappelé que l'entreprise, suite audit contenu de l'avis de présélection, ne s'était pas portée candidat à la présélection, car elle ne

pouvait indiquer que deux références et n'avait pas compris que seul un maximum de trois références était exigé.

La commission a tout d'abord établi que le requérant était en tant que candidat potentiel à la présélection admis à former le recours. Ensuite, elle a fait remarquer qu'il incombait pleinement à l'entité adjudicatrice de veiller à ce que les conditions du cahier des charges soient formulées de manière claire et nette, y compris à ce que le dossier d'appel d'offres ne comprenne pas des descriptions différentes pour des exigences identiques de telle manière qu'il soit possible de douter du contenu des exigences. Selon son évaluation provisoire, la commission a estimé que le manque de clarté en cause était susceptible d'avoir dissuadé des candidats potentiels (dont le requérant) de se porter candidats à la présélection et que l'entité adjudicatrice avait donc violé les principes d'égalité de traitement et de transparence. Il était en outre envisageable que la demande d'annulation de la décision d'attribution soit admise. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie. La condition d'urgence était également remplie puisque le manque de clarté avait dissuadé le requérant (et éventuellement d'autres candidats potentiels) de se porter candidat à la présélection, raison pour laquelle aucune indemnisation ne pourrait réparer le préjudice subi. Étant donné que la mise en balance des intérêts était, elle aussi, en faveur de l'octroi de l'effet suspensif, la commission a donné gain de cause au requérant. DSB a ensuite annoncé que la décision d'attribution et l'appel d'offres seraient annulés, suite à quoi le requérant s'est désisté.

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

*Décision du 28 juin 2018, Egons A/S contre Trafikselskabet Movia*

*Le recours concernant l'appel d'offres a été envoyé après les heures de fermeture des bureaux le dernier jour du délai suspensif à l'entité adjudicatrice, qui l'a transmis à la commission le matin suivant. Bien qu'il comporte également un recours concernant le refus par l'entité adjudicatrice d'octroyer un droit d'accès, lequel recours devait en vertu des règles de réexamen définies à l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration être introduit auprès de l'entité adjudicatrice, le recours n'a pas été considéré comme formé durant le délai suspensif, cf. article 12, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours.*

L'affaire concernait la mise en concurrence au titre de la directive européenne sur les services spéciaux de plusieurs lots visant le transport spécial de citoyens depuis des ateliers protégés, des établissements d'accueil de jour ou d'autres établissements exigeant des transports fixes. Après avoir reçu la décision d'attribution, le requérant, un soumissionnaire évincé, avait tout d'abord demandé à l'entité adjudicatrice le droit d'accéder aux documents. L'entité adjudicatrice avait ensuite partiellement rejeté sa demande et lui avait transmis à cet égard le guide sur la procédure de recours, conformément à la règle de réexamen légal définie à l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration. Le requérant a formé un seul recours, lequel a été reçu par l'entité adjudicatrice après les heures de fermeture des bureaux le dernier jour du délai suspensif. Ce recours contenait toutefois un recours concernant la décision sur le droit d'accès et un recours concernant la décision d'attribution. À cet égard, le requérant demandait au défendeur de confirmer que le recours avait été reçu avant l'expiration du délai suspensif. L'entité adjudicatrice n'était pas d'accord sur ce point, mais a néanmoins transmis le recours à la commission dès le lendemain matin. Dans sa décision, la

commission a établi que la règle de réexamen définie à l'article 37, al. 2, de ladite loi concernant les recours formés à l'encontre de décisions en matière de droit d'accès ne s'appliquait pas aux recours concernant les règles du droit des marchés publics. Le fait que le recours porte également sur une décision concernant le droit d'accès conformément au guide transmis par le défendeur dans le cadre de sa décision et ait été transmis au défendeur avant l'expiration du délai suspensif ne permettait donc pas d'appliquer les dispositions de l'article 12, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours concernant l'octroi automatique de l'effet suspensif. Sur cette base, la commission a considéré le recours comme une demande subsidiaire pour l'octroi de l'effet suspensif. La condition d'urgence n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif. Le recours a ensuite été rejeté et aucune décision en bonne et due forme n'a donc été prise dans l'affaire.

*Décision du 11 octobre 2018, Konsortiet Sprogpartner contre Police nationale danoise et al. et décision relative aux dépens dans la même affaire*

*Il n'y avait pas lieu de considérer l'offre du soumissionnaire retenu comme étant non conforme au cahier des charges et l'entité adjudicatrice n'était donc pas contrainte de rejeter l'offre. De même, il n'y avait pas lieu de réfuter les estimations faites par l'entité adjudicatrice pour déterminer si les sous-critères qualitatifs étaient remplis. En vertu de l'article 160 de la loi danoise sur la passation des marchés publics, il n'est pas exigé que l'entité adjudicatrice offre à tous égards une description complète des éléments sur lesquels elle entendait mettre l'accent lors de l'évaluation des critères qualitatifs. La Police nationale danoise était en droit d'évaluer la manière dont les offres répondaient à une exigence minimale, en ce sens que les différents outils et méthodes qui lui étaient proposés pour s'assurer que l'exigence minimale serait respectée pouvaient être de qualité plus ou moins grande pour la Police. La condition de justification à première vue (fumus boni juris) n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.*

L'affaire concernait la mise en concurrence au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics d'un accord-cadre visant la réalisation de services d'interprétation en langues étrangères. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » (30 %) et « Qualité » (70 %). Des critères secondaires étaient liés à ce dernier sous-critère et le cahier des charges comprenait différentes descriptions des finalités visées.

Le requérant, un soumissionnaire évincé, a notamment fait valoir que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges suite au non-respect de plusieurs exigences minimales et que la Police nationale, contrairement au cahier des charges, avait en termes qualitatifs évalué positivement l'offre retenue et négativement celle soumise par le requérant.

La commission a indiqué que selon son évaluation provisoire, la Police nationale était en droit d'accepter l'offre retenue puisque le soumissionnaire avait sans réserve confirmé qu'il répondrait à l'exigence concernant les services d'interprétation par vidéo et que rien d'autre ne permettait de supposer que le soumissionnaire retenu ne répondrait pas aux exigences définies dans le dossier d'appel d'offres concernant les solutions vidéo ou qu'il ne pourrait pas respecter les dispositions de l'accord-cadre en matière d'inspections inopinées. L'offre comprenait en outre suffisamment d'informations pour que la Police nationale puisse déterminer si elle répondait à certaines exigences

liées à la phase de mise en œuvre, qui étaient incluses dans l'évaluation conformément au sous-critère « Mise en œuvre » et ne constituaient donc pas une exigence minimale.

S'agissant des erreurs dénoncées concernant l'évaluation qualitative, la commission a tout d'abord indiqué qu'il n'était pas exigé que l'entité adjudicatrice offre à tous égards une description complète des éléments sur lesquels elle entendait mettre l'accent lors de l'évaluation des critères qualitatifs. Si, pour sa décision d'attribution, elle accorde une importance déterminante au fait que la prestation offerte doit présenter une caractéristique spécifique, une entité adjudicatrice doit toutefois l'indiquer dans le dossier d'appel d'offres. Selon la jurisprudence, la commission peut uniquement réfuter les estimations faites par l'entité adjudicatrice pour évaluer le respect des sous-critères qualitatifs par les offres si l'entité en cause a manifestement dépassé les vastes limites fixées pour son évaluation, et la commission ne substitue donc pas son appréciation à celle de l'entité adjudicatrice. Après avoir examiné le dossier d'appel d'offres en liaison avec les offres du soumissionnaire retenu et du requérant ainsi que le contenu de la note d'évaluation de la Police nationale, la commission a estimé que, selon son évaluation provisoire, il n'y avait pas lieu de réfuter les estimations faites par la Police nationale dans le cadre de son évaluation.

Par ailleurs, la commission a indiqué que la Police nationale danoise était en droit d'évaluer la manière dont les offres répondaient à une exigence minimale, en ce sens que les différents outils et méthodes qui lui étaient proposées pour s'assurer que l'exigence minimale serait respectée pouvaient être de qualité plus ou moins grande pour la Police. L'évaluation qualitative opérée par la Police nationale ne visait donc pas à proprement parler à déterminer si l'exigence minimale était satisfaite, mais à constater la qualité de la manière dont il était proposé de répondre à l'exigence minimale.

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

Dans sa décision relative aux dépens du 30 octobre 2018, la commission a décidé que le requérant, vu la nature, l'ampleur et le déroulement de l'affaire, devrait verser la somme de 25.000 DKK à la Police nationale à titre de dépens. En revanche, le requérant n'a pas été contraint de régler les dépens liés au tiers intervenant, lequel avait déposé deux mémoires vu qu'il n'était pas partie au recours, cf. article 9, al. 4, du décret danois sur la commission de recours en matière de marchés publics (voir à ce sujet la section 1.7).

## 3. DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROIT D'ACCÈS

### 3.1 Introduction

Au chapitre 3 de son rapport annuel 2016, la commission des recours a passé en revue les règles à la base de ses décisions en matière de droit d'accès. Ces règles n'ayant pas été modifiées, on se référera donc, a priori, à ce rapport. Par ailleurs, la jurisprudence est mentionnée au chapitre 3 du rapport annuel pour l'année 2017.

À titre complémentaire, les sections ci-après décrivent la pratique de la commission des recours en matière de droit d'accès dans certains domaines.

### 3.2 Droit de recours

En vertu de l'article 37, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la transparence de l'administration (*offentlighedsloven*), les décisions relatives au droit d'accès peuvent faire l'objet d'un recours séparé et directement introduit auprès des autorités qui constituent l'instance de recours en dernier ressort pour la décision rendue ou l'instruction en général du dossier visé par la demande d'accès.

Toutefois, en général, seule la partie demandant à accéder aux documents liés à une affaire peut former un recours à l'encontre d'un éventuel refus. Ainsi, la personne physique ou morale concernée par les informations n'a pas, selon la jurisprudence de la commission, la possibilité d'introduire un recours à l'encontre d'une décision octroyant l'accès aux documents.

Décision rendue par la commission des recours le 19 juin 2018 (réf. 18/02544) : les autorités municipales d'Odense avaient octroyé à une entreprise le droit d'accéder à la liste de l'offre retenue dans le cadre d'un appel d'offres concernant des installations techniques, pour lequel six des sept offres soumises avaient été considérées comme non conformes au cahier des charges. L'appel d'offres avait ensuite été annulé. Le droit d'accès portait notamment sur les informations liées au nom, au fabricant et à la référence des produits offerts. L'entreprise qui avait soumis l'offre retenue a saisi la commission à ce sujet, en faisant notamment valoir que l'accès aux documents pourrait aider une entreprise concurrente à soumettre une offre conforme au cahier des charges en cas de remise en concurrence ultérieure du marché. Dans sa décision, la commission a débouté le requérant de sa demande, car il ne pouvait pas être considéré comme étant partie à la demande d'accès et n'était donc pas admis à former le recours.

### 3.3 Compétence de la commission pour les recours introduits au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration

Comme il a été dit, la compétence de la commission concernant les décisions liées au droit d'accès repose sur les dispositions de l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration ou (dans la mesure où cela est pertinent) sur les dispositions de l'article 16, al. 4, de la loi danoise sur la procédure administrative. Il est donc présumé que la décision dénoncée ait été prise en application de la loi sur la transparence de l'administration (loi sur la procédure administrative).

Décision rendue par la commission des recours le 16 novembre 2018 (réf. 18/07120) : Hovedstadens Letbane avait notamment donné au demandeur le plein droit d'accéder à certains rapports concernant des prélèvements carottes, dont certaines annexes concernant des rapports géotechniques. De plus, Hovedstadens Letbane avait ordonné au demandeur du droit d'accès que les documents « ne pouvaient en aucune manière être commercialement exploités ni par le demandeur ni par une quiconque personne autorisée par le demandeur à accéder aux documents ». La commission a noté que le recours ne portait pas sur la question du droit d'accès, mais sur une question de limitation du droit à utiliser les documents visés par le droit d'accès. Après avoir été entendue par la commission, Hovedstadens Letbane n'a pas indiqué de dispositions légales spécifiques autorisant à formuler l'interdiction ci-dessus. Sur cette base, la commission a refusé de se prononcer sur cette partie du recours.

Entre autres, les observations particulières concernant l'article 37, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la transparence de l'administration (cf. projet de loi n° L 144 du 7 février 2013) indiquent ce qui suit : « *Dans les cas où les voies de recours ouvertes pour les décisions prises au fond font l'objet d'une réglementation particulière (telle que la mise sur pied d'une instance de recours spéciale), il découle de l'alinéa premier que l'instance de recours spéciale doit être saisie des décisions en matière de droit d'accès* ». Comme indiqué dans le rapport annuel pour l'année 2017, il ressort de l'article 37 de la loi sur la transparence de l'administration que la compétence de la commission en matière de recours suit sa compétence matérielle qui est délimitée dans la loi sur la commission des recours. En vertu de cette loi, la commission est compétente pour connaître des recours introduits à l'encontre des entités adjudicatrices publiques qui sont supposées avoir violé les règles de droit en matière de passation de marchés publics. En revanche, la commission n'est pas compétente pour connaître des recours concernant des circonstances qui ne sont pas liées à l'organisation d'une procédure d'appel d'offres, y compris de manière générale les questions relatives à l'exécution subséquente d'un contrat mis en concurrence. Cela s'applique aussi à la question initiale de savoir s'il convient ou pas d'organiser une procédure d'appel d'offres.

Décision rendue par la commission des recours le 2 juillet 2018 (réf. 18/02619) : le ministère danois de la Recherche et de l'Éducation nationale avait annoncé à Omnibus (journal de l'Université d'Aarhus) le rejet partiel de sa demande d'accès aux décisions prises par le gouvernement concernant l'ouverture à la concurrence de ses services de consultance au secteur public basés sur la recherche - « documents d'une part externes et d'autre part internes (y compris documents des services de consultance au ministère)... ». La commission a débouté le requérant de sa demande. À cet égard, la commission a indiqué qu'elle n'était pas compétente pour traiter des recours concernant des faits liés à des décisions prises préalablement aux actions régies par le droit des marchés publics. Lesdites règles ne font pas obligation aux États membres de « confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public », cf. par exemple le 5<sup>e</sup> considérant de la directive sur la passation des marchés publics (2014/24/UE). Sur cette base, la commission a estimé que les décisions politiques préalables du gouvernement concernant l'ouverture à la concurrence des services de consultance basés sur la recherche de l'Université ne relevaient pas en soi du droit des marchés publics, mais qu'il était

question de décisions pouvant déboucher sur l'exécution d'achats qui, selon les circonstances, étaient susceptibles de relever desdites règles. Ainsi, la commission a fait remarquer que les règles de la loi danoise sur la passation des marchés publics ne s'appliquaient que dans une mesure limitée à certains services liés à la recherche et au développement, cf. article 22 de ladite loi (article 14 de ladite directive).

Décision rendue par la commission des recours le 16 novembre 2018 (réf. 18/07120) (cf. en outre ci-avant) : Hovedstadens Letbane avait partiellement rejeté une demande d'accès à certaines factures qu'elle avait reçues de l'entreprise COWI entre 2010 et le 3 avril 2018 et aux procès-verbaux des réunions du conseil d'administration entre 2014 et le 3 avril 2018. La commission a débouté le requérant de sa demande concernant les factures, car force était d'établir que celles-ci étaient liées à l'exécution d'un contrat conclu entre Hovedstadens Letbane et COWI et que la commission n'a pas compétence pour traiter des recours concernant l'exécution d'un tel contrat. Il ressortait des procès-verbaux que les réunions du conseil d'administration comprenaient entre autres des points d'information sur plusieurs procédures d'appel d'offres concernant des travaux liés à la construction du semi-métro avant, pendant et après l'organisation des appels d'offres. La commission a fait remarquer qu'elle n'était pas compétente pour traiter des recours concernant des éléments liés à des faits survenus ou décisions prises préalablement aux actions régies par le droit des marchés publics. Elle a donc refusé de se prononcer sur les procès-verbaux. En revanche, la commission s'est prononcée sur le recours concernant les procès-verbaux décrivant les décisions prises dans le cadre de l'exécution des appels d'offres, en ce sens qu'elle a confirmé que la demande d'accès à ces documents avait été rejetée en application de l'article 23, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la transparence de l'administration en matière de documents internes.

Dans le cadre d'une affaire spécifique, la question de savoir si la commission des recours pouvait être considérée comme une « instance de recours spéciale » a fait l'objet de plus amples réflexions :

Décision rendue par la commission des recours le 28 septembre 2018 (réf. 18/02618) : le ministère danois de l'Environnement et de l'Alimentation avait annoncé à Omnibus (journal de l'Université d'Aarhus) le rejet partiel de sa demande d'accès notamment aux réponses transmises par les universités et autres acteurs à l'occasion de la collecte d'information organisée par ledit ministère dans le cadre d'une consultance préalable du marché avant la mise en concurrence de services de consultance au secteur public basés sur la recherche. S'agissant de sa compétence, la commission a notamment fait remarquer que ledit ministère avait publié un avis de préinformation concernant une partie de la mise en concurrence prévue et avait à cet égard indiqué qu'elle était considérée comme relevant des dispositions dérogatoires visées à l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) En outre, dans sa décision du 27 mars 2018, la commission avait établi que l'« exécution de services de consultance au secteur public basés sur la recherche » relevait des dispositions dérogatoires correspondantes visées dans la directive sur la passation des marchés publics de l'époque (2004/18/CE, article 16, sous f), qui est reproduite dans la directive

actuelle (2014/24/UE, article 1<sup>er</sup>), transposée en droit danois par l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Sur cette base, la commission a débouté le requérant de sa demande en rappelant qu'elle ne pouvait pas être considérée comme une instance de recours spéciale dans le cadre de la mise en concurrence envisagée, car les prestations, en vertu de l'article 22 de ladite loi (article 14 de la directive 2014/24/UE), devaient a priori être considérés comme ne relevant pas de ladite loi et, partant, des dispositions de son article 39 (article 40 de ladite directive) concernant les consultations préalables du marché. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que la commission, dans le cadre d'un recours éventuel concernant le non-respect des règles d'application du droit des marchés publics, aurait la possibilité de déterminer si une mise en concurrence spécifique relève ou pas des dispositions de l'article 22 de ladite loi (article 14 de ladite directive), comme c'était le cas dans la décision mentionnée.

### 3.4 Refus d'accès à des informations commerciales confidentielles

Comme indiqué dans les rapports annuels 2016 et 2017, l'offre d'un soumissionnaire retenu comprend souvent des informations portant sur des dispositifs ou procédés techniques ou des éléments d'exploitation ou commerciaux visés par les dispositions dérogatoires 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. Toutefois, il apparaît souvent dans la jurisprudence de la commission des recours qu'un grand nombre des descriptions de la solution offerte par un soumissionnaire retenu ne présentent pas un caractère tel qu'il est possible de refuser leur accès au public au titre 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.

Cela vaut notamment pour les descriptions plus générales et les références élogieuses concernant les fonctionnalités et les avantages d'une solution offerte qui ne précisent pas plus avant comment ces éléments sont obtenus. De telles informations, qui sont supposées être destinées à un cercle plus large de clients et utilisateurs potentiels, n'ont pas le caractère de secrets professionnels, lesquels peuvent bénéficier d'une exception au titre des dispositions susmentionnées. De même, des informations indiquant dans quelle mesure une offre respecte une exigence spécifique imposée par l'entité adjudicatrice dans le cahier des charges ne peuvent pas elles non plus bénéficier d'une exception au droit d'accès. La raison en est que de telles informations sont liées à l'appel d'offres et à l'offres concernés et ne peuvent donc pas être directement considérés comme revêtant un intérêt pour d'autres procédures d'appel d'offres.

#### *Informations de prix*

Conformément à la jurisprudence constante de la commission, les informations sur les prix unitaires ou partiels des soumissionnaires peuvent souvent bénéficier d'une exception au droit d'accès en application de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. La raison en est qu'en général, il s'agit d'informations commerciales confidentielles et que la connaissance par une entreprise concurrente de tarifs spécifiques d'un soumissionnaire risque souvent, selon les circonstances, de nuire à la compétitivité du soumissionnaire dans le cadre d'appels d'offres futurs ou

d'autres contrats et d'entraîner ainsi pour lui un préjudice financier important. Les règles de libre choix découlant des dispositions de l'article 112, al. 3, de la loi danoise sur les services sociaux peuvent cependant impliquer que les citoyens concernés et les fournisseurs choisis prennent connaissance des prix du soumissionnaire retenu pour les produits visés par le marché, cf. décision de la commission des recours du 13 décembre 2012 dans l'affaire ReaMed (Tødin A/S) contre la municipalité de Gribskov. Comme indiqué dans le rapport annuel 2016, la jurisprudence habituelle est toutefois d'application si les règles de libre choix n'entraînent pas la publication des informations de prix en question. Dans plusieurs décisions rendues en 2018, la commission a eu l'occasion de traiter des questions relatives à des informations de prix relevant des règles du libre choix.

Décision rendue par la commission des recours le 21 novembre 2018 (réf. 18/08113) : la commission a confirmé le rejet par les autorités municipales de Kolding d'une demande d'accès à des prix partiels concernant notamment le soumissionnaire retenu dans le cadre d'un appel d'offres visant la fourniture d'accessoires pour le traitement du diabète. La commission a constaté que l'appel d'offres n'avait pas débouché sur la conclusion d'un contrat du fait qu'il avait été annulé. Contrairement à la situation visée par sa décision du 13 décembre 2012, aucun contrat n'avait donc été conclu sur la base de l'appel d'offres en cause, qui aurait entraîné la publication des prix partiels d'un soumissionnaire retenu en application de l'article 112, al. 3, de la loi danoise sur les services sociaux. Les informations de prix en cause devaient donc toujours être considérées comme des secrets professionnels relevant des dispositions de l'article 30, al. 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration.

Décision rendue par la commission des recours le 26 novembre 2018 (réf. 18/08668) : la commission a confirmé la décision prise par Sydjysk Kommuneindkøb concernant le rejet d'une demande d'accès à des prix partiels notamment dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres concernant des produits de traitement du diabète. La commission des recours avait été saisie et Sydjysk Kommuneindkøb n'avait, à l'heure de la décision, conclu aucun contrat, car elle attendait la décision de la commission concernant l'octroi de l'effet suspensif. Contrairement à la situation visée par sa décision du 13 décembre 2012, la commission a indiqué qu'aucun contrat n'avait été conclu à l'époque sur la base de l'appel d'offres en cause, qui aurait entraîné la publication des prix partiels d'un soumissionnaire retenu en application de l'article 112, al. 3, de la loi danoise sur les services sociaux. Les informations de prix en cause devaient donc toujours être considérées comme des secrets professionnels relevant des dispositions de l'article 30, al. 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration.

Décision rendue par la commission des recours le 4 décembre 2018 (réf. 18/08116) : la commission a confirmé le rejet par les autorités municipales d'Aalborg d'une demande d'accès aux prix partiels de tous les soumissionnaires dans le cadre d'un appel d'offres visant la fourniture d'accessoires pour le traitement du diabète. À cet égard, la commission a établi que les règles de libre choix n'impliquaient pas que les citoyens ou les entreprises puissent prendre connaissance des prix partiels des soumissionnaires évincés. Cela valait également pour ceux du soumissionnaire retenu puisqu'il convenait d'admettre, selon les informations des autorités muni-

cipales concernant la gestion des règles de libre choix, que les informations sur les prix partiels en question ne seraient pas indiquées aux citoyens concernés, même si ceux-ci entendaient se prévaloir de leur droit à choisir librement un fournisseur. Les informations de prix en cause devaient donc toujours être considérées comme des secrets professionnels relevant des dispositions de l'article 30, al. 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration.

#### *Autres informations figurant dans les offres*

Dans le cadre de grands travaux de construction ou de projets informatiques, par exemple, un *échéancier* détaillé peut comprendre des informations sur les procédures du soumissionnaire qui ne sont pas spécifiquement liées à la fourniture concernée. Selon les circonstances, de telles informations peuvent donc bénéficier d'une exception au droit d'accès en application de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration ou de l'article 15 b de la loi sur la procédure administrative. Toutefois, cela ne s'applique pas aux informations générales concernant la subdivision de la fourniture en plusieurs lots ou les procédures de coopération, par exemple, qui doivent être considérées comme de notoriété publique, ni aux références élogieuses du soumissionnaire concernant les avantages relatifs offerts par les produits ou services fournis. En outre, cela ne s'applique pas non plus aux informations concernant les jalons, dates d'échéance et autres éléments semblables décrits par l'entité adjudicatrice dans le cahier des charges. Souvent, on devra donc donner accès à de grandes parties de tels échéanciers.

Par ailleurs, la commission a estimé à plusieurs reprises que les informations concernant *l'organisation offerte pour un projet et une coopération* ainsi que les points forts et les avantages liés à une telle organisation ne peuvent pas être considérés comme des secrets professionnels relevant de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration.

À cet égard, il est fait référence à la décision rendue par la commission des recours le 6 juillet 2018 (réf. 17/01856).

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

Le présent chapitre présente plusieurs jugements définitifs prononcés en 2018 dans des affaires dont la commission des recours avait connu. Lorsqu'elle rend une décision, la commission demande aux parties de l'informer en cas de saisine de la justice et de lui indiquer les motifs du jugement. Toutefois, il n'est pas certain que la commission reçoive des informations sur toutes les poursuites entamées en justice. Les jugements qui ne sont pas définitifs en 2018 du fait qu'ils font l'objet d'un recours devant une instance supérieure ne sont pas inclus dans la liste.

*Jugement prononcé par le tribunal de Herning le 5 juillet 2018 dans l'affaire Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal contre Municipalité de Ringkøbing-Skjern, cf. décisions de la commission des recours des 21 avril og 18 août 2017 (rapport annuel 2017, p. 32).*

L'affaire concernait un appel d'offres lancé par les autorités municipales au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (« régime assoupli ») (articles 74 à 76 de la directive 2014/24/UE) et visant l'exploitation d'une piscine publique. Le marché n'avait pas été attribué au requérant qui, jusqu'ici, avait assuré l'exploitation de la piscine. Dans sa décision intermédiaire du 21 avril 2017, la commission n'avait pas octroyé l'effet suspensif, car la condition « *fumus boni juris* » n'était pas remplie. Dans la décision définitive rendue le 18 août 2017, le requérant n'avait obtenu gain de cause que pour une demande ne pouvant pas être considérée comme ayant eu un impact sur la rédaction de l'offre par le soumissionnaire ni le déroulement et le résultat de l'appel d'offres. La décision d'attribution n'avait donc pas été annulée.

Le requérant a saisi le tribunal de Herning et fait valoir notamment que la violation constatée avait impliqué un traitement de faveur pour le soumissionnaire retenu contrairement à la loi danoise sur la passation des marchés publics. De plus, le requérant a invoqué que les autorités municipales avaient violé ladite loi en modifiant un élément fondamental du dossier d'appel d'offres dans le cadre de la conclusion du contrat dont le requérant concluait à ce qu'il soit déclaré dépourvu d'effets. En outre, le requérant a conclu à l'attribution d'une indemnisation.

Les autorités municipales ont conclu au rejet du recours, car l'objet du requérant était, en vertu des statuts, d'exploiter la piscine et que rien ne permettait donc plus de constater son existence.

Dans son jugement du 5 juillet 2018, le tribunal a maintenu la décision de la commission du 18 août 2017. Les autorités municipales ont été déboutées de leur demande de rejet, car le requérant avait participé à l'appel d'offres et était partie à un litige subséquent visant à déterminer si les règles du droit des marchés publics avaient été respectées.

*Arrêt rendu en appel par la Cour de la région est (Østre Landsret) le 3 mai 2018 dans l'affaire Direction générale de l'Administration pénitentiaire contre Kai Andersen A/S, cf. décisions de la commission des recours des 18 mai et 19 novembre 2015.*

L'affaire concernait une procédure d'appel d'offres restreinte lancée au titre de la directive européenne sur la passation des marchés publics (2004/18/CE) et visant 12 marchés de construction liés à la construction de la prison d'État de Nordfalster. Le critère d'attribution était le prix le plus bas. Dans sa décision du 18 mai 2015, la commission avait établi que la Direction avait agi illégalement en prenant en compte l'offre retenue, car l'offre comprenait une réserve dont il était impossible de fixer le prix.

L'offre du requérant était la deuxième offre la plus basse et le requérant avait donc droit à une réparation au titre de l'intérêt positif à contracter. Le requérant avait conclu au versement de la somme de 8 750 603 DKK. Dans sa décision du 19 novembre 2015, la commission avait fixé le montant de l'indemnisation à 6 millions DKK du fait qu'il convenait entre autres de tenir compte de l'insécurité qui régnait quant à la réalisation réelle par le requérant de la marge bénéficiaire attendue et d'une certaine insécurité quant à la question de savoir dans quelle mesure le marché avait nécessité un élargissement de ses capacités et, partant, une augmentation de ses charges fixes. De même, il convenait de prendre en compte les risques judiciaires évités.

La Direction a saisi le tribunal de Lyngby et conclu à ce que la décision d'attribution ne soit pas annulée et à ce que sa responsabilité civile ne soit pas mise en cause ou à ce qu'elle verse une indemnité inférieure à 6 millions DKK. Dans son jugement du 6 janvier 2017, le tribunal a maintenu les deux décisions de la commission, mais augmenté le montant de l'indemnisation à 8 750 603 DKK conformément aux conclusions déposées.

La Direction a interjeté appel du jugement prononcé. Dans son arrêt du 3 mai 2018, la Cour de la région est a confirmé le jugement du tribunal, mais a réduit le montant de l'indemnisation à 4 millions DKK en référence à l'insécurité qui régnait quant à la réalisation réelle par le requérant de la marge bénéficiaire attendue et à l'insécurité quant à la question de savoir dans quelle mesure le marché avait nécessité un élargissement des capacités et, partant, une augmentation des charges fixes.

*Arrêt rendu en appel par la Cour de la région ouest le 1<sup>er</sup> mars 2018 dans l'affaire Kemp og Lauritzen A/S contre Région Jutland-Central, cf. décision de la commission des recours du 17 août 2015.*

Les autorités régionales du Jutland-Central ont mis en concurrence au titre de la directive sur la passation des marchés publics (2004/18/CE), sous la forme d'une procédure de dialogue compétitif, un contrat de PPP visant l'établissement d'un nouveau centre psychiatrique à Skejby. Le requérant était le consortium TEAM OPP, représenté par DEAS A/S. La décision (qui fait partie d'une série de décisions prises dans le cadre de l'affaire) portait sur des conclusions dissociées visant un rejet total ou partiel suite à la modification de l'identité et de la composition du requérant et donc sur l'identification des entreprises pouvant être considérées comme incluses dans le consortium TEAM

OPP, qui avait initialement formé le recours. La commission a établi que Kemp & Lauritzen A/S, à titre de sous-traitant, ne faisait pas partie du consortium requérant et le recours a donc été rejeté.

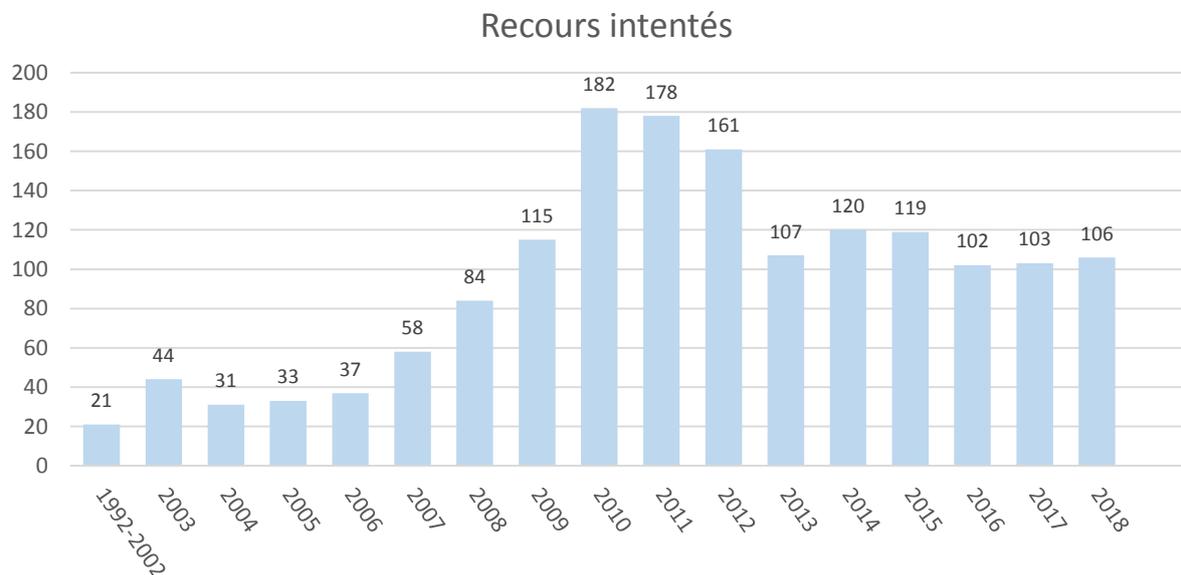
Dans leurs jugement et arrêt des 10 mars 2017 et 1<sup>er</sup> mars 2018, respectivement, le tribunal de Viborg et la Cour de la région ouest ont abouti au même résultat.

## 5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2018

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

### 5.1 Recours intentés

En 2018, 106 recours ont été intentés devant la commission. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de recours intentés de 1992 à 2018.



Le nombre de recours intentés en 2018 correspond plus ou moins aux chiffres de 2017 et 2016. Il est légèrement inférieur aux chiffres de 2014-2015 et plus ou moins égal à ceux de 2013. Ainsi, le nombre de recours reste largement inférieur aux chiffres de 2010-2012.

Comme indiqué à la section 4.1 du rapport annuel 2013, la chute considérable du nombre de recours intentés doit être vue à la lumière des modifications apportées en 2013 à la loi danoise d'application des règles en matière de marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière de marchés publics ») et au décret sur la commission des recours, modifications dont le but était justement de limiter le nombre de recours. L'augmentation notamment de la taxe de recours à 20 000 DKK dans les affaires portant sur une violation de la directive sur la passation des marchés publics (dans la plupart des cas) ainsi que le risque encouru par le requérant de se voir condamné aux dépens sont supposés jouer un rôle prépondérant à cet égard. La faible chute du nombre de recours entre 2016 et 2018 s'explique vraisemblablement par le fait que, suite à la mise en œuvre des vastes modifications apportées aux règles de fond en matière des marchés publics, les requérants potentiels ont été plus réticents et que la commission des recours n'est plus compétente pour connaître

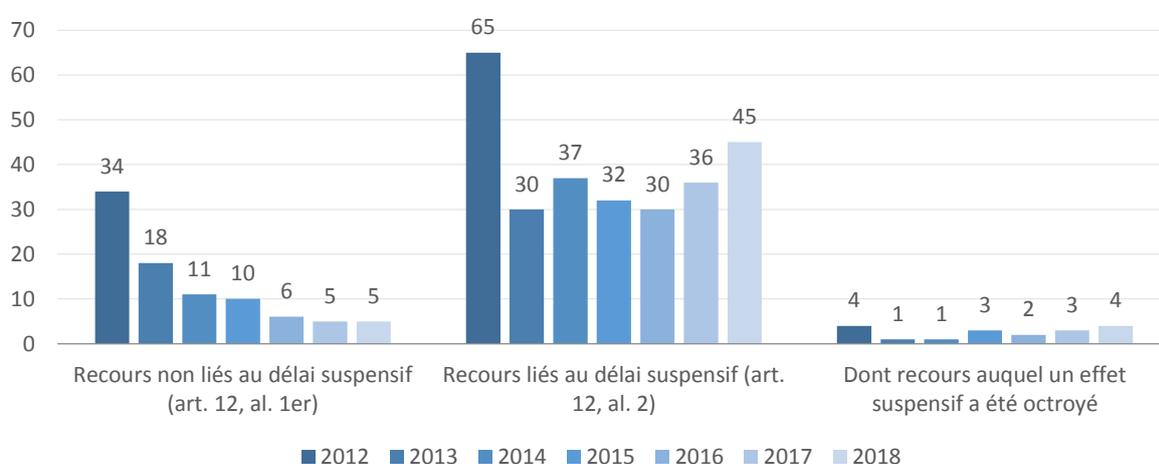
des affaires liés à des marchés dont la valeur est inférieure aux seuils définis et qui ne présentent pas un intérêt transfrontalier clair (cf. section V de la loi danoise actuelle sur les marchés publics).

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

Comme indiqué ci-après, la commission a rendu en 2018 une décision intermédiaire dans cinq recours dans le cadre desquels il lui avait été demandé d'octroyer 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 45 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 2018, un effet suspensif a été octroyé à quatre recours (voir la section 1.4 ci-dessus et la description des décisions au chapitre 2). Dans certains cas, la commission se prononce sur l'octroi de l'effet suspensif sous la forme d'un courrier et pas d'une décision en bonne et due forme. De telles décisions sous forme de courrier sont également incluses dans le calcul.

Le graphique ci-après montre le nombre de décisions rendues concernant des recours intentés durant le délai suspensif et d'autres recours visant l'attribution d'un effet suspensif entre 2012 et 2018.

Recours intentés durant le délai suspensif et autres décisions visant l'octroi d'un effet suspensif



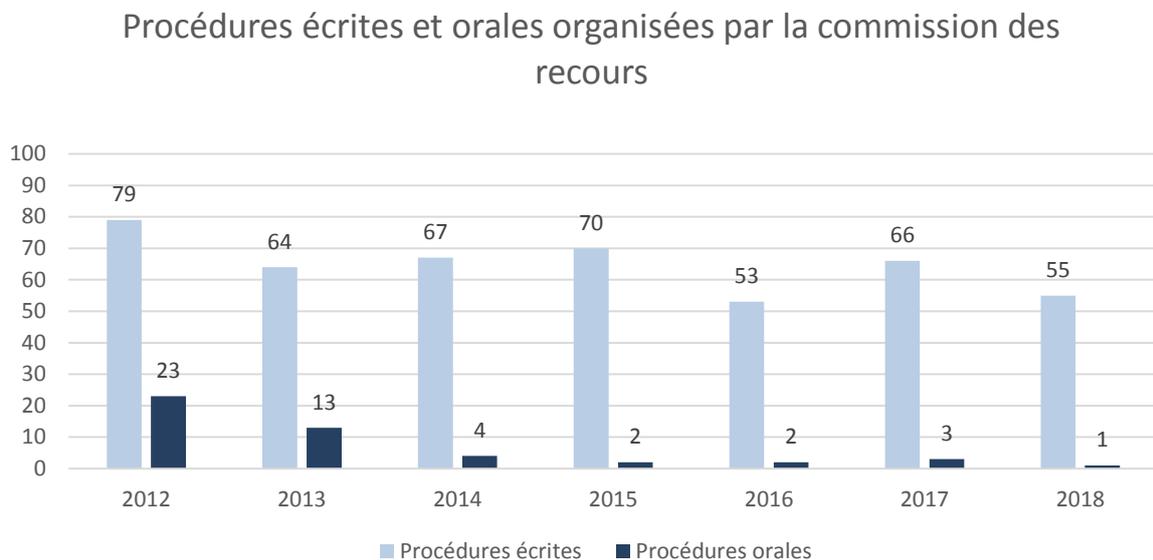
Dans le cadre de plusieurs recours, les décisions de la commission concernant l'attribution d'un effet suspensif ont débouché (y compris dans le cas où aucun effet suspensif n'est octroyé au recours) sur le désistement du requérant suite au rendu d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les règles en matière de marchés publics aient été violées et sur le bien-fondé de l'annulation. En 2017, il s'agissait de 72,7 % des décisions de la commission concernant l'effet suspensif, contre 76,1 % en 2018. De telles « décisions fumus » 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.

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

Sur les 44 recours dans le cadre desquels la commission a rendu une décision au fond en 2018 (voir section 5.4), 43 recours ont fait l'objet d'une procédure écrite tandis qu'un seul recours a 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 2018.



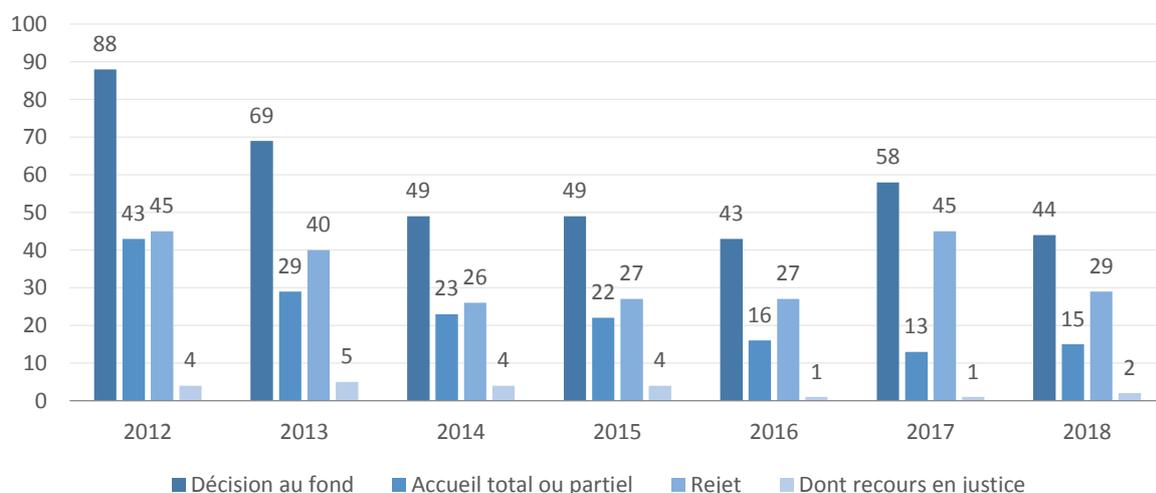
Remarque ! Les chiffres reproduits comprennent également les recours rejetés.

La répartition du nombre de procédures écrites par rapport au nombre de procédures orales en 2018 montre que seul un petit nombre de recours ont fait l'objet d'une procédure orale. Comme indiqué également à la section 4.3 du rapport annuel 2013, cette chute est conforme à l'intention du législateur. En 2010, l'article 11, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur l'application des règles en matière des marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière de marchés publics ») disposait que l'instruction et le règlement des recours reposent sur l'échange de mémoires écrits à moins que le président en charge d'un recours spécifique ne décide qu'il convient d'organiser une procédure orale. En 2009 (année précédant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 11, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi), le nombre de procédures écrites et le nombre de procédures orales était à égalité. Durant l'instruction du recours, les parties ont la possibilité de demander l'organisation d'une procédure orale, mais l'expérience montre que cela n'a lieu que dans un très petit nombre de cas.

## 5.4 Recours réglés et issue de ces recours

En 2018, la commission a statué au fond sur 44 recours. Quinze requérants ont obtenu entièrement ou partiellement gain de cause, tandis que les 29 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 44 décisions, seules deux d'entre elles ont fait l'objet d'un recours devant les juridictions. Le nombre de décisions ayant fait l'objet d'un recours en justice est identique aux chiffres de 2017.

Recours réglés et issue de ces recours



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

Le tableau ci-après montre que le pourcentage de recours accueillis en 2018 s'élevait à 34 % et était donc supérieur au pourcentage de 2017, mais inférieur au pourcentage moyen pour les années 2011-2017 (qui était de 41,4 %).

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.

Les calculs illustrés dans le graphique et le tableau ci-dessous ne comprennent pas les « décisions fumus » passées en force de décisions définitives. En 2018, la commission a rendu 35 « décisions fumus ». Dans neuf d'entre elles, la commission a estimé que la condition « fumus boni juris » était remplie. Dans la majorité des affaires, l'entité adjudicatrice a alors annulé l'appel d'offres ou sa décision d'attribution/présélection, après quoi le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

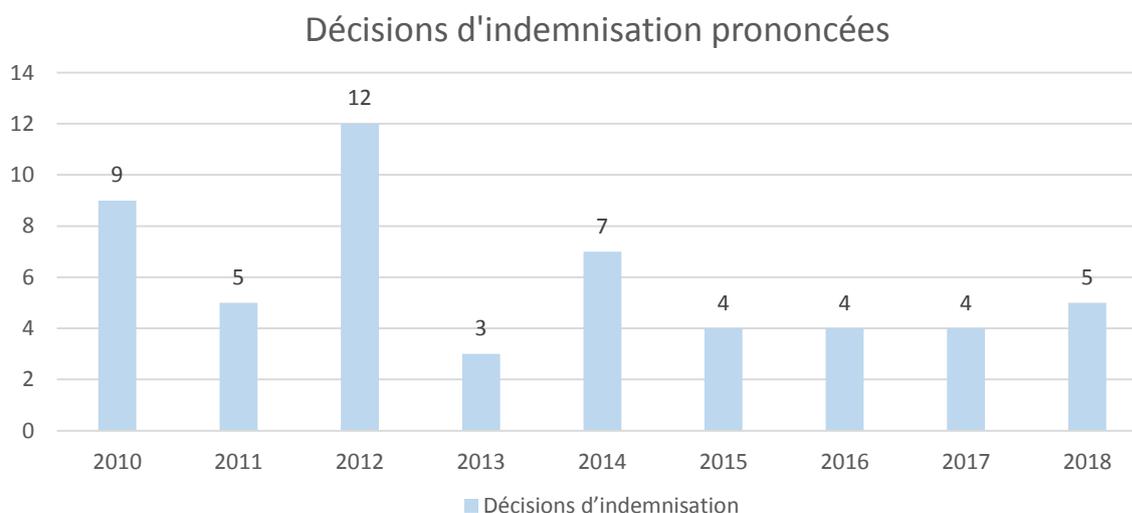
Dans les 26 « décisions fumus » restantes, la commission a estimé que la condition « fumus boni juris » n'était pas remplie, suite à quoi, dans douze recours, le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire est alors devenue la décision définitive de la commission.

Année	Accueil total ou partiel	Rejet
2011	44 %	56 %
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	26 %	74 %
2018	34 %	66 %

### 5.5 Décisions d'indemnisation prononcées

En 2018, la commission des recours a rendu cinq décisions d'indemnisation.

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



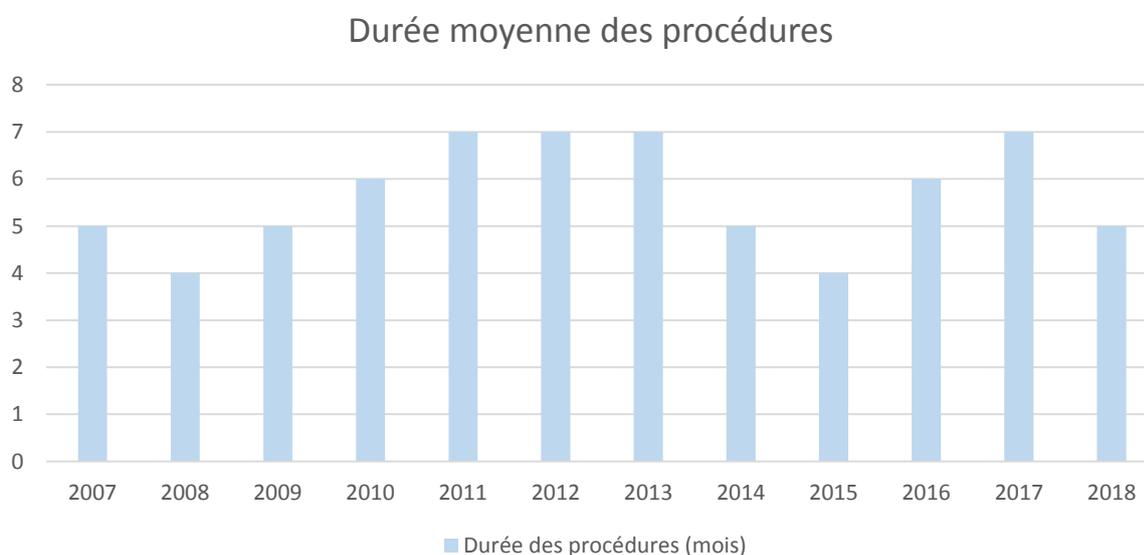
Comme indiqué à la section 4.5 du rapport annuel 2013, l'expérience montre que, dans un grand nombre des recours où le requérant obtient totalement ou partiellement gain de cause lorsque la commission statue au fond, la question d'une indemnisation est réglée en dehors de la commission, si bien que les parties passent un accord au lieu d'attendre une décision de la commission des recours. La durée des procédures pour les décisions d'indemnisation doit être vue à la lumière du fait que, pour ces recours, des négociations ont également été organisées entre les parties, mais que celles-ci n'ont pas permis d'aboutir à une solution à l'amiable. Le nombre de décisions d'indemnisation en 2012 doit être vu en combinaison avec le grand nombre de recours intentés en 2010 et 2011 (182 et 178 recours, respectivement).

## 5.6 Durée moyenne des procédures

En 2018, la durée moyenne des procédures auprès de la commission des recours était de cinq mois.

Une procédure est réputée clôturée lors du rendu de la décision au fond, du rejet du recours ou du désistement du requérant. S'agissant de la durée supplémentaire des procédures pour les recours dans le cadre desquels est également rendue une décision d'indemnisation, référence est faite à la section 5.5.

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 2007-2018.



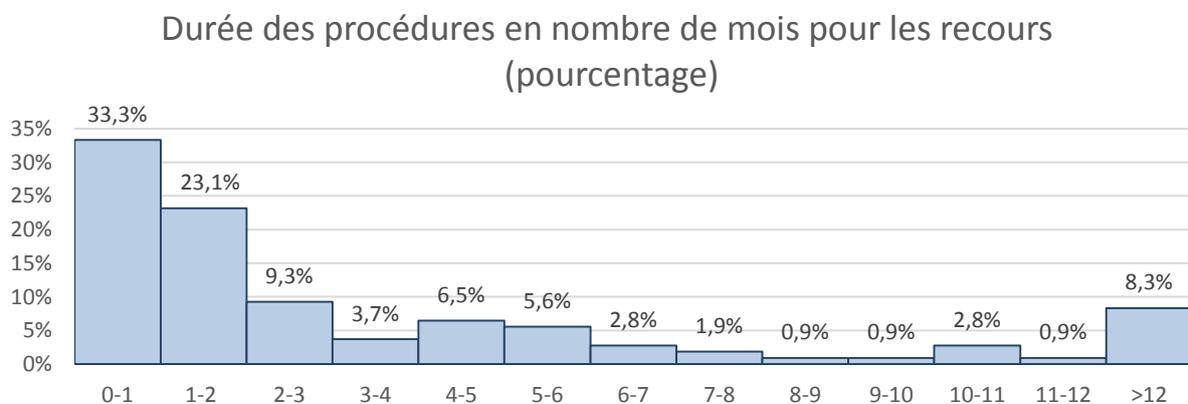
La durée moyenne, qui, en 2014 et 2015, affichait une tendance à la baisse de sept mois en 2011-2013 à cinq mois en 2014 et à quatre mois en 2015, est repassée à six mois en 2016 et à sept mois en 2017, soit au même niveau qu'en 2010-2013.

La durée moyenne est passée à cinq mois en 2018, soit au même niveau qu'en 2007, 2009 et 2014. Le nombre de recours intentés en 2018 était de 106, contre 58 en 2007, 115 en 2009 et 120 en 2014. S'agissant du nombre de recours intentés les autres années, référence est faite à la section 5.1.

Le nombre de recours pendant fin 2018 s'élevait à 39, ce qui est légèrement inférieur à 2017 et 2016 (respectivement 43 et 42 recours).

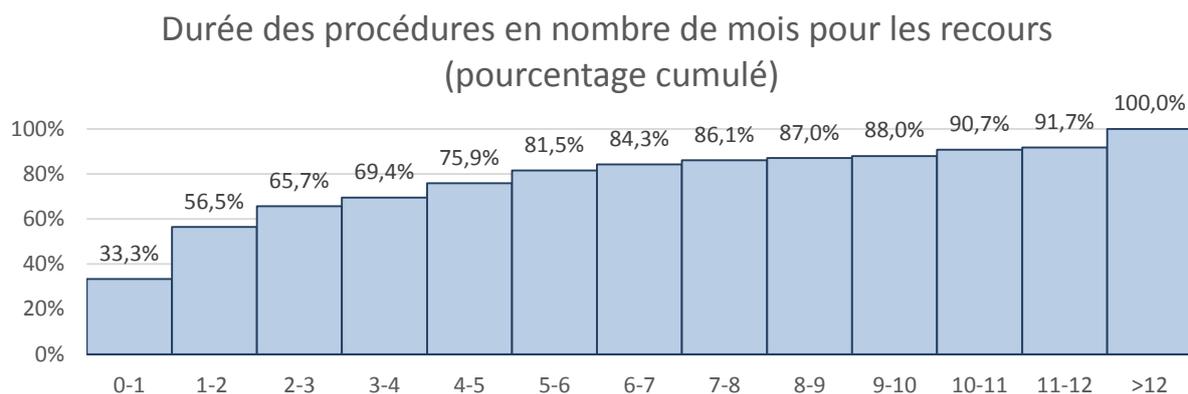
### 5.7 Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage)

Le graphique ci-dessous montre pour 2018 le pourcentage de procédures clôturées en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois. Le récapitulatif inclut tous les recours, y compris les recours rejetés et les recours révoqués, notamment après le prononcé d'une « décision fumus » par la commission. Les décisions d'indemnisation, qui sont très rares, ne sont pas incluses. Pour toute remarque supplémentaire, référence est faite à la section 5.8 ci-dessous, qui récapitule la durée des procédures en nombre de mois en pourcentage cumulé.



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2018 en pourcentage cumulé.



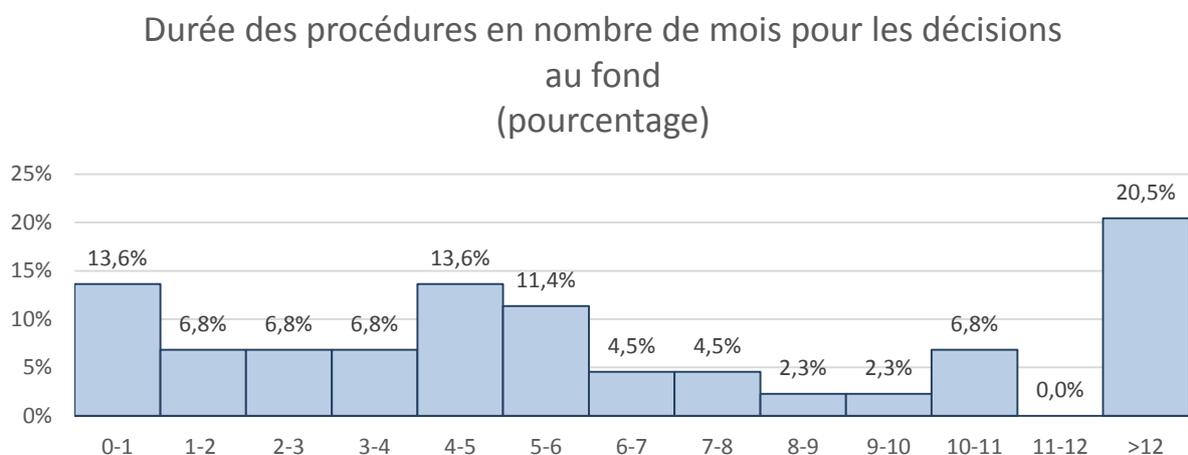
En 2018, quelque 33 % des procédures ont été clôturées au cours du premier mois suivant l'introduction du recours, contre 29 % en 2013, 33 % en 2014, 47 % en 2015, environ 39 % en 2016 et environ 27 % en 2017. En 2018, quelque 56 % des procédures ont été clôturées au cours des deux premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 42 % en 2013, 54 % en 2014, 62 % en 2015, 53 % en 2016 et environ 41 % en 2017. Il apparaît en outre qu'environ 66 % de tous les recours in-

roduits en 2018 ont été clôturés au cours des trois premiers mois, contre 49 % en 2013, 60 % en 2014, 69 % en 2015, 61 % en 2016 et environ 49 % en 2017. Les calculs pour 2018 incluent entre autres 52 recours qui ont été révoqués. Dans plus ou moins la moitié de ces affaires, le requérant s'est désisté à la suite du prononcé d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les règles en matière de marchés publics aient été violées. Par ailleurs, le tableau montre qu'environ 81 % des procédures en 2018 ont été clôturées dans les 5-6 premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 37 % en 2013, 62 % en 2014, 65 % en 2015, 74 % en 2016 et environ 77 % en 2017 et que 88 % des procédures sont clôturées en l'espace de 9 à 10 mois, contre 86 % en 2013, environ 87 % en 2014, 92 % en 2015, 87 % en 2016 et plus ou moins le même niveau en 2017.

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

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

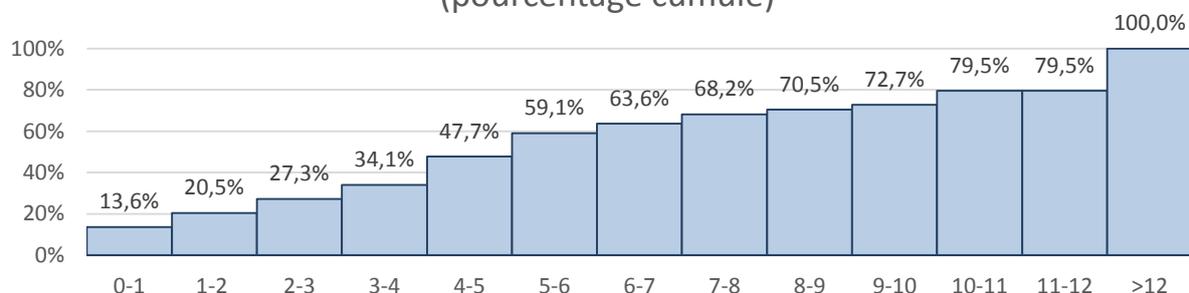
Le graphique ci-dessous montre pour 2018 le pourcentage de décisions au fond qui sont rendues en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois, 2-3 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois.



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2018 pour les décisions au fond en pourcentage cumulé.

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



Le tableau montre qu'en 2018, une décision au fond a été rendue dans quelque 34 % des recours en l'espace de 3-4 mois, contre 20 % en 2013, 30 % en 2014, 41 % en 2015, 44 % en 2016 et 38 % en 2017. Par ailleurs, en 2018, une décision au fond a été rendue dans quelque 59 % des recours en l'espace de 5-6 mois, contre 37 % en 2013, 62 % en 2014, 65 % en 2015, 54 % en 2016 et plus ou moins le même niveau en 2017. Le tableau indique également qu'en 2018, une décision au fond a été rendue après 8-9 mois dans environ 70 % des recours, contre environ 69 % en 2013, 87 % en 2014, 90 % en 2015, 71 % en 2016 et 76 % en 2017. D'expérience, on sait que les 30 % restants (31 % en 2013, 13 % en 2014, 10 % en 2015, 29 % en 2016 et 24 % en 2017), qui correspondent à des procédures de plus longue durée, relèvent de la catégorie des affaires d'une portée et complexité en droit et en fait exceptionnelles qui, par la force des choses, prennent plus de temps à traiter. Lorsque l'on envisage la durée des procédures pour les décisions au fond rendues par la commission des recours, il convient de rappeler que le traitement d'un dossier ne consiste pas seulement à préparer une décision au fond. Souvent, des ressources importantes sont consacrées en cours de procédure à la prise de décisions concernant l'octroi d'un effet suspensif et le droit d'accès aux documents conformément à la loi danoise sur la procédure administrative (cf. section 5.2 ci-avant).

## 6. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS

Outre les procédures de recours, la commission a mené différentes activités d'information en 2018.

### *Consultation*

Le 5 novembre 2018, la commission a répondu à une consultation concernant un projet de loi modifiant la loi danoise sur les marchés publics.

### *Informations statistiques*

En 2018, la commission a fourni des informations statistiques et des informations sur son organisation et ses activités au « *Network of first instance procurement review bodies* », un réseau initié par la Commission européenne.

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

En 2018 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 sur la passation des marchés publics.

Les 22 et 23 mars 2018, un membre de la présidence a participé à l'« *Annual Conference on European Public Procurement Law 2018* », organisée par l'Académie de droit européen (ERA), à Trier.

En outre, un membre de la présidence a participé à une réunion du « *Network of first instance procurement review bodies* », organisé à Malte le 4 mai 2018.

En octobre 2018, la présidence de la commission et les juristes du secrétariat ont réalisé une visite de trois jours auprès de la Cour de Justice et du Tribunal de l'Union européenne. Le programme spécialement organisé à cette fin comprenait, outre la participation aux audiences, des débats instructifs et inspirants sur des sujets aussi bien généraux et que liés aux marchés publics avec le juge danois à la Cour de Justice, Lars Bay Larsen, l'avocat général danois, Henrik Saugmandsgaard Øe, et les deux juges danois au Tribunal, Sten Frimodt Nielsen et Jesper Svenningsen. En outre, des exposés et des débats ont eu lieu avec l'avocat général Michal Bobek et plusieurs spécialistes de la Cour de Justice.