

# KLAGENÆVNET FOR UDBUD

(COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS)

## Rapport annuel 2017

# 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 ....	10
1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge.....	14
1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours.....	15
1.7 Préparation et règlement des dossiers, y compris condamnation aux dépens.....	16
1.8 Affaires liées au droit d'accès aux documents au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration .....	19
2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES .....	20
2.1 Introduction .....	20
2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions finales.....	20
2.2.1 <i>Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats</i> 20	
Décision intermédiaire du 11 juillet 2017, EnviDan A/S og SUEZ Water A/S contre Assens Spildevand A/S.....	20
Décision du 30 novembre 2017, GlaxoSmithKlinePharma A/S contre l'Institut scientifique de la Santé Publique et le ministère de la Santé Publique et du Troisième Âge .....	22
2.2.2. <i>Exigences liées au cahier des charges et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres</i> .....	23
Décision du 18 mai 2017, Scan Office A/S contre Direction générale de la Modernisation .....	23
Décision du 6 décembre 2017, Imatis A/S contre la Région Capitale .....	23
Décision du 24 novembre 2017, Simonsen & Weel A/S contre la Région Jutland Central .....	24
Décision intermédiaire du 22 décembre 2017, Tolkdanmark ApS contre l'Autorité danoise en charge des interprètes en langage des signes.....	26
2.2.3. Présélection .....	27
2.2.4 <i>Évaluation, y compris choix et publication du modèle d'évaluation</i> .....	28
Décision du 7 avril 2017, Orkideen Hjemmepleje et Personlig Service ApS contre la municipalité de Horsens.....	28
Décision du 27 avril 2017, Tolkegruppen Oversættergruppen P/S contre la municipalité de Copenhague.....	29
Décision du 7 août 2017, Danske Færger A/S contre le ministère danois des Transports, de la Construction et des Logements.....	30
Décision du 8 août 2017, Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation contre la Région Jutland-Central. ....	32

Décision du 9 novembre 2017, C.F. Møller A/S contre la Région Capitale c/o Nyt Hospital et Ny Psykiatri Bispebjerg ainsi que COWI A/S, Nordic Office of Architecture et AART architects A/S contre la Région Capitale c/o Nyt Hospital et Ny Psykiatri Bispebjerg.....	34
2.2.5 <i>Marchés de fourniture d'un assortiment de produits</i> .....	35
Décision du 9 janvier 2017, Abena A/S contre l'État danois et Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) .....	35
Décision du 18 mai 2017, Scan Office A/S contre la Direction générale de la Modernisation .....	36
Décision du 3 octobre 2017, Oluf Brønnum & Co. A/S contre la municipalité de Copenhague ...	37
2.2.6 <i>Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif (provisoire) et sanctions appliquées par la commission</i> .....	38
Décision intermédiaire du 21 avril 2017, Den selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal contre la municipalité de Ringkøbing-Skjern.....	38
Décision intermédiaire du 26 juin 2017 et décision du 23 août 2017, Eltel Networks A/S contre la Région Danemark Sud .....	39
Décision du 12 juillet 2017, Tieto Denmark A/S contre le groupe du ministère danois des Finances .....	40
Décision du 18 août 2017, Omada A/S contre la municipalité de Copenhague .....	42
Décision du 25 septembre 2017, Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S et al. contre la municipalité de Hillerød .....	43
Décision du 4 octobre 2017, Lekolar LEIKA A/S contre KomUdbud c/o municipalité de Randers	44
3. DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROIT D'ACCÈS .....	45
3.1 Introduction .....	45
3.2 Compétence de la commission pour les recours introduits au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration .....	45
3.3 Refus d'accès à des informations commerciales confidentielles.....	46
3.4 Refus justifié par les intérêts patrimoniaux de l'État .....	47
3.5 Documents internes de l'entité adjudicatrice .....	48
3.6 Refus justifié par la durée excessive de la procédure .....	50
4. JUGEMENTS PRONONCÉS PAR DES JURIDICTIONS DANOISES SUR DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION.....	52
Jugement du Tribunal de première instance de Copenhague du 14 mars 2017, État danois c/o Direction générale de la Modernisation contre Motus A/S, cf. décisions de la commission des recours des 4 juillet 2016 et 31 octobre 2016 (indemnisation) .....	52
Jugement du Tribunal de Roskilde du 1 <sup>er</sup> décembre 2017, Kirstine Hardam A/S contre la municipalité de Køge, cf. décision de la commission des recours du 10 janvier 2017.....	52
5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2017 .....	54
5.1 Recours intentés .....	54
5.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres recours visant l'attribution d'un effet suspensif .....	55

5.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours.....	56
5.4 Recours réglés et issue de ces recours .....	57
5.5 Décisions d'indemnisation prononcées .....	58
5.6 Durée moyenne des procédures .....	59
5.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage) .....	60
5.8 Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage cumulé) .....	60
5.9 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions de fond (pourcentage).....	61
5.10 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions de fond (pourcentage cumulé) .....	61
6. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS .....	63

## AVANT-PROPOS

Par la présente, la commission danoise des recours en matière de marchés publics (*Klagenævnet for Udbud*) publie son cinquième 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. Comme on le verra, beaucoup de changements ont été apportés en 2017.

Le chapitre 2 comprend le résumé d'une série de décisions prononcées par la commission en 2017, 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 des cas de violation des règles en matière de marchés publics, tantôt sur l'attribution de dommages et intérêts, tantôt sur l'octroi d'un effet suspensif. La jurisprudence de la commission en matière de droit d'accès est publiée de manière moins systématique. C'est pourquoi la commission a décidé cette année encore, sur la base des décisions rendues en 2017, d'en décrire un certain nombre, 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 2017, 103 recours ont été intentés devant la commission. Ce chiffre est pratiquement identique à celui de 2016. Toutefois, en 2017, la commission a rendu environ 35 % de décisions au fond de plus qu'en 2016. En grand partie, cette hausse tient à l'apport de ressources supplémentaires au secrétariat de la commission par la Direction générale des commissions des recours (*Nævnenes Hus*). Dans les décisions rendues par la commission, seuls 22 % des recours ont été accueillis, en tout ou en partie, ce qui est largement inférieur aux 37 % de l'année précédente.

En 2017, quelque 50 % de tous les recours intentés devant la commission ont été clôturés au cours des trois premiers mois suivant la réception du recours. Néanmoins, la durée des procédures est passée de 6 mois en 2016 à 7 mois en 2017. Cette tendance tient en grand partie au fait que la commission, grâce à la production accrue de décisions, a clôturé une série de dossiers plus anciens, ce qui a impacté la durée des procédures en 2017. Par ailleurs, cette tendance est probablement due aussi à la complexité et à la portée des dossiers, et notamment au fait, d'une part, que la commission, dans le cadre de l'instruction des dossiers, est appelée à se prononcer sur les demandes d'accès reçues concernant des dossiers souvent très touffus et, d'autre part, que tant les parties aux recours

que la commission elle-même ont dû en 2016 prendre en compte les règles encore relativement nouvelles sur lesquelles se basent les travaux de la commission.

Nikolaj Aarø-Hansen, président

Viborg, août 2018

# 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, de l'Industrie et de la Croissance pour une période allant jusqu'à quatre ans. Leurs mandats peuvent être renouvelés.

Jusqu'en mars 2017, la présidence se composait de six juges de seconde instance et de trois juges de première instance. L'un des juges de seconde instance ayant été nommé juge à la Cour suprême, la commission a compté un juge de seconde instance de moins jusqu'à la désignation d'un remplaçant au mois de juillet. De plus, l'un des juges de première instance de la présidence a été lui aussi été remplacé, de même que la composition de la commission a été élargie à un juge de première instance supplémentaire, si bien que la présidence se compose aujourd'hui de six juges de seconde instance et de quatre juges de première instance.

Au mois de mars 2017, le président et le vice-président ont inversé leurs rôles, si bien que le vice-président est devenu président et inversement. 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 au point 1.5 ci-après.

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

En 2017, la présidence de la commission des recours se composait des juges suivants :

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

Michael Ellehauge, juge de seconde instance et docteur (a quitté le poste de président le 12 mars 2017)

Nikolaj Aarø-Hansen, juge de seconde instance (entré en fonction le 13 mars 2017)

Autres membres de la présidence de la commission des recours :

- Kirsten Thorup, juge de seconde instance
- Niels Feilberg Jørgensen, juge de première instance
- Erik P. Bentzen, juge de seconde instance
- LL.M. Katja Høegh, juge de seconde instance
- Poul Holm, juge de première instance
- Mette Langborg, juge de première instance (jusqu'au 5 octobre 2017)
- Kristian Korfits Nielsen, juge de seconde instance (jusqu'au 30 mars 2017)
- Hanne Aagaard, juge de seconde instance (à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017)
- Jesper Stage Thusholt, juge de première instance (à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017)
- Charlotte Hove Lasthein, juge de première instance (à compter du 5 octobre 2017)

Experts de la commission de recours en 2017 :

- Michael Jacobsen, conseiller en chef
- Vibeke Steenberg, conseillère en chef
- Allan Åge Christensen, directeur des achats (jusqu'au 5 octobre 2017)
- Pernille Hollerup, Senior Manager, Head of Team Legal Competition & Tender Law
- Erik Bøgward Christiansen, conseiller en chef
- Henrik Fausing, directeur de projet
- Jan Eske Schmidt, vice-directeur
- Lene Ravnholt, juriste, médiatrice, conseillère de maître d'ouvrage
- Preben Dahl, juriste en chef
- Steen Treumer, professeur, docteur
- Stephan Falsner, avocat



- Helle Carlsen, avocate
- Palle Skaarup, Legal Manager
- Anette Gothard Mikkelsen, juriste, conseillère en chef
- Jeanet Vandling, directrice des achats et des marchés publics
- Ole Helby Petersen, professeur (MSO), docteur
- Grith Skovgaard Ølykke, conseillère juridique en entreprise, docteur
- Christina Kønig Mejl, juriste, chef de projet et conseillère spécialisée
- Claus Pedersen, juriste spécialisé dans les marchés publics et les contrats d'entreprise
- Jan Kristensen, Development Manager
- Birgitte Nellemann, chef de bureau en charge des achats stratégiques (à compter du 5 octobre 2017)

Les noms des experts qui composaient la commission durant la période de nomination précédente (avant le 15 avril 2016) sont indiqués dans le rapport annuel pour l'année 2015. Quelques-uns de ces experts ont toujours des affaires pendantes devant la commission. Leur nomination actuelle couvre donc la poursuite de ces procédures.

### 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 2017, a été fortement élargi. En début d'année, la commission s'est vu attribuer une assistante administrative supplémentaire et compte ainsi aujourd'hui deux assistantes administratives. En début d'année, la commission comptait une seule conseillère spécialisée en droit, mais en mars 2017, une conseillère spécialisée supplémentaire a été engagée, de même qu'une assistante qui a travaillé les premiers mois à temps partiel depuis l'étranger, mais a ensuite rejoint la commission à temps plein. Par ailleurs, une étudiante et une stagiaire ont été rattachées au secrétariat. La stagiaire a travaillé pour le secrétariat de la commission pendant plusieurs mois en 2017, dans le cadre de la dernière partie de ses études en sciences commerciales (spécialisation juridique). L'une des juristes les plus chevronnées de la commission a décroché au 1<sup>er</sup> novembre 2017 un poste de direction auprès de la Cour d'appel de la région ouest, et son poste est resté vacant jusqu'à la fin de l'année.

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 2017, le secrétariat se composait des personnes suivantes :

- Anne-Mette Schjerning, juriste, conseillère spécialisée (jusqu'au 31 octobre 2017)
- Jeanne Schou, juriste, conseillère spécialisée (à compter du 1<sup>er</sup> mars 2017)
- Julie Just O'Donnell, juriste, assistante (à compter du 1<sup>er</sup> mars 2017)
- Dorthe Hylleberg, assistante administrative
- Heidi Thorsen, assistante administrative
- Nathalie Vestergaard Bull, étudiante en droit (jusqu'au 30 juin 2017)
- Josephine Hyldal Sørensen, étudiante en droit (à partir du 1<sup>er</sup> août 2017)
- Camilla Kjær Bonné Bjerre, stagiaire, étudiante en sciences commerciales (spécialisation juridique) (à compter du 20 août 2017)

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

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

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

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

Par ailleurs, en vertu de l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration, la commission des recours constitue l'instance de recours pour les décisions rendues par d'autres autorités en matière de droit d'accès aux documents liés à des procédures d'appel d'offres. Référence est faite au chapitre 3 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 nouvelle directive sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE), et les autres règles européennes en matière de marchés publics. Seul un petit nombre de recours concernent la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux.

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

En tant que source de droit, les décisions de la commission des recours sont subordonnées aux décisions des juridictions danoises et de la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, seul un très petit nombre des décisions de la commission font l'objet d'un recours en justice. Ce nombre était de 1 décision sur 58 en 2017. 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 sept mois en 2017. À cet égard, il convient entre autres de noter qu'une grande partie (quelque 50 %) 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 finale qui sera prononcée dans le cadre du recours.

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

Si une décision d'octroi d'effet suspensif ne comporte pas d'appréciation définitive et ne préjuge donc pas de la décision au fond qui sera prononcée dans l'affaire, la « décision *fumus* » de la commission sert néanmoins souvent, dans la pratique, à indiquer à la partie contre laquelle la décision sera prononcée que de nouveaux éléments devront être apportés si elle espère obtenir gain de cause lorsque la commission statuera au fond. En 2017, la commission des recours a, dans trois cas, octroyé un effet suspensif à un recours : décision du 30 janvier 2017 dans l'affaire CFD contre Autorité danoise en charge des interprètes en langage des signes ; décision du 26 juin 2017 dans l'affaire Eltel Networks A/S contre Région Danemark Sud ; et décision du 11 juillet 2017 dans l'affaire EnviDan A/S og SUEZ Water A/S contre Assens Spildevand A/S (deux de ces 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 2017, sept décisions de ce type ont été rendues (décision du 7 avril 2017, Orkideen Hjemmepleje et Personlig Service ApS contre la municipalité de Horsens ; décision du 31 mai 2017, Arthrex Danmark A/S contre Région Jutland-Central ; décision du 23 juin 2017, MultiLine A/S contre la municipalité de Furesø ; décision du 4 juillet 2017, Munck Gruppen A/S contre Rønne Havn A/S ; décision du 11 juillet 2017, Inventar-

land ApS contre Région Sjælland ; décision du 22 septembre 2017, Simonsen & Weel A/S contre Région Jutland-Central ; et décision du 26 septembre 2017, G4S Security Services A/S contre Services de psychiatrie de la Région Capitale).

#### *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.

Aujourd'hui, en cas d'annulation d'une décision d'attribution de marché par voie de décision ou jugement définitifs, l'entité adjudicatrice est tenue, en vertu de 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 à la décision de la commission des recours du 7 mai 2015 dans l'affaire Rengoering.com A/S contre la municipalité de Ringsted et à sa décision du 6 janvier 2014 dans l'affaire KMD A/S contre la municipalité d'Aalborg. Néanmoins, l'entité adjudicatrice peut s'adresser au secrétariat de la commission des recours pour savoir si un recours a été introduit concernant le marché passé avant qu'elle ne conclue un contrat avec le soumissionnaire retenu. Dans la mesure du possible, le secrétariat de la commission répond à de telles questions écrites après 13h00 le jour de leur réception (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 n'inflige pas de sanction économique à l'entité adjudicatrice. À la place, elle dépose une plainte auprès de la police lorsqu'il convient, en application de l'article 18, al. 3, de ladite loi, d'infliger à l'entité adjudicatrice une sanction de substitution sous la forme de pénalités financières. À cet égard, référence est faite à la décision de la commission des recours du 20 août 2012 dans l'affaire Intego A/S contre NRGi Net A/S, où une plainte a été déposée auprès de la police.

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

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

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

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

Lorsqu'elle statue sur un recours, la commission se compose 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 au point 1.2, décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et, par là aussi, 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 2017, une décision a été rendue sur la base d'un tel élargissement dans cinq cas : décision du 9 février 2017, Bricks A/S (anciennement TEAM OPP c/o Bricks A/S, anciennement c/o DEAS A/S) contre la Région Jutland-Central ; décision du 20 juin 2017, MT Højgaard A/S et Züblin A/S contre Banedanmark ; décision du 7 août 2017, Danske Færger A/S contre le ministère danois des Transports, de la Construction et des Logements ; décision du 8 août 2017, Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation contre la Région Jutland-Central ; et décision du 9 novembre 2017, C. F. Møller Danmark A/S et COWI A/S, CCO A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S contre la Région Capitale c/o Nyt Hospital et Ny Psykiatri. Ces quatre 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 2017, une seule décision au fond a ainsi été rendue sans la participation d'un expert : décision du 22 septembre 2017, Simonsen & Weel A/S contre la Région Jutland-Central.

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, le montant de la taxe de recours s'élève à 20 000 DKK, contre 10 000 DKK pour tout autre recours, y compris concernant une violation de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux. Si la taxe n'est pas réglée lors de l'introduction du recours ou avant l'expiration du délai fixé par la commission des recours, le recours est rejeté.

Le recours doit comprendre des conclusions qui décrivent avec précision les violations sur lesquelles la commission devra se prononcer. La commission des recours est liée par les conclusions et les moyens de recours (arguments) des parties. Sa décision ne peut donc pas aller au-delà des conclusions déposées et la commission ne peut pas tenir compte d'arguments qui n'ont pas été formellement produits (art. 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours). Si la commission ne peut pas aider le requérant à formuler des conclusions valables, elle peut néanmoins lui fournir des instructions à cet égard, cf. décision du 9 décembre 2015, Varmecenteret ApS contre Direction générale danoise des Châteaux et des Immeubles d'intérêt culturel. Si, sur la base de ces instructions, les conclusions déposées par le requérant ne sont pas acceptables pour le traitement de l'affaire, la commission des recours rejette les conclusions en question ou le recours dans son ensemble.

En outre, l'introduction d'un recours requiert que le requérant possède un intérêt légitime. Ainsi, peuvent intenter un recours les entreprises qui possèdent un intérêt à décrocher un marché spéci-

fique et qui estiment avoir subi un préjudice suite à une violation des règles en matière de marchés publics. De manière générale, le requérant aura fait acte de candidature à la présélection ou aura soumis 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 contrats-cadres : 6 mois

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

La commission peut autoriser qu'un tiers intervienne dans l'affaire au profit du requérant ou de l'entité adjudicatrice (cf. article 6, al. 3, de la loi sur la commission des recours). Le plus souvent, cela a lieu dans les affaires 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*), et l'intervenant ne peut donc pas personnellement déposer de conclusions ni produire de moyens de recours.

Il incombe à la commission des recours de veiller à ce qu'elle soit suffisamment éclairée par les pièces du dossier. La commission peut demander au requérant, au défendeur ou au tiers intervenant de fournir des informations qui sont jugées présenter un intérêt pour l'affaire (article 6, al. 2, du décret sur la commission des recours). En revanche, en cas d'erreur liée à la procédure d'appel d'offres, la commission ne peut pas se saisir d'office de la question puisque les conclusions et les 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 dé-

clarations 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. Dans certains cas, la commission peut estimer qu'il est inutile de procéder à la présentation initiale des pièces du dossier, etc. La commission indique alors qu'elle a déjà examiné le dossier et les vues exprimées par les parties dans leurs mémoires. La commission peut éventuellement demander que les parties clarifient certains points. Ensuite, les avocats des parties peuvent directement entamer leurs plaidoiries. 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 2017, trois affaires ont fait l'objet d'une procédure orale (contre 2 affaires en 2016), tandis que 59 affaires ont été réglées par écrit (contre 53 affaires en 2016). 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 novembre 2017 dans l'affaire C. F. Møller Danmark A/S et COWI A/S, CCO A/S, Nordic Office of Architecture og AART architechts A/S contre la Région Capitale c/o Nyt Hospital et Ny Psykiatri, la commission a fixé à 125 000 DKK le montant des dépens attribués à chacune des parties 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 le pouvoir adjudicateur d'octroyer un droit d'accès aux documents liés à 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, le pouvoir adjudicateur défendeur qui se prononce sur le droit d'accès aux documents. Vu que le défendeur dispose bien entendu, lui aussi, des documents concernés, il est généralement possible de lui demander directement le droit d'accès.

Les affaires liées au droit d'accès au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration se distinguent clairement des affaires liées aux violations des règles en matière de marchés publics, lesquelles, en vertu de la loi sur la commission des recours, doivent être réglées par cette dernière. Référence est faite au chapitre 3 du rapport annuel pour l'année 2016 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)). 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 2017, qui ont toutes été publiées sur le site [www.klfu.dk](http://www.klfu.dk). Certaines décisions portent sur des questions de principe. D'autres concernent des problèmes qui, en dépit de leur nature, sont susceptibles de présenter un intérêt pour le grand public.

Les décisions sont réparties selon les catégories suivantes :

- Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats
- Exigences liées au cahier des charges et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres
- Présélection
- Évaluation, y compris choix et publication du modèle d'évaluation
- Marchés de fourniture d'un assortiment de produits
- 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 finales

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

*Décision intermédiaire du 11 juillet 2017, EnviDan A/S og SUEZ Water A/S contre Assens Spildevand A/S*

*La commission des recours avait provisoirement estimé que l'entité adjudicatrice n'avait pas prouvé qu'un marché portant sur l'établissement d'une station d'épuration pouvait être attribué sans procédure d'appel d'offres au titre de la disposition dérogatoire visée à l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) et concernant les marchés de services de recherche et de développement. La commission a octroyé un effet suspensif au recours.*

La société Assens Spildevand A/S a annoncé par un avis en cas de transparence ex ante volontaire qu'elle avait l'intention de conclure un partenariat public-privé d'innovation en vue de l'établissement d'une station d'épuration destinée au traitement des eaux usées dans la municipalité d'Assens pour une valeur approximative de 55 millions DKK. L'avis indiquait que, selon les autorités municipales, il n'existait pas sur le marché de station d'épuration pouvant répondre aux exigences de la municipalité et qu'il n'était pas possible de dresser un cahier des charges avant d'impliquer tout

d'abord un ou plusieurs partenaires privés dans un projet de développement en vue de mettre au point, d'installer et de tester une nouvelle technologie. Le partenariat devait ainsi englober des services de recherche (appliquée) avec la fourniture de travaux originaux pour acquérir de nouvelles connaissances et des services de développement expérimental. Sur cette base, les autorités municipales étaient d'avis que le partenariat public-privé d'innovation était intégralement exclu de l'obligation de mise en concurrence au titre de l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) concernant l'exclusion des marchés de services de recherche et de développement à l'obligation de mise en concurrence. Les requérants, qui demandaient l'octroi d'un effet suspensif au recours, ont notamment invoqué que le marché n'était pas visé par l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) et que le marché de gré à gré était dès lors illégal puisque l'objet principal et la partie prépondérante du marché portaient sur des activités d'étude et de conception ordinaires, lesquelles auraient facilement pu faire l'objet d'une mise en concurrence ou, au subsidiaire, être séparées en vue de la passation d'un marché distinct.

La commission de recours a déclaré qu'il appartenait à l'entité adjudicatrice de prouver que les conditions définies dans la disposition dérogatoire visée à l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) étaient réunies. S'il est permis de considérer que cela ne s'applique qu'à une partie du marché, il incombe également au défendeur de démontrer que la partie restante du marché ne constitue pas l'objet principal du marché et que celle-ci n'est pas objectivement séparable - cf. article 26, al. 4, cf. al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 3, al. 3, 4 et 6 de la directive 2014/24/UE). Afin d'aider la commission à déterminer s'il convenait d'octroyer un effet suspensif au recours, les deux parties ont, en référence à des éléments scientifiques, cherché à démontrer leurs positions. La commission a estimé qu'avant qu'elle ne puisse établir si la charge de la preuve avait été satisfaite, des échanges de mémoires supplémentaires étaient indispensables pour déterminer la force des arguments techniques avancés par les parties et des informations techniques produites. Sur la base des informations provisoirement disponibles, il n'était donc pas prouvé à cette époque que les conditions définies à l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) étaient réunies, et la commission a ainsi estimé que la condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était remplie. Conformément à la jurisprudence en matière de passation de marchés de gré à gré, la commission a également estimé que la condition d'urgence était remplie.

S'agissant de la condition de mise en balance des intérêts, la commission a fait remarquer que toute entité adjudicatrice envisageant d'appliquer la disposition dérogatoire visée à l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) concernant les marchés de gré à gré et, dans le même temps, la procédure de publication préalable d'un avis de marché de gré à gré court à tout moment le risque qu'un recours soit introduit et qu'un effet suspensif soit octroyé à ce recours (cf. décision de la commission du 16 mars 2015 dans l'affaire *Thermo Electron A/S contre Université de Copenhague*). En outre, l'ampleur des dommages liés à l'octroi d'un effet suspensif au recours n'était pas décrite ni démontrée, et la commission a estimé, au terme d'une appréciation globale, que la troisième condition de mise en balance des intérêts en faveur du requérant était remplie. Dès lors, la commission a octroyé l'effet suspensif au recours. Assens

Spildevand A/S a indiqué par la suite qu'aucun marché de gré à gré ne serait conclu, suite à quoi le requérant s'est désisté. La décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

*Décision du 30 novembre 2017, GlaxoSmithKlinePharma A/S contre l'Institut scientifique de la Santé Publique et le ministère de la Santé Publique et du Troisième Âge*

*Les différentes parties d'un marché mixte, conclu de gré à gré, portant, d'une part, sur la vente par privatisation de la production de vaccins et, d'autre part, sur l'achat de vaccins étaient liés d'une manière inséparable et formaient ainsi un tout indivisible. L'objet principal n'était pas d'acheter des vaccins, mais de vendre par privatisation la production de vaccins et rien ne permettait de constater que le principe de proportionnalité n'avait pas été respecté.*

Le recours consistait à déterminer si l'Institut scientifique danois de la Santé Publique (*Statens Serum Institut*) et le ministère danois de la Santé Publique et du Troisième Âge (*Sundheds- og Ældreministeriet*) avaient violé les règles en matière de marchés publics en attribuant sans procédure d'appel d'offres un marché visant la livraison de vaccins au programme danois de vaccination infantile. Le marché a été passé dans le cadre de la vente de l'activité déficitaire de production de vaccins de l'Institut à une société privée par le biais d'une privatisation qui visait également une autre activité (SSI Diagnostica). Il s'agissait ainsi d'un marché mixte portant tantôt sur la vente d'une activité, tantôt sur l'achat de vaccins. La commission s'est prononcée sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne dans le domaine des marchés mixtes (cf. arrêt du 6 mai 2010 dans les affaires jointes C-145/08 et C-149/08, *Club Hotel Loutraki AE et al.*, motifs 48 et 49, et arrêt du 22 décembre 2010 dans l'affaire C-215/09, *Mehiläinen Oy et Terveystalo Healthcare Oy contre Oulun kaupunki*, motifs 36 et 37). La commission a entre autres rappelé que la vente imminente de l'activité avait été publiée dans le cadre d'une procédure qui respectait les principes de transparence et d'égalité de traitement. À cet égard, GlaxoSmithKlinePharma A/S avait eu la possibilité (sur le même pied que d'autres entreprises) de se procurer des informations sur l'achat de vaccins, mais avait choisi de ne pas demander ces informations.

La commission a procédé à une appréciation concrète sur la base de différents facteurs, tels que l'existence d'importantes difficultés de livraison sur le marché général des vaccins visés par le marché de gré à gré et nécessaires pour le programme de vaccination. La commission a estimé que le contrat de vente de l'activité de production de vaccins et le contrat de livraison des vaccins devaient forcément faire partie du contrat global de vente de l'activité de production de vaccins dans le cadre de la décision de privatisation. On pouvait dès lors admettre que les différentes parties du marché étaient liés d'une manière inséparable et formaient ainsi un tout indivisible.

En outre, la commission a estimé que l'objet principal du contrat global de vente de la production de vaccins et de livraison temporaire de vaccins n'était pas d'acheter des vaccins, mais de vendre par privatisation l'activité de production de vaccins de l'Institut à une société privée, si bien que l'activité séparée ne relèverait plus de l'État à l'avenir. Enfin, la commission a déclaré que malgré la durée de 30 mois du marché de gré à gré (contrairement aux déclarations antérieures qui faisaient état d'une durée de deux ans seulement), il n'existait pas de motifs suffisants pour statuer que le marché de gré

à gré de livraison des vaccins ne respectait pas le principe de proportionnalité. Dès lors, la commission a débouté le requérant de sa demande.

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

#### *Décision du 18 mai 2017, Scan Office A/S contre Direction générale de la Modernisation*

Mise en concurrence aux termes de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics d'un accord-cadre avec trois opérateurs portant sur la livraison de meubles et d'autres biens et attribué sur la base du critère « Prix ». Aucun critère d'attribution qualitatif n'avait été défini, en ce sens que toutes les exigences étaient des exigences minimales. Il n'était pas 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) qu'il suffise pour les soumissionnaires de déclarer que les exigences minimales seraient remplies sans joindre de justificatifs. La décision est décrite en détail à la section 2.2.5 concernant les marchés de fourniture d'un assortiment de produits.

#### *Décision du 6 décembre 2017, Imatis A/S contre la Région Capitale*

*La commission des recours a débouté de sa demande un soumissionnaire qui exigeait que la loi danoise sur la passation des marchés publics soit appliquée suite à l'annulation d'un appel d'offres publié conformément à l'ancienne directive sur la passation des marchés publics (2004/18/CE) et à la décision de l'entité adjudicatrice de passer à une procédure d'appel d'offres négociée après l'entrée en vigueur de la loi danoise sur la passation des marchés publics.*

Par l'avis de marché publié le 22 décembre 2015, la Région Capitale a lancé un appel d'offres conformément à l'ancienne directive sur la passation des marchés publics concernant un marché composé de deux lots et portant sur l'achat de solutions complètes pour les appels des patients et les alarmes critiques. Les soumissionnaires devaient soumettre une offre concernant la livraison de deux plateformes centrales - l'une pour les appels des patients et l'autre pour les alarmes critiques.

À l'expiration du délai, trois soumissionnaires avaient soumis une offre. Le 20 mai 2016 (c.-à-d. après l'entrée en vigueur de la loi danoise sur la passation des marchés publics le 1<sup>er</sup> janvier 2016), les autorités régionales ont annulé l'appel d'offres au motif qu'aucune des offres n'était conforme au cahier des charges et sont passées à une procédure d'appel d'offres négociée sans publication préalable d'un avis de marché conformément à l'article 30, al. 1<sup>er</sup>, sous a, de l'ancienne directive (2004/18/CE). Le critère d'attribution, les exigences minimales et autres éléments étaient inchangés par rapport à l'appel d'offres initial. Dans le cadre de la procédure négociée, des offres ont été soumises par deux des soumissionnaires initiaux, dont la société Imatis. Les autorités régionales ont rejeté l'offre d'Imatis concernant l'un des lots au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges et ont décidé de conclure un contrat avec l'autre soumissionnaire concernant les deux lots.

Imatis a introduit un recours à l'encontre de la Région Capitale et a fait valoir entre autres que les autorités régionales avaient violé la loi danoise sur la passation des marchés publics, et notamment l'article 2 (article 18, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE) concernant les principes d'égalité de traitement et de transparence, en lançant la procédure négociée aux termes de l'ancienne directive plutôt

qu'aux termes de la loi danoise, en ce sens que la procédure négociée avait été lancée après le 1<sup>er</sup> janvier 2016, date d'entrée en vigueur de la loi danoise. Les autorités régionales ayant décidé d'annuler l'appel d'offres initial et d'en lancer un nouveau sous la forme d'une procédure négociée après la date d'entrée en vigueur, les nouvelles règles auraient donc dû être appliquées.

Néanmoins, la commission a débouté le requérant de sa demande. La commission a déclaré que les dispositions transitoires de la loi danoise sur la passation des marchés publics ne régissaient pas expressément toutes les questions transitoires auxquelles les nouvelles règles donnaient lieu. Après avoir globalement apprécié le libellé des dispositions et les travaux préparatoires, la commission a estimé que l'interprétation devait (en l'absence d'indices sérieux du contraire sur certains points) se baser sur le fait que l'objectif général du législateur par rapport aux dispositions transitoires avait été de permettre aux appels d'offres en cours de continuer en vertu des règles jusque-là en vigueur, tandis que les nouvelles règles s'appliqueraient uniquement aux procédures d'appel d'offres lancées ultérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Il ressort des travaux préparatoires des dispositions transitoires visées à l'article 196, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés qu'une procédure d'appel d'offres négociée lancée aux termes de l'article 80, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi (article 32, al. 2, de la directive 2014/24/UE) dans une situation semblable avait été considérée comme lancée préalablement à l'entrée en vigueur de ladite loi, et la commission a estimé que les dispositions transitoires devaient être interprétées de manière identique dans les deux cas. La commission a ainsi débouté le requérant de sa demande concernant l'application de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Imatis a obtenu gain de cause sur un seul point, mais vu que cette violation n'avait pas été invoquée pour motiver sa demande d'annulation, la décision d'attribution du marché n'a pas été annulée.

*Décision du 24 novembre 2017, Simonsen & Weel A/S contre la Région Jutland Central*

*La procédure de passation de marchés sur la base d'un accord-cadre portant sur l'achat de matériel et de consommables pour le monitoring des patients satisfaisait aux exigences de transparence, d'objectivité et de non-discrimination définies dans la loi danoise sur la passation des marchés publics, cf. articles 98 à 100 de ladite loi (article 33, al. 4 et 5, de la directive 2014/24/UE). Un critère lié à la sécurité des patients, qui présupposait une expertise médicale, répondait à l'exigence d'objectivité, cf. article 98, al. 2, de ladite loi (article 33, al. 4, de la directive 2014/24/UE).*

Le recours portait sur la légalité des dispositions concernant la passation de marchés sur la base d'un accord-cadre portant sur l'achat de matériel et de consommables pour le monitoring des patients destinés à l'ensemble des unités et établissements hospitaliers de la région du Jutland Central.

Le marché a été mis en concurrence sur la forme d'un accord-cadre avec trois opérateurs. Seules deux sociétés ont soumis une offre, à savoir Vicare Medical A/S et Simonsen & Weel A/S, et les autorités régionales ont pris la décision d'attribution en faveur des deux sociétés. Simonsen & Weel A/S a conclu devant la commission à l'annulation de la décision d'attribution et a notamment invoqué de manière générale qu'aucun critère objectif et transparent n'avait été défini dans le dossier d'appel d'offres pour la passation de marchés de gré à gré sur la base de l'accord-cadre mis en concurrence.



La commission des recours a débouté le requérant de sa demande. Dans ses motifs, la commission a rendu compte des règles de la loi danoise concernant la passation de marchés sur la base d'un accord-cadre avec plusieurs opérateurs, y compris les possibilités de passation de marchés de gré à gré et de remise en concurrence. Le choix entre les deux formes de passation de marchés doit se baser sur des critères objectifs, dont la quantité, la valeur ou les caractéristiques des marchandises ou services demandés et les besoins concrets de l'entité adjudicatrice en matière de passation de marchés. Les critères objectifs doivent être définis dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre, cf. article 98, al. 2, de la loi danoise (article 33, al. 4, de la directive 2014/24/UE), qui doivent également stipuler les modalités de passation des marchés (sur la base de l'accord-cadre), cf. article 98, al. 3, de ladite loi (article 33, al. 4, de ladite directive). La passation d'un marché de gré à gré doit se baser sur les dispositions de l'accord-cadre et les critères objectifs définis dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre, cf. article 99 de ladite loi (article 33, al. 4, sous a, de ladite directive), tandis que la remise en concurrence (mise en concurrence réduite) doit « obéir aux mêmes conditions (1) que celles qui ont été appliquées à l'attribution de l'accord-cadre, (2) dont le libellé est, si nécessaire, précisé et (3) qui sont, au besoin, complétées par d'autres conditions énoncées dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre », cf. article 100, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi (article 33, al. 5, de ladite directive). Par ailleurs, la commission a rappelé les motifs de l'article 98, al. 2, de ladite loi (article 33, al. 4, de ladite directive) et de l'article 99 de la loi (article 33, al. 4, sous a, de la directive), ainsi que les dispositions du cahier des charges précisant dans quels cas un marché de gré à gré serait passé ou remis en concurrence et stipulant les critères y afférents. Pour le choix entre les deux formes de passation de marchés conformément au cahier des charges, il était crucial de déterminer si le critère « Sécurité des patients selon une évaluation médicale » était capital pour la santé et les possibilités de traitement des patients. Le cahier des charges contenait une description détaillée du critère lié à la sécurité des patients et précisait ainsi dans quelle mesure il était nécessaire, selon une évaluation médicale, que le matériel acheté permette d'accéder aux données de monitoring, et notamment aux données historiques. La commission a estimé que la procédure définie pour la passation de marchés sur la base de l'accord-cadre satisfaisait aux exigences de transparence, d'objectivité et de non-discrimination de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Rien ne permettait de supposer que le cahier des charges conférait aux autorités régionales un pouvoir d'appréciation contraire aux dispositions de la loi danoise sur la passation de marchés publics en matière d'accords-cadres, et il n'était pas établi que l'intention était de contourner les règles sur les achats externes. Comme il a été dit, le critère lié à la sécurité des patients présupposait une évaluation médicale. La commission a estimé que le critère satisfaisait à l'exigence d'objectivité, cf. article 98, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 33, al. 4, de la directive 2014/24/UE). De plus, le cahier des charges permettait d'insister sur les caractéristiques des marchandises demandées et les besoins concrets de l'entité adjudicatrice en matière de passation de marchés, notamment.

La décision de la commission a été rendue sous la forme d'une « décision immédiate ». Ainsi, la commission a rendu sa décision dans le délai applicable pour décider de l'octroi éventuel d'un effet suspensif, en ce sens que le recours avait été introduit durant le délai suspensif.

*Décision intermédiaire du 22 décembre 2017, Tolkdanmark ApS contre l'Autorité danoise en charge des interprètes en langage des signes*

*La commission des recours n'est pas compétente pour se prononcer sur le respect des règles de la concurrence, à moins que le cahier des charges ne définisse des exigences spécifiques à cet égard. Le fait que l'entité adjudicatrice ait déclaré qu'il était légal, au sens du droit de la concurrence, de créer des consortiums ne revenait pas à dire que des exigences minimales avaient été définies en la matière, cf. article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 4, sur la passation des marchés publics (article 57, al. 4, sous d, de la directive 2014/24/UE).*

Tolkdanmark ApS (ci-après « Tolkdanmark ») a introduit un recours durant le délai suspensif concernant un appel d'offres relatif à la fourniture de services d'interprétation écrite et en langage des signes pour malentendants. Selon le cahier des charges, les soumissionnaires devaient présenter la capacité nécessaire pour fournir au moins 15 heures d'interprétation par semaine. En outre, il était autorisé que plusieurs soumissionnaires présentent leurs offres ensemble sous la forme d'un consortium. S'agissant des soumissionnaires présentant leurs offres sous la forme d'un consortium, le cahier des charges précisait que ceux-ci « devaient veiller à respecter les règles de la concurrence. En vertu de celles-ci, des entreprises concurrentes peuvent se regrouper pour soumettre une offre commune, à la condition exclusive qu'elles ne possèdent pas les capacités requises pour exécuter seules la tâche sollicitée. Dans le cas contraire, il pourrait s'agir d'une coopération visant à restreindre la concurrence, c.-à-d. d'une entente ». Dans le formulaire DUME, les soumissionnaires étaient tenus d'indiquer qu'ils ne faisaient pas l'objet d'un motif d'exclusion et, en cas de consortium, d'en préciser les membres. Enfin, le cahier des charges définissait « une exigence minimale de 15 heures d'interprétation par semaine par accord-cadre ». Durant la procédure d'appel d'offres, les trois questions suivantes ont été posées : combien de membres un consortium peut-il compter au maximum ? Comment l'entité adjudicatrice entend-elle déterminer si les membres d'un consortium satisfont aux règles de la concurrence ? Quel le nombre maximum d'interprètes indépendants autorisés à se regrouper pour former un consortium ? Les autorités ont répondu que « cela dépendait entièrement de la composition des différentes sociétés » et cité ensuite quelques exemples de consortiums légaux et d'ententes illégales. Une autre question cherchait à déterminer si une société à même de fournir, d'une part, cinq heures par semaine en vue de missions à caractère social auprès de l'Autorité danoise en charge des interprètes en langage des signes (*Tolkemyndigheden*) et, d'autre part, 10 heures par semaine directement à des autorités municipales (par exemple, via les agences de l'emploi pour les personnes sourdes) pouvait être fournisseur ou sous-traitant d'un autre fournisseur de services d'interprétation qui, d'avance, était en mesure de fournir 15 heures par semaine. L'Autorité nationale a répondu qu'il faudrait procéder à une appréciation concrète pour déterminer si cela serait contraire aux règles de la concurrence relatives aux accords restrictifs et a par ailleurs fait référence aux directives de la Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation (*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*) en matière de consortiums. Pour l'un des lots, l'Autorité nationale a notamment passé un marché avec le consortium « DB-tolkene », qui se composait de cinq interprètes spécifiques et proposait 40 heures d'interprétation par semaine. Dans le cadre de son recours, Tolkdanmark, qui ne faisait pas partie des soumissionnaires retenus, a invoqué que la composition dudit consortium était contraire aux règles de la concurrence, que les participants au-

raient dû soumettre une offre individuelle et que l'Autorité nationale était contrainte de rejeter l'offre de « DB-tolkene », car il était contraire au cahier des charges que cinq interprètes indépendants se regroupent pour offrir 40 heures d'interprétation par semaine et qu'il s'agissait donc d'une entente illégale.

La commission a débouté le requérant de sa demande et déclaré qu'en vertu de l'article 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, elle n'était pas compétente pour se prononcer sur le respect des règles de la concurrence. Toutefois, pour autant que l'Autorité nationale ait défini dans le dossier d'appel d'offres un motif d'exclusion spécifique précisant que les consortiums devaient être conformes aux règles de la concurrence, la commission pourrait traiter de la question dans le cadre de son analyse visant à déterminer si le soumissionnaire était concerné par le motif d'exclusion.

Étant donné que les informations sur les offres soumises par les consortiums fournies par l'Autorité nationale dans le cahier des charges et dans le cadre des questions et réponses échangées durant la procédure d'appel d'offres ne pouvaient être considérées que comme des informations fournies à titre indicatif sur les règles de la concurrence relatives aux consortiums, l'Autorité nationale n'avait pas déterminé de motif d'exclusion précisant que les consortiums devaient être conformes aux règles de la concurrence. Dès lors, la commission a déclaré que la condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) n'était pas remplie, en ce sens que rien ne portait à croire que le requérant obtiendrait gain de cause. *Tolkdanmark* s'est ensuite désistée.

### 2.2.3. Présélection

*Décision du 20 juin 2017, MT Højgaard A/S et Züblin A/S contre Banedanmark*

*Décision concernant les conséquences juridiques de la mise en liquidation judiciaire d'un membre d'un consortium dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres négociée organisée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux. La commission des recours s'est prononcée conformément à l'arrêt de la Cour de justice européenne du 24 mai 2016 dans l'affaire C-396/14 en réponse à la demande de décision préjudicielle adressée par la commission des recours (chapitre 5 du rapport annuel 2016, auquel il est fait référence).*

Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres négociée organisée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux, Banedanmark (organisme public chargé de la gestion et de l'entretien du réseau ferré danois) a mis en concurrence un marché de travaux lié à la construction d'une nouvelle ligne ferroviaire entre Copenhague et Ringsted. Parmi les candidats présélectionnés se trouvaient, outre le consortium plaignant, une coentreprise entre les sociétés E. Pihl & Søn A/S et Per Aarsleff A/S. Après la présélection, mais avant la soumission de la première offre de négociation, la société E. Pihl & Søn A/S a fait faillite. La première offre de négociation a néanmoins été soumise par la coentreprise. La société Per Aarsleff A/S a ensuite poursuivi seule à titre de soumissionnaire et a soumis les deuxième et troisième offres en son nom propre, et Banedanmark a attribué le marché à Per Aarsleff A/S. Durant la phase finale de la procédure de recours, la commission des recours s'est prononcée sur les différentes conclusions en partant du principe qu'en vertu de l'arrêt de la Cour de justice européenne, l'essentiel était que la société Per Aarsleff A/S réponde individuellement aux exigences de présélection définies, ce qui était incontestablement le cas. Entre autres, il était requis

que la continuation de la participation de Per Aarsleff A/S à la procédure d'appel d'offres concernée n'entraîne pas une détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires.

Après un examen approfondi, la commission des recours a estimé que Per Aarsleff A/S n'avait bénéficié d'aucun avantage par rapport à ses concurrents en n'ayant pas été liée par la première offre de négociation. De même, Per Aarsleff A/S n'avait pas eu le privilège d'embaucher les salariés de la société liquidée après leur mise au chômage ni obtenu des informations qui l'auraient placée dans une position particulièrement favorable et auraient compromis les chances des autres soumissionnaires de se voir attribuer le marché. En outre, plusieurs éléments concernant l'évaluation invoqués par le requérant ont été rejetés, eux aussi. Rien ne permettait donc d'adjuger au requérant sa demande d'annulation de la décision d'attribution.

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

*Décision du 7 avril 2017, Orkideen Hjemmepleje et Personlig Service ApS contre la municipalité de Horsens*

*La commission des recours n'a pas fait droit à la demande du requérant qui dénonçait le fait que l'entité adjudicatrice n'avait pas fourni dans le dossier d'appel d'offres suffisamment d'informations concernant le modèle à points utilisé.*

À la suite d'un dialogue avec le marché, la municipalité de Horsens a organisé un appel d'offres selon la procédure restreinte 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). Après la publication de la décision d'attribution des autorités municipales, un soumissionnaire évincé, qui avait également participé au dialogue de marché préalable, a saisi la commission des recours. Le requérant a notamment fait valoir que les autorités municipales avaient violé le principe d'égalité de traitement sanctionné 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 utilisant un modèle inadéquat pour l'évaluation des offres par rapport au sous-critère « Prix » et en n'ayant pas fourni dans le dossier d'appel d'offres suffisamment d'informations sur le modèle à points utilisé pour l'évaluation des offres par rapport au sous-critère « Qualité ». Le cahier des charges décrivait que l'offre la plus avantageuse économiquement serait identifiée à l'aide du critère d'attribution « Meilleur rapport qualité-prix », où la pondération du prix serait de 60 %. S'agissant du sous-critère « Prix », il était en outre indiqué qu'il serait évalué sur la base de trois sous-critères. Le modèle d'évaluation n'était pas décrit plus avant. L'évaluation des autorités municipales sur la base des sous-critères a été réalisée conformément à une note que les autorités avaient rédigée préalablement à l'envoi du dossier d'appel d'offres aux soumissionnaires présélectionnés. Le requérant n'a pas obtenu gain de cause. Tout d'abord, la commission a rappelé que l'appel d'offres relevait de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics (articles 74 à 76 de la directive 2014/24/UE) et que les dispositions de l'article 160 de ladite loi, en vertu desquelles la méthode d'évaluation envisagée doit être décrite dans le dossier d'appel d'offres, n'étaient pas d'application. Dès lors, et étant donné que les autorités municipales disposaient donc d'une grande marge d'appréciation tant pour déterminer le modèle d'évaluation que pour procéder à l'évaluation proprement dite des offres, la commission des recours n'a pas fait droit à la demande du requérant. La

décision de la commission a été rendue sous la forme d'une « décision immédiate ». Ainsi, la commission a rendu sa décision dans le délai applicable pour décider de l'octroi éventuel d'un effet suspensif, en ce sens que le recours avait été introduit durant le délai suspensif.

S'agissant des exigences définies à l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics dans les cas où ces dispositions sont d'application, on se reportera entre autres à la décision du 8 août 2017, Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation contre la Région Jutland-Central.

S'agissant de l'application de l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics aux procédures d'appel d'offres organisées au titre de la directive européenne sur les services spéciaux, on se reportera entre autres à la décision du 7 novembre 2017, Vojens Taxi et Servicetrafik ApS contre Midttrafik, Sydtrafik et Fynbus.

*Décision du 27 avril 2017, Tolkegruppen Oversættergruppen P/S contre la municipalité de Copenhague*

*Selon l'attestation de service délivrée par la Direction générale danoise de l'Industrie et du Commerce (Erhvervsstyrelsen), un soumissionnaire n'était pas visé par le motif d'exclusion « Procédure collective », cf. article 137, al. 1<sup>er</sup>, n° 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, al. 4, sous b, de la directive 2014/24/UE). En outre, la commission des recours a rappelé qu'une entité adjudicatrice était uniquement tenue de contrôler les informations contenues dans une offre etc. dans la mesure où il existait, pour elle, des circonstances justifiant tout particulièrement un tel contrôle, cf. 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'appel d'offres portait sur la conclusion d'un accord-cadre avec plusieurs fournisseurs en vue de la livraison de services d'interprétation. Le recours portait sur la conformité de l'une des offres sélectionnées. La commission des recours a déclaré que conformément au cahier des charges, les autorités municipales s'étaient procuré une attestation de service auprès de la Direction générale danoise de l'Industrie et du Commerce (Erhvervsstyrelsen), qui prouvait que le soumissionnaire retenu n'était pas visé par le motif d'exclusion « Procédure collective », cf. article 137, al. 1<sup>er</sup>, n° 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, al. 4, sous b, de la directive 2014/24/UE). La méthode était conforme à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, n° 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, al. 4, sous b, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 153, al. 1<sup>er</sup>, n° 2, de ladite loi (article 60, al. 2, sections 1 et 2 de ladite directive) et aux travaux préparatoires y afférents qui partent expressément du principe qu'une attestation de service délivrée par la Direction générale, entre autres, peut servir de preuve.

En outre, le recours cherchait à déterminer si les autorités municipales étaient tenues de procéder à d'autres contrôles qui, selon le requérant, auraient montré que le soumissionnaire retenu n'était pas en mesure de fournir le nombre d'interprètes nécessaires. La commission des recours a déclaré qu'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 devait *en cas de doute* vérifier concrè-

tement les informations et les documents joints à une candidature ou à une offre. Les motifs 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) ne comprennent pas d'autres éléments d'interprétation concernant le fond des dispositions en question. Les dispositions doivent être vues en rapport avec la règle correspondante définie à l'article 164, al. 2, de ladite loi (article 67, al. 4, de ladite directive). Tant lesdites dispositions que la jurisprudence partent du principe qu'une offre doit être évaluée sur la base de son propre contenu, cf. notamment la décision rendue par la commission des recours le 28 mars 2007 dans l'affaire Fujitsu Siemens Computers A/S contre le ministère danois des Finances et SKI. 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.

En outre, la commission des recours a précisé qu'en complément de l'*obligation* de contrôler les informations en présence de telles circonstances, en vertu de l'article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, al. 3, de la directive 2014/24/UE), l'entité adjudicatrice avait la possibilité *facultative* d'inviter un soumissionnaire à compléter, clarifier ou préciser sa candidature ou son offre. À cela s'ajoute la jurisprudence européenne concernant la possibilité pour l'entité adjudicatrice de se procurer des informations complémentaires, cf. notamment l'arrêt de la Cour de justice européenne du 10 octobre 2013, Manova contre ministère danois de l'Éducation nationale, et la décision de la commission des recours du 10 mars 2010 dans la même affaire (rapport annuel 2013 de la commission, page 21 et suivantes). La décision de l'entité adjudicatrice concernant la demande d'informations et de documents complémentaires auprès d'un candidat ou soumissionnaire présente, de par sa nature et selon le libellé 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) et de l'article 164, al. 2, de ladite loi (article 67, al. 4, de ladite directive), un caractère discrétionnaire. Son appréciation ne pouvant pas se substituer à celle de l'entité adjudicatrice, la commission des recours peut uniquement vérifier si les limites applicables à une telle décision ont été dépassées, cf. en outre la décision prise par la commission des recours le 10 février 2017 dans l'affaire Viking Medical Scandinavia ApS et al. contre Amgros I/S.

Concrètement, rien n'a permis à la commission des recours de supposer que les autorités municipales eussent été tenues de contrôler les informations contenues dans l'offre soumise par l'entreprise retenue. Aussi, le requérant a-t-il été débouté de sa demande sur ce point aussi. S'agissant de l'octroi d'un effet suspensif, la décision rendue par la commission des recours est une décision intermédiaire. La commission ayant déclaré que le recours n'était pas justifié à première vue (*fumus boni juris*), le requérant s'est désisté une fois la décision prononcée.

*Décision du 7 août 2017, Danske Færger A/S contre le ministère danois des Transports, de la Construction et des Logements*

*La commission des recours n'a fait pas droit à la demande du requérant concernant l'attribution d'un marché d'une valeur d'environ 3,7 milliards DKK portant sur la fourniture de services de transport maritime à l'île de Bornholm. Le soumissionnaire retenu, Mols-Linien, avait déclaré qu'il répondait à toutes les exigences minimales. La commission des recours a estimé que l'offre, qui présupposait notamment la transformation et la construction de ferries ainsi que la modification du plan*

*d'aménagement d'un port, était conforme au cahier des charges en ce qui concerne les points contestés.*

Le marché de fourniture de services de transport maritime à l'île de Bornholm a fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres organisée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux. Sa durée était de dix ans. Le critère d'attribution du marché était « l'offre la plus avantageuse économiquement ». Deux entreprises ont soumis une offre : Mols-Linien et Danske Færger A/S. Depuis de nombreuses années, Danske Færger A/S fournissait déjà les services de transport maritime concernés, notamment suite à un appel d'offres réalisé en 2009. Dans le cadre du recours, le requérant avait conclu, pour différents motifs, au rejet de l'offre soumise par Mols-Linien pour manque de conformité au cahier des charges. Vu l'ampleur et l'importance du recours, deux membres de la présidence de la commission des recours et deux experts ont été saisis.

Entre autres, la commission des recours a déclaré qu'une offre devait être évaluée sur la base de son propre contenu (cf. notamment la décision de la commission du 28 mars 2007, Fujitsu Siemens Computers A/S contre le ministère danois des Finances et SKI) et que l'entité adjudicatrice n'était tenue de contrôler les informations que s'il existait, pour elle, des circonstances justifiant tout particulièrement un tel contrôle. Il appartient à l'entité adjudicatrice de décider si elle peut ou doit, dans le cadre d'un appel d'offres, se procurer des informations et documents complémentaires auprès d'un candidat ou d'un soumissionnaire. De par sa nature, cette décision a un caractère discrétionnaire. Ne pouvant substituer son appréciation à celle de l'entité adjudicatrice, la commission des recours peut donc uniquement vérifier si les limites applicables à une telle décision ont été dépassées, cf. en outre la décision de la commission du 10 février 2017, Viking Medical Scandinavia ApS et al. contre Amgro I/S, et sa décision du 27 avril 2017, Tolkegruppen contre la municipalité de Copenhague. L'arrêt rendu par la Cour suprême du Danemark le 15 juin 2012 dans l'affaire Montaneisen GmbH contre les autorités côtières danoises (*Kystdirektoratet*) (UfR 2012.2952.H) a établi qu'une entité adjudicatrice était tenue de contrôler toutes les informations portées à sa connaissance après la décision d'attribution mais avant la conclusion d'un contrat et, le cas échéant, de réagir face auxdites informations. Pour peu que les informations ne soient reçues qu'après la conclusion du contrat, cette situation ne relève plus du droit relatif à la passation des marchés publics, mais du droit des contrats. Le cahier des charges en l'espèce ne laissait pas entendre qu'il existe à la date de soumission de l'offre des éléments prouvant que l'offre et les ferries offerts répondaient déjà à toutes les exigences définies dans les spécifications.

En outre, la commission a notamment déclaré que le fait qu'il existe des restrictions quant au nombre d'escales pouvant être faites dans le port d'Ystad et que Danske Færger A/S avait indiqué qu'il ne serait pas facile d'obtenir une dérogation pour un plus grand nombre d'escales dans le port, ne permet pas en soi de supposer que le ministère aurait dû rejeter l'offre soumise par Mols-Linien pour manque de conformité au cahier des charges. Il n'existe aucune règle générale exigeant d'un soumissionnaire qu'il possède déjà à l'heure de la soumission de son offre tous les permis et autorisations requis pour satisfaire aux exigences liées à un marché. Ainsi, le fait qu'il se soit avéré nécessaire pour Mols-Linien après l'attribution du marché d'introduire une demande de modification du plan d'aménagement pour le port de Rønne, ne veut pas dire que l'offre de Mols-Linien n'était pas

conforme au cahier des charges. À cet égard, la commission des recours a souligné, d'une part, que Mols-Linien avait indiqué dans son offre que toutes les exigences minimales seraient remplies ; d'autre part, que rien ne permettait de supposer à l'heure de la soumission de l'offre qu'une modification telle que celle mentionnée ne serait pas autorisée ; et, d'autre part encore, que rien ne permettait non plus à l'heure de la décision de la commission de supposer que la demande introduite serait rejetée. Ainsi, le requérant a été débouté de sa demande.

*Décision du 8 août 2017, Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation contre la Région Jutland-Central.*

*S'agissant de l'interprétation de l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, la commission des recours a déclaré que rien ne permettait juridiquement d'exiger dans un appel d'offres comme celui-ci que le degré de pente du modèle à points linéaire utilisé pour l'évaluation des offres dans le cadre du sous-critère économique soit indiqué dans le dossier d'appel d'offres.*

Le recours portait sur un appel d'offres organisé par les autorités régionales du Jutland-Central concernant l'achat d'appareils d'anesthésie. La Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation avait introduit le recours, car elle jugeait qu'il s'agissait d'une question de principe. Pour ces mêmes motifs, deux membres de la présidence de la commission des recours et deux experts ont été saisis. Le recours portait sur l'interprétation des dispositions centrales de l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, selon lesquelles une entité adjudicatrice est tenue, dans le dossier d'appel d'offres, d'indiquer les critères d'attribution, de décrire la méthode d'évaluation et de préciser les éléments pris en compte lors de l'évaluation des offres.

Dans le cadre du recours, la Direction générale avait conclu au principal à la condamnation des autorités régionales pour avoir enfreint l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, en n'indiquant pas dans le dossier d'appel d'offres le degré de pente du modèle à points linéaire utilisé pour l'évaluation des offres en ce qui concerne le sous-critère économique. Au subsidiaire, la Direction générale avait conclu à la condamnation des autorités régionales pour avoir enfreint ledit article en ne fournissant pas dans le dossier d'appel d'offres des informations suffisantes sur la manière dont elles évalueraient les offres en ce qui concerne le sous-critère économique. Entre autres, la Direction générale a invoqué qu'il découlait du libellé de l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, des considérations téléologiques et des préalables de la loi danoise sur la passation des marchés publics que l'entité adjudicatrice était tenue de préciser le degré de pente. À l'opposé, les autorités régionales du Jutland-Central ont fait valoir que l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, n'impliquait aucune obligation de préciser, pour l'utilisation de modèles à points linéaires, le degré de pente sous la forme d'un pourcentage concret ou de deux valeurs concrètes à interpoler. Dans sa décision, la commission des recours n'a pas donné gain de cause à la Direction générale.

La commission a déclaré que l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics ne portait pas transposition de la directive européenne, mais était une règle purement danoise. La loi danoise sur la passation des marchés publics ne précise pas ce qui doit être entendu par « la méthode d'évaluation ». En outre, la jurisprudence (ultérieure) de la Cour de justice européenne n'a pas confirmé que les motifs de l'article en question exigeraient qu'en vertu de la directive euro-



péenne sur les marchés publics, il existe pour la transparence préalable des évaluations des exigences plus strictes que celles découlant de la jurisprudence de la commission des recours danoise. Ainsi, l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, ne doit pas être interprété au-delà de ce que garantissent son libellé et ses motifs.

Dès lors, la commission des recours a rappelé les motifs de l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, selon lesquels l'entité adjudicatrice est tenue de décrire la systématique utilisée pour évaluer les offres en vue d'identifier l'offre la plus avantageuse économiquement, d'une part, et le but d'une méthode d'évaluation définie au préalable est notamment de garantir que l'entité adjudicatrice ne dispose pas d'une liberté inconditionnée de choix lors de l'évaluation, d'autre part. Selon les motifs de l'article, le but consiste en outre à garantir que les soumissionnaires disposent de la base nécessaire pour déterminer s'ils souhaitent affecter des ressources à l'élaboration d'une offre et pour optimiser leurs offres. Enfin, il ressort des motifs que le but est de garantir que les soumissionnaires ont de meilleures possibilités pour contrôler la manière dont l'entité adjudicatrice évalue les offres.

Les autorités régionales avaient indiqué qu'elles utiliseraient un modèle à points linéaire, que le point maximum serait attribué au prix offert le plus bas et que zéro point serait attribué à l'offre dont le prix dépasserait de « xx % » le prix offert le plus bas. De même, elles avaient indiqué que lors de la fixation du pourcentage à utiliser pour le calcul du point zéro, elles prendraient en compte le niveau de prix attendu préalablement au délai des offres et la variabilité des prix effectivement reçus, corrigés de tout prix anormalement bas ou anormalement haut. Par conséquent, les autorités n'étaient pas en mesure de déterminer le degré de pente du modèle à points linéaire avant qu'elles ne connaissent le contenu et la répartition des offres.

La méthode d'évaluation déterminée et décrite n'a pas laissé aux autorités régionales une liberté inconditionnée de choix lors de l'évaluation. Par ailleurs, on ne voit pas clairement comment l'indication d'un degré de pente donné (éventuellement sous la forme d'un degré de pente secondaire ou tertiaire) dans un modèle d'évaluation linéaire offrirait aux soumissionnaires potentiels possédant des connaissances sur le marché un meilleur moyen de déterminer s'ils souhaitent soumettre une offre ou optimiser une telle offre, autre que la description de la méthode d'évaluation fournie par les autorités régionales et prévoyant une pondération du prix de 35 %. Pour tout sous-critère économique, il convient manifestement de supposer que le principe de base suivi par un soumissionnaire quelconque est de ne pas soumettre une offre trop chère. Enfin, les soumissionnaires avaient parfaitement eu la possibilité de contrôler que les autorités régionales avaient respecté la méthode d'évaluation déterminée dans le cahier des charges. Dès lors, la commission de recours a déclaré ce qui suit : « Par conséquent, rien dans l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics ne permettait juridiquement d'exiger, comme le veulent les conclusions 1, dans un appel d'offres comme celui-ci que le degré de pente du modèle à points linéaire utilisé pour l'évaluation des offres dans le cadre du sous-critère économique soit indiqué dans le dossier d'appel d'offres ».

La Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation a ensuite, sur la base de la décision de la commission des recours, révisé ses directives concernant les méthodes d'évaluation.

*Décision du 9 novembre 2017, C.F. Møller A/S contre la Région Capitale c/o Nyt Hospital et Ny Psykiatri Bispebjerg ainsi que COWI A/S, Nordic Office of Architecture et AART architects A/S contre la Région Capitale c/o Nyt Hospital et Ny Psykiatri Bispebjerg*

En application de l'article 31, n° 3, de l'ancienne directive sur les marchés publics (2004/18), les autorités de la Région Capitale ont, suite à un concours préalable, organisé une procédure d'appel d'offres négociée concernant la construction d'un bâtiment à l'hôpital de Bispebjerg. Les trois vainqueurs du concours désignés par les autorités régionales ont soumis des offres conformes au cahier des charges, après quoi trois réunions de négociation ont été organisées avec chacun des trois soumissionnaires. Le critère d'attribution était « l'offre la plus avantageuse économiquement » avec les sous-critères « Projet », « Organisation et effectif » et « Rémunération » assortis à quatre sous-critères équivalents donnés. L'évaluation devait être réalisée par des représentants de la direction de l'hôpital avec la participation d'un conseiller en chef assisté de trois conseillers adjoints et d'un secrétaire externe.

Sur la base d'un projet rédigé par les conseillers adjoints juste avant les vacances d'été 2015, le conseiller en chef a remis deux projets d'évaluation dans lesquels l'offre de C.F. Møller était désignée comme l'offre la plus avantageuse économiquement. Au cours des semaines suivantes, la direction, assistée du conseiller en chef, a procédé à cinq « évaluations numériques », après quoi une évaluation finale a été réalisée, toujours sans l'assistance des conseillers adjoints. Le consortium dont l'offre avait été considérée comme la moins intéressante à la suite des premières évaluations a été considéré comme le plus intéressant au cours de la dernière phase, alors que les offres des deux autres soumissionnaires ont été considérées comme étant à égalité. Les conseillers adjoints ont décliné toute responsabilité dans le cadre de cette évaluation, qui a ensuite servi de base à la décision d'attribution prise par les autorités régionales.

Les deux soumissionnaires évincés ont saisi la commission des recours qui a établi que l'évaluation du projet de l'un des requérants par les autorités régionales était contraire au cahier des charges et que l'un des conseillers adjoints de l'entité adjudicatrice devait être jugé partial du fait de ses relations entretenues avec l'un des membres du consortium retenu. De plus, la commission des recours a estimé que l'entité adjudicatrice avait agi en violation du principe d'égalité de traitement et de transparence en attribuant, lors de l'évaluation, une pondération négative à un élément, bien qu'il convienne d'admettre que l'entité adjudicatrice avait, lors de l'évaluation réalisée dans le cadre du concours, indiqué que cet élément devrait être vérifié et qu'elle avait laissé entendre lors des réunions de négociation avec le soumissionnaire en question que l'élément avait été vérifié. Lors de son examen des preuves produites, la commission a notamment souligné que l'entité adjudicatrice avait omis, contrairement au cahier de charges, de rédiger des procès-verbaux des réunions de négociation. À cet égard, la commission de recours a déclaré que dans la mesure où elle avait attendu d'évaluer la dernière offre d'un soumissionnaire pour changer la pondération d'un élément contraire à une déclaration antérieure, l'entité adjudicatrice ne pouvait, sans bafouer le principe de transparence, s'appuyer sur cette nouvelle pondération. De plus, selon les circonstances, une telle situation peut, en application du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, empêcher totalement l'entité adjudicatrice de prendre une décision d'attribution, à moins que la mise en concurrence ne

soit rouverte et que l'entité adjudicatrice ne remédie à la confusion jetée dans l'esprit du ou des soumissionnaires concernés. Après avoir minutieusement examiné les preuves produites, la commission des recours a en outre estimé que les négociations organisées par les autorités régionales et leur groupe d'évaluation comptaient la participation de personnes qui, dès le début, avaient déjà une idée du soumissionnaire qu'elles souhaitaient voir gagner, ce qui à ce stade était tendancieux. Ainsi, lors des négociations, les soumissionnaires n'ont pas été traités à égalité et le résultat des évaluations a été influencé de manière tendancieuse. À cet égard, l'entité adjudicatrice avait donné avant une réunion de négociation au soumissionnaire retenu des informations concernant les éléments de critique qui seraient abordés lors de la réunion. Par conséquent, la commission des recours a annulé la décision d'attribution.

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

*Décision du 9 janvier 2017, Abena A/S contre l'État danois et Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)*

*Le requérant, qui dénonçait le fait que, dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits, l'entité adjudicatrice ait selon les informations du requérant utilisé des estimations de consommation erronées lors de l'évaluation des offres sur la base du sous-critère « Prix », a été débouté de sa demande (et ce, bien que les informations en question aient permis d'obtenir de meilleures estimations), car l'entité adjudicatrice ne possédait pas et n'était pas censée posséder les informations du requérant sur les anciennes consommations.*

Le recours portait sur un marché de fourniture d'un assortiment de produits en application de l'ancienne directive sur les marchés publics (2004/18/CE). Le marché en question visait la conclusion d'un accord-cadre pour la fourniture d'articles de soins destinés principalement au secteur municipal de la santé. S'agissant du sous-critère « Prix », les offres ont été évaluées sur la base du prix offert par produit, où la pondération des différentes lignes de produits dépendait de la « consommation globale estimée des clients » qui « se basait sur les données historiques et la consommation attendue » pour les différents produits. Les informations concernant les estimations de consommation étaient indiquées dans le cahier des charges. Au terme de la procédure d'appel d'offres, un soumissionnaire évincé a fait valoir que SKI avait bafoué les principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de la directive ainsi que les dispositions de l'article 53, en ce sens que le modèle d'évaluation des prix ne convenait pas pour identifier l'offre la plus avantageuse économiquement vu qu'il reposait sur des estimations de consommation qui n'étaient pas réalistes. À l'appui de son recours, le requérant a rappelé que selon les estimations de consommation indiquées pour les différents produits, une consommation de 0 ou 1 produit était attendue durant la période contractuelle, alors que le requérant avait déjà vendu une quantité non négligeable des produits en question au Danemark. Pour une série d'autres produits, le requérant a fait valoir, en référence aux ventes opérées par la société auprès de 16 des 54 municipalités affiliées et à des informations obtenues auprès d'autres fournisseurs, que les estimations indiquées étaient largement trop basses ou trop élevées.

Le requérant n'a pas obtenu gain de cause. À cet égard, la commission a déclaré que la directive sur les marchés publics ne comprenait pas de règles concernant les exigences imposées à la base fac-

tuelle (dont les contrôles spéciaux) sur laquelle s'appuient les entités adjudicatrices pour indiquer des estimations de consommation attendues dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits comme celui-ci. Les informations prises en compte par SKI, telles que les contributions et les expériences d'un groupe de projet mis sur pied, n'étaient pas tendancieuses. SKI ne possédait pas et n'était pas censée posséder les informations correspondant à celles produites par Abe-na dans le cadre du recours. Aussi ces informations étaient-elles sans importance pour le recours, même si elles donnaient à penser qu'elles auraient pu permettre d'obtenir de meilleures estimations. De manière générale, la question de savoir si, professionnellement parlant, l'entité adjudicatrice a commis une erreur dans ses estimations en partant du principe qu'elle pourrait substituer certaines lignes de produits à d'autres et que cela pourrait influencer sur la consommation, ne relève pas du droit des marchés publics. Rien ne laissait à penser que les estimations utilisées visaient à avantager l'un des soumissionnaires ou s'appuyaient, au demeurant, sur des considérations tendancieuses. Force était donc de constater que les estimations utilisées étaient les meilleures estimations de SKI concernant la consommation attendue. Le modèle d'évaluation convenait donc pour identifier l'offre la plus avantageuse économiquement. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que les soumissionnaires supposés avoir de meilleures connaissances sur la consommation attendue aient eu la possibilité d'optimiser leurs offres.

*Décision du 18 mai 2017, Scan Office A/S contre la Direction générale de la Modernisation*

*Mise en concurrence aux termes de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics d'un accord-cadre avec trois opérateurs portant sur la livraison de meubles et d'autres biens et attribué sur la base du critère « Prix ». Aucun critère d'attribution qualitatif n'avait été défini, en ce sens que toutes les exigences étaient des exigences minimales. Il n'était pas 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) qu'il suffise pour les soumissionnaires de déclarer que les exigences minimales seraient remplies sans joindre de moyens de preuve. Une attestation de service a servi à prouver qu'un candidat n'était pas visé par les motifs d'exclusion (cf. article 153, al. 1<sup>er</sup>, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics [article 60, al. 2, points 1 et 2, de la directive 2014/24/UE]), et rien ne justifiait que cette information soit contrôlée (cf. article 159, al. 3, de ladite loi [article 56, al. 1<sup>er</sup> et 3, de ladite directive]).*

Une vaste procédure d'appel d'offres, lancée aux termes de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et portant sur un accord-cadre visant l'achat de meubles destinés à des établissements publics et autres, avait été organisée de telle sorte que le critère d'attribution était le « Prix » et que toutes les exigences imposées aux produits offerts étaient des exigences minimales devant être remplies. Les exigences minimales étaient réparties en exigences minimales communes pour tous les produits offerts, en exigences liées à l'environnement, aux conditions de travail et à la consommation énergétique, et en exigences minimales spécifiques pour chacun des produits offerts. À titre d'offre, les soumissionnaires devaient uniquement transmettre une annexe de prix dûment complétée, un formulaire DUME dûment complété et une lettre d'accompagnement générée automatiquement avec une mention indiquant que le soumissionnaire confirmait qu'il répondait à toutes les exigences minimales. Un soumissionnaire, dont le prix offert était très proche du prix des trois soumissionnaires retenus, a dénoncé le fait qu'il n'avait pas été possible pour la Direction générale

de la Modernisation de contrôler si les exigences minimales étaient remplies, et a précisé que la Direction générale n'avait pas cherché à savoir si les offres étaient conformes au cahier des charges et qu'elle n'avait pas la possibilité de réaliser une vérification concrète, cf. article 164, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 67, al. 4, de la directive 2014/24/UE) et article 159, al. 2 et 3, de ladite loi (article 56, al. 1<sup>er</sup> et 3, de ladite directive).

La commission des recours a déclaré que la Direction générale avait été en droit de ne pas définir de critères d'attribution qualitatifs et de choisir à la place de s'assurer de la qualité des produits en définissant uniquement des exigences minimales. La question de savoir si une exigence minimale qu'un soumissionnaire prétend remplir dans son offre est bel et bien remplie relève a priori du droit contractuel. La commission des recours a fait remarquer que les prix offerts ne différaient que légèrement les uns des autres et ne laissaient donc pas entendre que l'une des offres ne réponde pas aux exigences minimales définies. Le principe d'effectivité n'implique pas non plus que l'entité adjudicatrice soit, d'avance, tenue à faire en sorte qu'il soit possible de contrôler, à l'heure d'une offre, si les exigences minimales seront bel et bien remplies à la livraison. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que le requérant ait indiqué que selon l'usage dans le secteur, personne ne réagissait en cas de livraisons non conformes à des cahiers de charges.

Par ailleurs, le requérant a conclu à la condamnation de la Direction générale pour avoir agi contrairement à l'article 151, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 59, al. 4 et 5, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 159, al. 2, de ladite loi (article 56, al. 1<sup>er</sup> et 3, de ladite directive) en ne s'étant pas procuré les preuves nécessaires pour s'assurer que deux des soumissionnaires retenus n'étaient pas visés par les motifs d'exclusion obligatoires, étant entendu qu'il manquait des informations concernant certains membres étrangers de leurs conseils d'administration. En référence à l'article 159, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, al. 3, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 164, al. 2, de ladite loi (article 67, al. 4, de ladite directive) et à la jurisprudence de la commission des recours au regard de l'article 159, al. 5, de ladite loi (article 56, al. 3, de ladite directive), la commission des recours a déclaré que l'entité adjudicatrice n'était tenue de contrôler les informations que s'il existait, pour elle, des circonstances justifiant tout particulièrement un tel contrôle. Après avoir reçu les attestations de service et autres documents, la Direction générale n'avait pas eu de raison (et n'était donc pas tenue) de se procurer des informations complémentaires. Ainsi, la commission a débouté le requérant de sa demande à tous points de vue.

*Décision du 3 octobre 2017, Oluf Brønnum & Co. A/S contre la municipalité de Copenhague*

*L'entité adjudicatrice n'avait pas violé l'article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, al. 3, de la directive 2014/24/UE) en se procurant auprès du soumissionnaire retenu des documents sur les spécifications techniques des produits offerts, car cela n'avait pas donné lieu à un changement de l'offre ni à la soumission d'une nouvelle offre. En revanche, il n'a pas été possible de demander au requérant de « compléter, clarifier ou préciser » son offre qui, de toute évidence, n'était pas conforme au cahier des charges. Les conclusions visant à l'annulation du contrat conclu (cf. article 185, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics) ont été rejetées.*

Les autorités municipales ont lancé, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, un appel d'offres visant la livraison de gros matériel de cuisine, etc. Un requérant, dont l'offre avait été rejetée pour manque de conformité au cahier des charges, a fait valoir que l'offre du soumissionnaire retenu n'était pas conforme au cahier des charges, car elle ne répondait pas à plusieurs exigences minimales. Les autorités municipales ont ensuite demandé à ce que l'offre retenue soit clarifiée d'un point de vue technique, cf. article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, al. 3, de la directive 2014/24/UE). La commission des recours a estimé qu'à cet égard, aucun nouveau produit n'avait été offert et qu'une nouvelle offre n'avait été soumise. Rien ne permettait donc d'admettre les conclusions du requérant selon lesquelles l'offre retenue n'avait pas été correctement évaluée. Le fait que les autorités municipales n'aient pas demandé une clarification technique semblable de l'offre du requérant, laquelle n'était pas conforme au cahier des charges, ne constituait pas une violation du principe d'égalité de traitement, cf. 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). Les conclusions du requérant visant à condamner les autorités municipales à résilier le contrat conclu ont été rejetées, car il n'était pas dans l'intérêt légitime du requérant qu'il soit établi que les autorités municipales devaient, le cas échéant, suivre les dispositions applicables.

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

*Décision intermédiaire du 21 avril 2017, Den selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal contre la municipalité de Ringkøbing-Skjern*

*La condition d'urgence était remplie et la balance des intérêts penchait donc dans le sens du requérant. Toutefois, la condition de justification à première vue (fumus boni juris) n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.*

Les autorités municipales ont lancé, 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), un appel d'offres concernant l'exploitation d'une piscine publique. Il était question d'un « appel d'offres inversé », c.-à-d. que le contrat serait attribué au soumissionnaire qui répondaient au mieux aux exigences des autorités municipales dans les limites des subventions d'exploitation annuelles de 1,4 million DKK. Deux offres ont été soumises et le marché n'a pas été attribué au requérant qui, jusqu'ici, avait assuré l'exploitation de la piscine. Le requérant, qui avait eu plusieurs litiges avec les autorités municipales, a notamment fait valoir qu'un accord avait d'avance été conclu avec le soumissionnaire retenu. La commission des recours n'a pas octroyé l'effet suspensif, car rien ne portait à croire que la décision d'attribution serait annulée. La condition de justification à première vue (fumus boni juris) n'était donc pas remplie. La conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que la condition d'urgence était remplie et que la balance des intérêts penchait donc dans le sens du requérant. Dans la décision définitive prononcée le 18 août 2017, le requérant a uniquement obtenu gain de cause sur un point qui ne pouvait pas déboucher sur une annulation.

*Décision intermédiaire du 26 juin 2017 et décision du 23 août 2017, Eltel Networks A/S contre la Région Danemark Sud*

*La commission des recours a octroyé un effet suspensif au recours, car il était envisageable que le requérant obtienne gain de cause concernant ses allégations selon lesquelles les autorités régionales avaient préféré au modèle d'évaluation défini un modèle basé, pour une partie de la livraison, sur la gamme de produits actuelle livrée par les fournisseurs plutôt que sur la liste de produits indiquée dans le cahier des charges, et il existait ainsi un *fumus boni juris* particulièrement sérieux tel que la condition relative à l'urgence a été assouplie conformément à la jurisprudence de la Cour de justice européenne.*

En mars 2017, les autorités de la Région Danemark Sud ont lancé, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, un appel d'offres concernant un marché visant l'exploitation, l'entretien etc. d'un système de téléphonie. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix. S'agissant du sous-critère économique (pondération : 45 %), un sous-critère n° 5 avait notamment été défini (pondération : 25 %) concernant la rémunération liée à la maintenance des logiciels et à l'assistance-matériel. Selon le dossier d'appel d'offres, le sous-critère impliquait en réalité que les pourcentages de remise sur le matériel et le logiciel devaient être indiqués dans une annexe au contrat. Dans le dossier d'appel d'offres, la méthode d'évaluation pour le sous-critère en question était décrite de telle sorte que les autorités régionales calculeraient, sur la base d'une liste de produits reproduite dans une annexe au cahier des charges et des catalogues de produits actuels avec tarifs standard de leurs fournisseurs de matériel et de logiciel, les prix standards partiels et globaux des fournisseurs, puis les prix partiels et globaux de chacun des soumissionnaires à partir des pourcentages de remise offerts. Lors de l'évaluation, les autorités régionales n'ont toutefois pas appliqué la méthode d'évaluation décrite dans le dossier d'appel d'offres. Au lieu de se baser sur la liste des produits reproduite dans l'annexe, les autorités ont mis à jour la gamme de produits avec l'assistance de leur fournisseur principal. Ensuite, elles ont calculé (à partir des prix actuels du fournisseur principal) un prix global pour la gamme de ce dernier, puis elles ont calculé sur la base des remises offertes pour chacun des soumissionnaires les prix partiels et globaux offerts comme décrit dans le cahier des charges. Une méthode similaire basée sur une mise à jour de la liste des produits a, selon les informations disponibles, également été appliquée pour les autres produits. Le fournisseur actuel, Eltel Networks A/S (ci-après « Eltel »), qui ne s'est pas vu attribuer le marché, a introduit un recours durant le délai suspensif en dénonçant notamment que le dossier d'appel d'offres manquait de transparence et n'était pas valable.

La commission de recours a octroyé l'effet suspensif au recours. Elle a provisoirement estimé que la méthode d'évaluation avait été modifiée, ce qui était supposé être contraire au principe de transparence et d'égalité de traitement défini 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 160, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi. En outre, il était envisageable que la demande d'annulation d'Eltel soit admise. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie. Selon les informations disponibles sur l'ampleur et l'importance pour Eltel du marché mis en concurrence, il était prouvé qu'Eltel souffrirait de graves pertes si l'effet suspensif n'était pas octroyé. Après avoir globalement évalué la nature de la viola-

tion, la commission des recours a également estimé qu'il existait un *fumus boni juris* particulièrement sérieux tel qu'il y avait lieu d'assouplir la condition relative à l'urgence, cf. le principe établi dans l'arrêt rendu par la Cour de justice européenne le 23 avril 2015 dans l'affaire C-35/15 P(R), Vanbreda.

La présente décision de la commission des recours est la première dans le cadre de laquelle elle a assoupli la condition d'urgence conformément à l'arrêt rendu par la Cour de justice européenne dans l'affaire Vanbreda. Cette condition est assouplie lorsque le recours est introduit durant le délai de suspension avant la conclusion d'un contrat, dans les cas où la violation est particulièrement grave. Dans plusieurs décisions intermédiaires non publiées, qui sont antérieures à la décision prononcée dans l'affaire Eltel, la commission des recours n'a pas octroyé l'effet suspensif à des recours introduits durant le délai de suspension au motif que les violations éventuelles n'étaient pas supposées être particulièrement graves au vu des informations disponibles. Après l'octroi de l'effet suspensif au recours, les autorités régionales ont annulé la décision d'attribution et réalisé une nouvelle évaluation - cette fois, selon la méthode indiquée dans le cahier des charges, c.-à-d. sur la base de la liste de produits reproduite dans l'annexe. La nouvelle évaluation a abouti au même résultat que la première. Eltel a alors introduit un recours durant le délai de suspension de la nouvelle décision d'attribution et conclu à l'annulation de celle-ci. Dans sa décision du 23 août 2017, la commission des recours a rendu une décision au fond plutôt que de se prononcer une nouvelle fois sur l'effet suspensif. Dans cette décision au fond, Eltel n'a obtenu gain de cause que dans une mesure très limitée en ce qui concerne le manque de clarté etc. du dossier d'appel d'offres qu'il dénonçait, et la violation constatée n'a pas donné lieu à l'annulation de la nouvelle décision d'attribution.

*Décision intermédiaire du 11 juillet 2017, EnviDan A/S og SUEZ Water A/S contre Assens Spildevand A/S*

La commission des recours avait provisoirement estimé que l'entité adjudicatrice n'avait pas prouvé qu'un marché visant l'établissement d'une station d'épuration pouvait être attribué sans mise en concurrence au titre de la disposition dérogatoire visée à l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) et concernant les marchés de services de recherche et de développement, étant entendu que la commission estimait que des échanges de mémoires supplémentaires étaient indispensables pour déterminer la force des arguments techniques avancés par les parties et des informations techniques produites. La condition d'urgence était remplie, puisque le recours portait sur un marché de gré à gré. La balance des intérêts penchait dans le sens du requérant, car toute entité adjudicatrice envisageant d'appliquer la disposition dérogatoire visée à l'article 22 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 14 de la directive 2014/24/UE) concernant les marchés de gré à gré et, dans le même temps, la procédure de publication préalable d'un avis de marché de gré à gré court à tout moment le risque qu'un recours soit introduit et qu'un effet suspensif soit octroyé à ce recours. La commission a octroyé l'effet suspensif au recours. La décision est décrite en détail à la section 2.2.1 « Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats ».

*Décision du 12 juillet 2017, Tieto Denmark A/S contre le groupe du ministère danois des Finances*



*Le requérant a dénoncé le fait que le ministère des Finances avait agi en violation des principes d'égalité de traitement de transparence en ayant annulé une procédure de mise en concurrence réduite et remis le service concerné en concurrence et en attribuant, dans le cadre de la remise en concurrence, le marché à un soumissionnaire qui avait soumis une offre anormalement basse. Il n'y avait pas lieu de scinder le recours en deux parties, de manière à traiter individuellement les conclusions déposées contre la première et la deuxième procédures d'appel d'offres. Un recours a été introduit contre la décision d'attribution prise dans le cadre de la remise en concurrence, après quoi le ministère a révoqué l'attribution et pris une nouvelle décision d'attribution. Le requérant, qui, après l'annulation de la première décision d'attribution, avait retiré plusieurs de ses conclusions à l'encontre de celle-ci, a indiqué après l'expiration du délai de suspension de la deuxième décision d'attribution du ministère qu'il souhaitait « maintenir » ses conclusions antérieures, quoique à l'encontre de la deuxième décision d'attribution désormais. La commission des recours a jugé que les conclusions avaient été déposées après le délai suspensif.*

Le 12 octobre 2016, le ministère des Finances avait lancé une procédure de mise en concurrence réduite (premier appel d'offres) dans le cadre d'un accord-cadre SKI entré en vigueur le 4 novembre 2013. L'appel d'offres avait ainsi été organisé au titre de la directive 2004/18/CE (ancienne directive sur les marchés publics). Le 22 décembre 2016, le ministère a annulé l'appel d'offres. Le 23 février 2017, le ministère a remis en concurrence le marché (deuxième appel d'offres). Le 31 mars 2017, le ministère des Finances a annoncé aux soumissionnaires qu'entre eux avait soumis l'offre la plus avantageuse économiquement. Toutefois, l'attribution a été révoquée le 27 avril 2017 « suite à une erreur dans l'évaluation des offres ». Préalablement à l'annulation le 27 avril 2017, la société Tieto Denmark A/S avait introduit un recours auprès de la commission des recours. Le 23 mai 2017, le ministère a pris une nouvelle décision d'attribution. Préalablement au 27 avril 2017, le recours avait été formé de telle sorte que les conclusions 1 à 3 avaient été déposées au principal et les conclusions 4 à 7 au subsidiaire. Chacun des deux groupes de conclusions portaient sur l'un des appels d'offres. Le ministère a demandé à la commission de recours de scinder le recours, de manière à considérer les conclusions 1 à 3 comme un premier recours et les conclusions 4 à 7 comme un second. Le 28 avril 2017, la commission a rejeté la demande de scission du ministère pour les motifs suivants : « *Le recours a été formé de telle sorte que les conclusions 1 à 3 ont été déposées au principal et les conclusions 4 à 7 au subsidiaire. Bien que les deux groupes de conclusions portent sur deux appels d'offres différents, il existe un lien entre eux en ce sens que les conclusions 4 à 7 portent sur un appel d'offres qui a été lancé dans le prolongement de l'annulation de l'appel d'offres visé par les conclusions 1 à 3. Dès lors, la commission ne voit pas de raison de scinder le recours. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que la question de l'octroi de l'effet suspensif relève, pour certaines des conclusions, de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours et, pour d'autres, de l'article 12, al. 2, de ladite loi. De même, les règles relatives aux dépens et à la taxe de recours ne permettent pas, elles non plus, de justifier la scission du recours* ».

Après l'annulation par le ministère de la décision d'attribution prise dans le cadre du deuxième appel d'offres, la société Tieto Denmark A/S a retiré les conclusions 4 à 7. De même, la demande d'octroi d'un effet suspensif au recours au titre de l'article 12, al. 2, de la loi sur la commission des recours a été annulée. Néanmoins, Tieto Denmark A/S a maintenu sa demande d'octroi d'un effet suspensif au

titre de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi. Dans sa décision du 16 mai 2017, la commission des recours a décidé de ne pas octroyer d'effet suspensif au recours au motif qu'elle ne pouvait pas ordonner au ministère de rouvrir la procédure d'appel d'offres annulée et que cela n'aurait donc pas de sens d'octroyer un effet suspensif au recours. En outre, rien ne portait à croire que Tieto Denmark A/S obtiendrait gain de cause. Après la prise d'une nouvelle décision d'attribution par le ministère le 23 mai 2017, Tieto Denmark A/S a indiqué qu'elle souhaitait désormais « maintenir » les conclusions 4 et 7 qu'elle avait abandonnées. Parallèlement, Tieto Denmark A/S a demandé qu'un effet suspensif soit désormais octroyé au recours au titre de l'article 12, al. 2, de ladite loi. Le 21 juin 2017, Tieto Denmark A/S a précisé que les conclusions 4 et 7 portaient désormais sur la décision d'attribution du 23 mai 2017 et pas sur la décision d'attribution du 31 mars 2017.

Dans sa décision du 30 juin 2017, la commission des recours a décidé qu'il n'y avait pas de raison d'octroyer un effet suspensif au recours. La décision a été prise en application de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours. À cet égard, la commission a notamment déclaré en référence à la décision du 25 janvier 2017, Euro Group contre la municipalité de Roskilde, que « *dans les cas où les conclusions déposées ne sont pas claires et univoques, il ne peut être question d'un recours au titre de l'article 12 de la loi sur la commission des recours en matière de marchés publics qu'à partir du moment où il existe un recours pouvant incontestablement justifier de l'ouverture de la procédure* ». Dès lors, s'agissant des conclusions 4 et 7, le recours a été considéré n'avoir été introduit que le 21 juin 2017. Estimant que la condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) n'était pas remplie, la commission n'a pas non plus octroyé d'effet suspensif dans cette décision.

Dans sa décision définitive du 12 juillet 2017, la commission des recours n'a pas non plus estimé qu'il y avait lieu de donner gain de cause au requérant sur les différents points revendiqués.

#### *Décision du 18 août 2017, Omada A/S contre la municipalité de Copenhague*

*Dans une décision intermédiaire, la commission des recours a estimé qu'il était envisageable que le requérant obtiendrait gain de cause quant à ses revendications dénonçant une violation de l'article 42 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, al. 4, de la directive 2014/24/UE) étant donné que les autorités municipales de Copenhague avaient exigé qu'un système IGA mis en concurrence soit basé sur un logiciel spécifique sans que les conditions y afférentes ne soient remplies. Toutefois, le requérant n'avait pas conclu à l'annulation de la décision d'attribution et la condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) ne pouvait donc pas être considérée comme remplie. Dès lors, la commission des recours n'a pas octroyé d'effet suspensif au recours.*

En mai 2017, les autorités municipales de Copenhague avait mis en concurrence sous la forme d'une procédure réduite dans le cadre d'un accord-cadre SKI sur un logiciel standard compatible avec le logiciel SAP un marché visant l'achat d'un système IGA (Identity Governance & Administration), c.-à-d. un système de gestion d'accès etc. pour chacun de ses employés. Selon le cahier des charges, les offres devaient se baser sur un logiciel de la marque Sailpoint. L'entité adjudicatrice n'avait pas donné la possibilité de soumettre des offres avec des produits similaires. Une seule offre a été soumise et les autorités municipales ont décidé de conclure un contrat avec le soumissionnaire en question. Omada était le fournisseur d'un autre système IGA basé sur un logiciel d'une autre marque que Sail-

point et a introduit un recours durant le délai de suspension en concluant à la condamnation des autorités municipales pour avoir violé l'article 42 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, al. 4, de la directive 2014/24/UE) en exigeant une marque spécifique (Sailpoint). Dans le cadre de la procédure de mise en concurrence réduite, Omada s'était déjà adressée aux autorités municipales et indiqué que, selon elle, l'exigence spécifique du logiciel Sailpoint était une violation des règles en matière de marchés publics.

La commission des recours a provisoirement estimé que les autorités municipales n'avaient pas prouvé que les conditions requises pour indiquer une marque spécifique en vertu de l'article 42, al. 2, de ladite loi (article 42, al. 4, de ladite directive) étaient remplies. L'exigence spécifique du logiciel Sailpoint par les autorités municipales semblait davantage reposer sur des considérations d'opportunité que sur le fait qu'il ne serait pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible du système IGA souhaité. En outre, les autorités municipales avaient déjà violé l'article 42, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, al. 4, de la directive 2014/24/UE) en ne donnant pas la possibilité d'offrir un logiciel « similaire ». Néanmoins, la condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) n'était pas remplie, en ce sens que Omada n'avait pas conclu à l'annulation de la décision d'attribution, cf. article 10, al. 1, point 2, de la loi sur la commission des recours. Lors de l'envoi de sa décision, la commission des recours a souligné qu'à la lumière de sa décision, Omada était susceptible de demander l'annulation et a rappelé à cet égard l'article 185, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés. Dès lors, les autorités municipales ont annulé la procédure de mise en concurrence réduite.

*Décision du 25 septembre 2017, Tømrer- og Snedkermester Børge Nielsen A/S et al. contre la municipalité de Hillerød*

*La décision des autorités municipales d'annuler un appel d'offres pour la fourniture de services d'artisan n'a pas déclenché un délai de suspension. Les autorités municipales n'étant pas en mesure de conclure un contrat sur la base de l'appel d'offres annulé, il n'y avait pas lieu non plus d'octroyer un effet suspensif au recours. Le recours contre la décision d'annulation des autorités était injustifié.*

Les autorités municipales avait mis en concurrence selon la procédure restreinte au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics une série d'accords-cadres portant sur différents services d'artisan. Après avoir reçu les offres, les autorités municipales ont annulé l'appel d'offres. Trois des soumissionnaires ont introduit un recours contre cette annulation et demandé l'octroi d'un effet suspensif, cf. article 12, al. 2, de la loi sur la commission des recours.

Les soumissionnaires ont notamment dénoncé le fait que l'annulation de l'appel d'offres n'était pas objectivement justifiée. En référence à l'arrêt de la Cour de justice européenne dans les affaires C-92/00, *Hospital Ingenieure*, et C-244/02, *Kauppatalo Hansel OY*, la commission des recours a déclaré qu'il n'y avait pas lieu d'établir que les autorités avaient agi en violation des dispositions de base du traité ou de manière autrement tendancieuse en annulant l'appel d'offres. Aucune autorité publique lançant un appel d'offres n'est soumise à une obligation de contracter. À la réception du recours, la commission avait débouté le requérant de sa demande d'octroi d'un effet suspensif (cf. article 12, al. 2, de la loi sur la commission des recours) du fait que l'annulation de la procédure d'appel d'offres ne

pouvait déclencher pas un délai de suspension puisqu'aucune décision d'attribution du marché n'avait été prise. La commission des recours n'a pas non plus octroyé d'effet suspensif au recours au titre de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi étant donné que les autorités municipales avaient annulé la procédure d'appel d'offres et que celle-ci ne pouvait donc pas être arrêtée davantage puisqu'aucun contrat ne pourrait être conclu sur la base de l'appel d'offres annulé.

*Décision du 4 octobre 2017, Lekolar LEIKA A/S contre KomUdbud c/o municipalité de Randers*

*La décision d'attribution d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits a été annulée, car le modèle d'évaluation des prix qui n'avait pas été publié était inhabituel, ce que le requérant n'était pas censé prévoir. Les éléments produits par le requérant pour prouver les pertes liées aux frais de soumission inutilement pris en charge étant incomplets et les calculs étant incorrects, le montant de l'indemnité a été fixé sur la base d'une estimation.*

Un marché de fourniture d'un assortiment de meubles destinés à des établissements publics a fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres négociée sans publication préalable d'un avis de marché conformément à l'article 30, al. 1<sup>er</sup>, sous a, de l'ancienne directive sur les marchés publics (2004/18/CE), car aucune offre n'était conforme au cahier des charges. Lekolar LEIKA A/S (ci-après « Lekolar ») a obtenu gain de cause concernant le fait que le modèle d'évaluation utilisé était inhabituel et qu'il aurait donc dû être publié dans le cadre de l'appel d'offres. S'agissant du sous-critère « Prix », KomUdbud n'avait pas évalué les quantités estimées mais uniquement les 39 catégories de produits et avait appliqué un effet de levier. Ce faisant, KomUdbud avait créé une évaluation qui manquait totalement de transparence. La commission des recours a annulé la décision d'attribution de l'entité adjudicatrice (cf. La décision de la commission du 5 juillet 2016 et le chapitre 2 de son rapport annuel 2016). Lekolar a ensuite conclu à l'octroi d'une indemnité de 158 803,70 DKK en réparation du préjudice de confiance subi. La commission des recours a estimé que KomUdbud avait, par les violations des articles 2 et 53 de la directive sur les marchés publics constatées dans la décision du 5 juillet 2016, agi d'une manière mettant en cause sa responsabilité vis-à-vis de Lekolar. Vu la nature des violations, rien ne laissait supposer que le requérant avait ou aurait dû avoir connaissance des violations commises par KomUdbud avant de soumettre son offre. Dès lors, la commission des recours a estimé que le lien de causalité requis existait entre les violations commises par KomUdbud et les pertes subites par le requérant sous la forme des frais pris en charge pour la rédaction de l'offre. En référence, d'une part, au manque de preuves et à l'absence d'une méthode de calcul adéquate pour la consommation de temps et les tarifs horaires tant du personnel interne que du personnel externe et, d'autre part, au fait que les pertes de marge bénéficiaire ne sont pas remboursées, et, d'autre part encore, au fait qu'il n'a pas été prouvé que Lekolar avait démontré la moins-value des échantillons qui étaient toujours en sa possession, le montant de l'indemnité a été fixé sur la base d'une estimation à 50 000 DKK.

## 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.

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

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. Entre autres, les travaux préparatoires de l'article 37, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la transparence de l'administration (cf. observations particulières concernant le 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.* » Dès lors, 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 portent pas sur 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.

Décision rendue par la commission des recours le 21 septembre 2017 (réf. 17/01222) : une entreprise avait demandé aux autorités côtières danoises le droit d'accéder à des rapports de déchargement et à des factures concernant un remblayage de banc de sable à hauteur d'Årgab. Les autorités ont rejeté cette demande au motif que cela pourrait nuire aux intérêts de l'entreprise exécutrice. Le projet de remblayage avait été attribué à une entreprise à la suite d'un appel d'offres et la commission des recours a été saisie de la décision concernant le droit d'accès. La commission des recours a considéré que les rapports de déchargement et les factures pour les opérations exécutées n'étaient pas des informations figurant dans des documents transmis aux autorités côtières ou créés par ces dernières dans le cadre de l'appel d'offres, en ce sens que les informations n'étaient pas relatives à l'appel d'offres, mais à l'exécution d'un contrat dont les autorités côtières supposaient qu'il avait été conclu avec le soumissionnaire retenu après la clôture de l'appel d'offres. Dès lors, vu que les informations por-

taient sur l'exécution du contrat conclu, la commission des recours n'était pas compétente pour traiter le recours en matière de droit d'accès.

Décision rendue par la commission des recours le 11 octobre 2017 (réf. 17/01402) : les autorités municipales avaient mis en concurrence un projet d'écran antibruit. Dans le cahier des charges, les autorités n'avaient pas exigé que les soumissionnaires joignent de la documentation concernant les services offerts. Aussi, aucun document n'avait été annexé à leurs offres. Néanmoins, les autorités ont notamment reçu, après la clôture de la procédure d'appel d'offres, une série d'informations sur de la documentation relative à des dispositifs techniques du soumissionnaire retenu. Un soumissionnaire évincé souhaitait accéder entre autres à ces informations. Les autorités ont rejeté sa demande et un recours a été introduit devant la commission des recours. Étant donné que les informations avaient été reçues par les autorités municipales non pas dans le cadre de l'appel d'offres, mais dans le cadre de l'exécution du contrat conclu, la commission des recours a estimé qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur la question et a donc rejeté cette partie du recours.

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

Comme indiqué au chapitre 3 du rapport annuel 2016, 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.

Les mémoires déposés par les parties auprès de la commission des recours peuvent dans de rares cas (généralement dans l'exposé des faits) contenir de telles informations factuelles dont l'accès, selon les circonstances, peut être refusé au public. En revanche, l'introduction d'un recours et les moyens invoqués par les parties n'ont pas le caractère d'informations commerciales confidentielles dont l'accès peut être refusé au titre desdites dispositions.

Décision rendue par la commission des recours le 9 novembre 2017 (réf. 17/01582) : un cabinet juridique avait, au nom d'une entreprise concurrente, demandé à accéder aux mémoires sans annexe déposés dans le cadre de des deux affaires pendantes concernant un accord-cadre mis en concurrence. À plusieurs égards, les entreprises requérantes s'y sont opposées, en ce sens qu'elles ont fait valoir que les mémoires contenaient des informations commerciales confidentielles visés par l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration. Les informations sur l'identité des requérants étaient connues et la commission des recours a estimé que ni les conclusions des requérants, ni les requêtes processuelles, ni les moyens de recours ne présentaient un caractère tel qu'il soit possible de refuser leur accès au public au titre des dispositions de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration. Il en allait de même pour les informations sur l'identité des soumissionnaires ayant soumis une offre concernant un marché partiel spécifique.

Comme indiqué dans le rapport annuel 2016, 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. Néanmoins, il existe aussi des exemples de refus concernant pratiquement tous les éléments constitutifs d'une offre.

Décision rendue par la commission des recours le 6 juillet 2017 (réf. 17/00890) : ATP avait réalisé en 2014 un appel d'offres concernant la livraison d'une solution informatique pour la gestion des régimes de retraite. Début 2015, le marché a été attribué à une entreprise. Suite à des désaccords par la suite, le contrat a été résilié début 2017, après quoi ATP a remis le marché en concurrence. Pour l'essentiel, le contrat visé ressemblait au contrat initial. Le soumissionnaire initialement retenu a demandé le droit d'accéder à la description de la solution offerte par deux concurrents, ce que, dans une très large mesure, ATP a refusé en référence aux dispositions de 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration. ATP s'attendait à ce que les entreprises qui allaient soumettre une offre dans le cadre du nouvel appel d'offres soit les mêmes que pour l'appel d'offres initial. La commission des recours a constaté qu'il existait un très haut degré de similarité entre, d'une part, l'appel d'offres initial clôturé et, d'autre part, le nouvel appel d'offres toujours en cours et qu'il convenait d'admettre que les concurrents concernés allaient, dans une très large mesure, réutiliser leur propre offre lors de la rédaction de leurs offres pour le nouvel appel d'offres. Ainsi, la commission des recours a estimé que les offres soumises dans le cadre de l'appel d'offres clôturé (de la même manière qu'une première offre dans une procédure d'appel d'offres négociée) avaient le caractère d'un projet qui servirait de base à l'offre ultérieurement soumise par les soumissionnaires dans le cadre du même appel d'offres. Dans ces circonstances, la commission des recours n'a pas jugé qu'il y avait lieu d'aller à l'encontre de l'avis d'ATP qui estimait que les offres comprenaient globalement des informations commerciales confidentielles visées par l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration, et la commission a dès lors confirmé la décision d'ATP de refuser l'accès aux informations.

### 3.4 Refus justifié par les intérêts patrimoniaux de l'État

En vertu de l'article 33, point 3, de la loi sur la transparence de l'administration, le droit d'accès peut être limité dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver les intérêts patrimoniaux de l'État, dont l'exécution des activités commerciales de l'État. Ces dispositions visent à protéger les intérêts patrimoniaux de l'État, notamment dans le cadre de la conclusion de contrats avec les autorités publiques, en ce sens que, le cas échéant, l'État doit pouvoir agir sur le même pied que les entreprises commerciales privées. Il est supposé que les dispositions sont souvent appliquées en vue de protéger les intérêts de l'État dans le cadre de futurs appels d'offres, durant lesquels les autorités courraient un risque plausible et imminent de ne pas pouvoir recevoir des offres qualifiées lors d'une prochaine passation de marché ou de voir leur position de négociation compromise. Selon les circonstances, cela est souvent le cas pour les procédures d'appel d'offres négociée en cours. En revanche, il est difficile d'appliquer ces dispositions lorsque l'appel d'offres est clôturé (voir à cet égard Mohammed

Ashan, version commentée de la loi danoise sur la transparence de l'administration, 2014, page 578). Cette disposition correspond à l'article 15 b, point 3, de la loi sur la procédure administrative (cf. Niels Fenger, version commentée de la loi sur la procédure administrative, 2013, page 451). Dans la même optique, la commission des recours a constaté, dans de nombreux recours en matière de droit d'accès concernant des appels d'offres clôturés qui n'étaient pas des procédures négociées, que les conditions requises pour limiter le droit d'accès n'étaient pas remplies. À titre d'exemple pour l'année 2017, on notera tout particulièrement la décision du 15 septembre 2017 (réf. 17/01283) : la coopérative d'achat Fælles Udbud Sjælland (FUS) c/o municipalité de Holbæk avait lancé un appel d'offres concernant l'acquisition de places dans des centres et autres résidences destinés aux jeunes de 15 à 23 ans. Toutefois, FUS a annulé l'appel d'offres au motif qu'un calcul interne des bénéficiaires avait montré qu'il serait plus rentable pour les autorités municipales de continuer à assumer elle-même ces tâches. LOS, qui est une association d'entreprises privées de services sociaux, a ainsi demandé le droit d'accéder à tous les documents des soumissionnaires, y compris aux prix partiels, ainsi qu'audit calcul des bénéficiaires. Aucun des soumissionnaires ne s'est opposé à la communication du dossier d'appel d'offres complet, et il n'était donc pas question d'exclure des informations au titre de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration. FUS a toutefois refusé d'octroyer le droit d'accès aux listes de prix des soumissionnaires et au calcul des bénéficiaires, car ces informations étaient supposées présenter un intérêt en cas d'un nouvel appel d'offres dans ce domaine et car les informations de prix (en cas de remise en concurrence) pourraient nuire à la concurrence et fausser les futures offres. La commission des recours n'a pas estimé qu'il y avait lieu d'exclure les informations au titre de l'article 33, point 3, de la loi sur la transparence de l'administration. À cet égard, la commission a souligné que les prix offerts s'étaient avérés peu compétitifs et n'avaient pas permis de conclure un contrat, raison pour laquelle la communication des informations à cet égard ne restreindrait pas la concurrence en cas d'appel d'offres futurs. À cela s'ajoute qu'aucune décision de remise en concurrence n'avait encore été prise, raison pour laquelle le risque ne pouvait être jugé comme plausible et imminent.

### 3.5 Documents internes de l'entité adjudicatrice

En vertu de l'article 23, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la transparence de l'administration, le droit d'accès ne s'applique pas aux documents internes qui n'ont pas été transmis à des personnes extérieures. En application de l'article 23, al. 2, les documents perdent leur caractère interne lorsqu'ils sont transmis à des personnes extérieures, à moins que cette transmission n'ait lieu pour des raisons judiciaires, à des fins d'enquête ou autres motifs semblables.

Dans les appels d'offres lancés conjointement par plusieurs autorités, comme c'est le cas par exemple pour les appels d'offres fondés sur la coopération, on peut parfois en arriver à douter si les documents échangés au sein du groupe chargé de l'appel d'offres ont été échangés au sein d'une autorité ad hoc conçue à cet effet et donc en interne ou s'ils ont été échangés entre des représentants de plusieurs autorités collaboratrices. À cet égard, il convient de décider si la coopération a un caractère d'autorité autonome. Quant à savoir à partir de quel moment on peut parler d'une autorité autonome, les observations particulières concernant les dispositions de l'article 23 de la loi sur la transparence de l'administration (projet de loi L 144 du 7 février 2013) indiquent entre autres qu'il



convient notamment de « *se baser sur une évaluation, d'un point de vue organisationnel, de la relation entre les entités concernées. À cet égard, on pourra entre autres chercher à savoir si les tâches de l'entité administrative en question sont clairement délimitées par rapport à celles d'autres entités administratives, si l'entité assume des tâches vastes et indépendantes, si elle est soumise à l'autorité d'autres entités, s'il existe des voies de recours auprès d'une autre entité et si l'entité rend ses décisions en son nom propre ; de même, on pourra chercher à connaître le degré d'autonomie dont l'entité est investie, cf. chapitre 16, point 2.2 (pages 519 et suivante) et point 6.1.4 (pages 576 et suivantes), du rapport* ».

Dans la mesure où il s'agit d'une autorité autonome, on peut en outre en arriver à douter si les documents de l'autorité ont été transmis par ladite autorité et ne peuvent donc plus être considérés comme étant des documents internes. La commission législative en charge de la loi sur la transparence de l'administration a notamment estimé qu'un document ne doit pas « *perdre son caractère interne lorsque les membres des autorités ad hoc spéciales (telles que les comités législatifs et les groupes de travaux interministériels) transmettent des documents internes à leurs supérieurs au sein de l'autorité ou de l'organisation que les membres en question ont été désignés pour représenter au sein du groupe de travail, dans la mesure où la transmission est nécessaire pour que les membres puissent exercer leurs tâches au sein du comité, y compris obtenir un mandat de négociation* ». À cet égard, référence est faite au rapport de la commission en charge de la loi sur la transparence de l'administration, page 576 (chapitre 16, point 6.1.3.3.2), auquel a adhéré le gouvernement danois dans ses observations sur le projet de loi à la base de la loi sur la transparence de l'administration, cf. projet de loi n° L 144 du 7 février 2013 (observations générales, point 4.14.4.1).

Dans la décision du 15 septembre 2017 (réf. 17/01283), qui est reproduite ci-avant, le défendeur a par ailleurs fait valoir que FUS avait créé un groupe de travail qui remplissait les conditions requises pour pouvoir être considéré comme une autorité autonome et que le calcul des bénéfices dénoncé avait le caractère d'un document interne au sein de cette autorité, raison pour laquelle il pouvait être exclu du droit d'accès au titre de l'article 23 de la loi sur la transparence de l'administration. À cet égard, il était indiqué que le groupe de travail se composait de représentants de différentes municipalités, que les activités du groupe de travail étaient clairement délimitées tant dans le temps que dans leur objet et se limitaient aux tâches directement liées à l'appel d'offres en question, que le coordinateur de l'action du groupe de travail avait agi indépendamment de la direction administrative et politique de la municipalité de Holbæk qui avait exclusivement été informée de l'appel d'offres et de son annulation subséquente et que la décision d'annulation du groupe de travail ne pouvait être cassée par d'autres autorités (comme la municipalité de Holbæk, d'autres municipalités participantes ou la présidence de FUS). Par ailleurs, il était indiqué que le groupe de travail, dans le cadre de la demande d'accès, avait utilisé en externe le papier à lettres et la signature électronique de la municipalité de Holbæk. La commission des recours n'a pas estimé qu'il y avait lieu d'aller à l'encontre du défendeur qui estimait que le groupe de travail de FUS avait le caractère d'une autorité autonome. Dans le cadre du recours, il était indiqué que le calcul des bénéfices avait été échangé en interne au sein du groupe de travail et transmis « pour information » aux responsables des achats dans les différentes municipalités participant à l'appel d'offres. Étant

donné que le transfert aux responsables des achats a uniquement eu lieu « pour information », la commission des recours n'a pas estimé que cela avait exclusivement eu lieu pour permettre aux membres de préserver les intérêts des autorités investies de leur nomination et qu'il n'y avait donc pas lieu de considérer le calcul des bénéficiaires comme un document interne par rapport au groupe de travail.

### 3.6 Refus justifié par la durée excessive de la procédure

En vertu de l'article 9, al. 2, point 1, de la loi sur la transparence de l'administration, une autorité peut refuser de traiter une demande d'accès au titre de l'article 7 dans la mesure où la procédure entraînerait une charge disproportionnée. Il ressort notamment de l'exposé des motifs de la proposition de loi n° L 144 du 7 février 2013 à la base de la loi sur la transparence de l'administration et des observations spéciales concernant l'article 9, al. 2, point 1, de la proposition de loi que la possibilité de refuser de traiter une demande d'accès en référence à une charge disproportionnée présuppose qu'il soit estimé que la charge globale imposée aux autorités par le traitement de la demande (tant par l'instruction du dossier que pour la prise de la décision d'octroi ou de rejet) dépasse environ 25 heures (soit plus de trois journées de travail complètes). De plus, il ressort des travaux préparatoires en question que, dans la mesure où le requérant prouve qu'il possède un intérêt particulier dans l'accès aux dossiers ou aux documents, l'autorité est tenue, de manière générale (donc, quelle que soit l'ampleur du dossier ou des documents), de traiter la demande. À cet égard, une autorité ne pourra que rarement s'abstenir de traiter une demande d'accès introduite par les médias ou des chercheurs rattachés à un institut de recherche reconnu, car les médias et de tels chercheurs sont supposés, de manière générale, posséder un intérêt particulier dans l'accès aux informations concernées.

Décision du 2 mars 2017 (réf. 17/00333) : une personne avait notamment été autorisée à accéder à des informations générales concernant une série de contrats de consultance conclus par les autorités de la Région Capitale au cours des cinq dernières années. Sur la base de cette vue d'ensemble générale, cette personne avait demandé à pouvoir accéder aux documents pour identifier, parmi lesdits contrats, ceux qui avaient été mis en concurrence et, le cas échéant, les entreprises qui avaient soumis une offre. Les autorités régionales ont rejeté cette demande au motif que cela entraînerait une charge de travail disproportionnée, cf. article 9, al. 2, point 1, de la loi sur la transparence de l'administration. La commission des recours a constaté que la vue d'ensemble dont l'accès avait été octroyé au requérant comptait 10 pages et que chacune d'entre elles mentionnait 15 à 20 fournisseurs. La commission n'a pas estimé qu'il y avait lieu d'aller à l'encontre des autorités régionales qui estimaient que la charge liée au traitement de la demande d'accès serait de 50 à 60 heures. Sur la base des travaux préparatoires des dispositions de l'article 9, al. 2, point 1, de la loi sur la transparence de l'administration, la commission des recours a estimé qu'une telle charge sera disproportionnée par rapport à l'intérêt détenu par le demandeur dans l'accès aux informations concrètes. À cet égard, la commission a rappelé que le requérant n'était pas un journaliste rattaché à un média et qu'il n'y avait pas lieu de supposer qu'il possédait un intérêt particulier dans l'accès aux documents concernés. Étant donné que le requérant, bien qu'il ait été invité à le faire, n'a pas spécifié sa

demande, la commission des recours a confirmé le rejet de la demande d'accès par les autorités régionales.

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

Le présent chapitre présente plusieurs jugements définitifs prononcés en 2017 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 2017 du fait qu'ils font l'objet d'un recours devant une instance supérieure ne sont pas inclus dans la liste.

*Jugement du Tribunal de première instance de Copenhague du 14 mars 2017, État danois c/o Direction générale de la Modernisation contre Motus A/S, cf. décisions de la commission des recours des 4 juillet 2016 et 31 octobre 2016 (indemnisation)*

L'affaire portait sur la mise en concurrence, selon la procédure restreinte au titre de la directive sur les marchés publics 2004/18/CE, d'un accord-cadre concernant la fourniture de serveurs, de solutions de stockage associées, d'accessoires et de services apparentés. La Direction générale a organisé l'appel d'offres au nom de l'État danois.

Motus A/S, dont l'offre a été rejetée au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges, a saisi la commission des recours. Dans sa décision du 4 juillet 2016, la commission a établi que la Direction générale avait violé les règles en matière de marchés publics en définissant et appliquant des exigences illégales dans le cahier des charges et en n'ayant pas fourni dans l'avis de marché des informations suffisantes sur les produits à livrer. La commission a donc annulé la décision d'attribution du marché.

Dans sa décision du 31 octobre 2016, la commission des recours a condamné la Direction générale à indemniser Motus A/S.

La Direction générale a saisi le Tribunal de première instance de Copenhague qui, par son jugement du 14 mars 2017, a donné gain de cause à la Direction générale au motif que Motus A/S avait, dans le cadre de l'instance, accepté les conclusions du demandeur.

*Jugement du Tribunal de Roskilde du 1<sup>er</sup> décembre 2017, Kirstine Hardam A/S contre la municipalité de Køge, cf. décision de la commission des recours du 10 janvier 2017*

L'affaire portait sur le contrat conclu entre les autorités municipales de Køge et la société Abena A/S concernant la fourniture d'aides aux citoyens en application de la loi danoise sur les services sociaux. Le contrat, qui avait été conclu sans mise en concurrence, prévoyait que les aides seraient directement livrées aux citoyens par Abena A/S après qu'ils aient passé leurs commandes auprès de cette dernière et que les autorités municipales paieraient Abena A/S sur facture.

La société Kirstine Hardam A/S a saisi la commission des recours et fait valoir que le marché aurait dû faire l'objet d'une procédure d'appel d'offres communautaire. Dans sa décision du 10 janvier 2017, la commission des recours a débouté le requérant de sa demande au motif que le contrat, aux yeux de la commission, n'était pas synallagmatique et ne relevait donc pas des règles sur la passation des marchés publics.

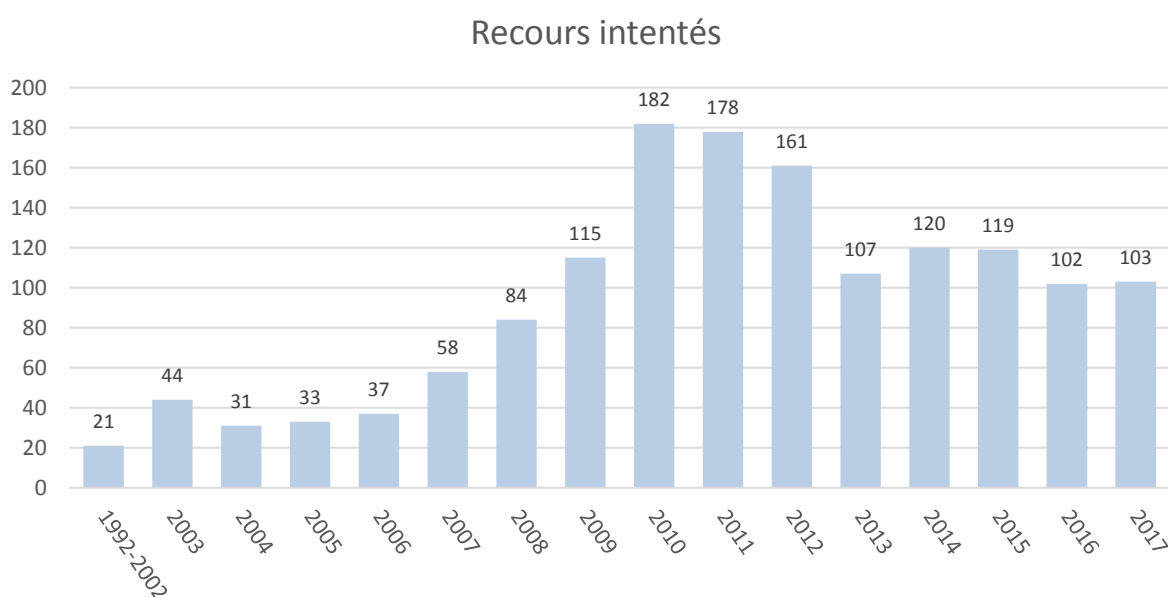
Dans son jugement du 1<sup>er</sup> décembre 2017, le Tribunal de Roskilde a constaté que le contrat était soumis à l'obligation de mise en concurrence et que les autorités municipales de Køge avaient notamment violé l'article 55 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26 de la directive 2014/24/UE) en n'organisant pas de procédure d'appel d'offres communautaire pour le marché. Entre autres, le Tribunal a déclaré que le marché était en réalité un marché de fourniture aux termes de l'article 112, al. 2, de la loi sur les services sociaux et qu'il s'agissait d'un contrat synallagmatique dans lequel les autorités publiques détenaient incontestablement un intérêt économique direct. Le Tribunal a déclaré le contrat dépourvu d'effets pour toute fourniture à venir. Un appel a été interjeté devant la Cour d'appel, mais il a été déclaré irrecevable.

## 5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2017

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 2017, 103 recours ont été intentés devant la commission. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de recours intentés de 1992 à 2017.



Le nombre de recours intentés en 2017 correspond aux chiffres de 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 en 2016 et 2017 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

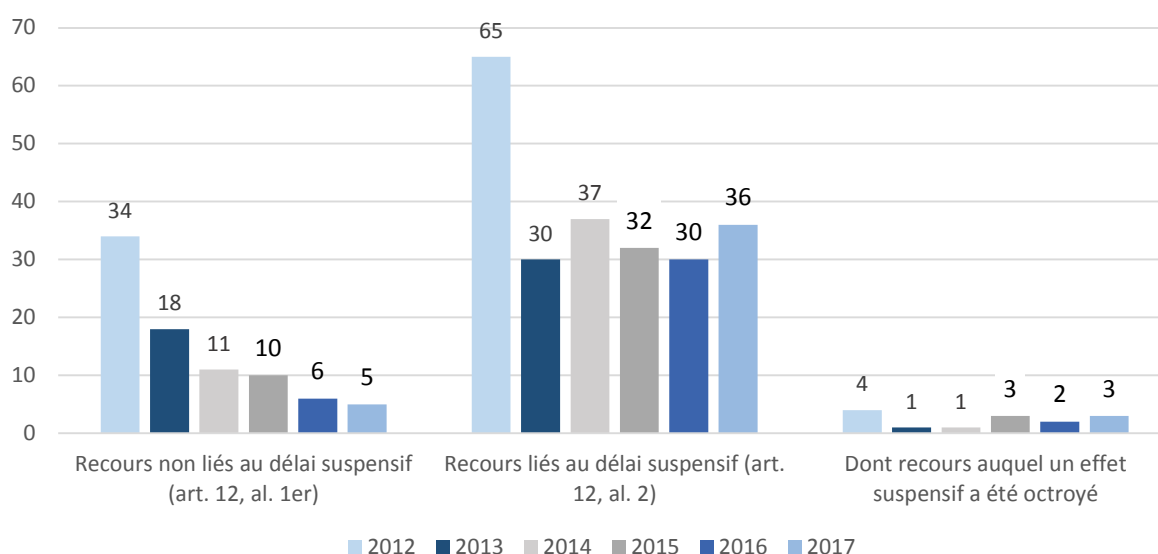
des affaires liés à des marchés dont la valeur est inférieure aux seuils déris et qui ne présentent pas un intérêt transfrontalier clair (cf. section V de la loi danoise actuelle sur les marchés publics).

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

Comme indiqué ci-après, la commission a rendu en 2017 une décision intermédiaire dans cinq recours dans le cadre desquels il lui avait été demandé de conférer un effet suspensif au titre de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, ainsi que dans 36 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 2017, un effet suspensif a été conféré à trois recours (voir la section 1.4 ci-dessus et la description des décisions au chapitre 2).

Le graphique ci-après montre le nombre de décisions rendues concernant des recours intentés durant le délai suspensif et d'autres recours visant l'attribution d'un effet suspensif entre 2012 et 2017.

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



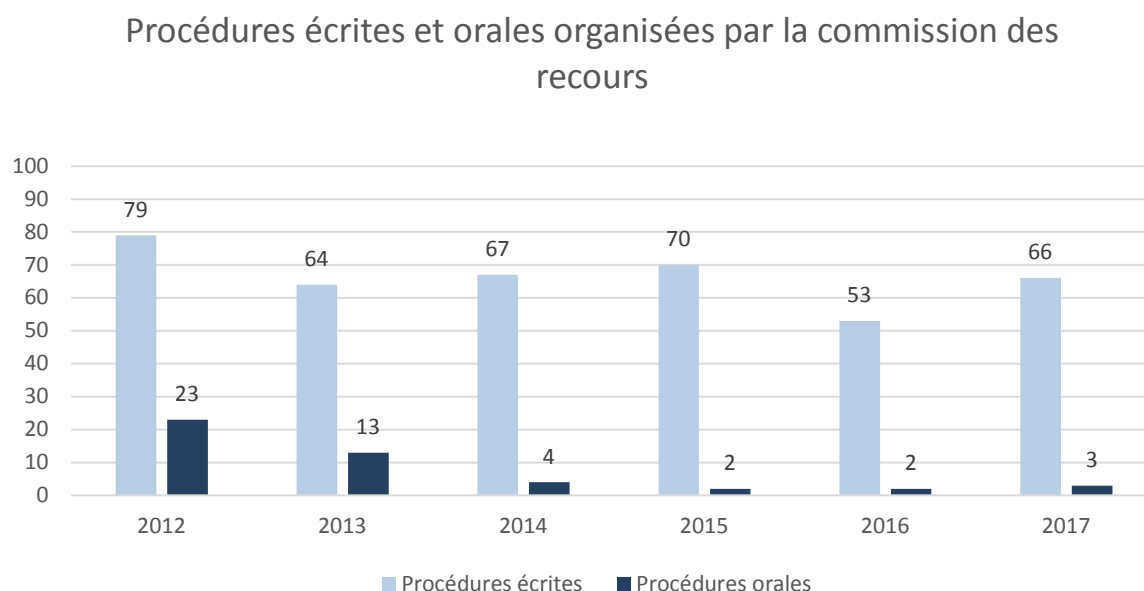
Dans le cadre de plusieurs recours, les décisions de la commission concernant l'attribution d'un effet suspensif débouché (y compris dans le cas où aucun effet suspensif n'est conféré au recours) sur la révocation du recours suite au rendu d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les règles en matière de marchés publics aient été violées. De telles décisions exigent de vastes ressources pour la commission puisque, le plus souvent, elle doit préparer et rendre sa décision dans un délai de 30 jours, c.-à-d. dans un laps de temps très court et que, malgré leur caractère provisoire, les décisions comportent souvent un vaste

exposé des faits et des motifs. De manière générale, les règles liées au délai suspensif et celles liées à l'attribution d'un effet suspensif font que la commission doit, dans un très grand nombre de recours, rendre deux décisions : d'une part, une décision concernant l'effet suspensif et, d'autre part, une décision au fond concernant les violations alléguées. À cela s'ajoutent une décision d'indemnisation éventuelle et, durant le recours, d'autres décisions éventuelles concernant le droit d'accès aux documents.

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

En 2017, 66 recours ont fait l'objet d'une procédure écrite tandis que trois recours ont fait l'objet d'une procédure orale.

Le graphique ci-dessous montre le nombre de procédures écrites et orales organisées par la commission des recours entre 2012 et 2017.



Remarque ! Les chiffres reproduits comprennent également les recours rejetés.

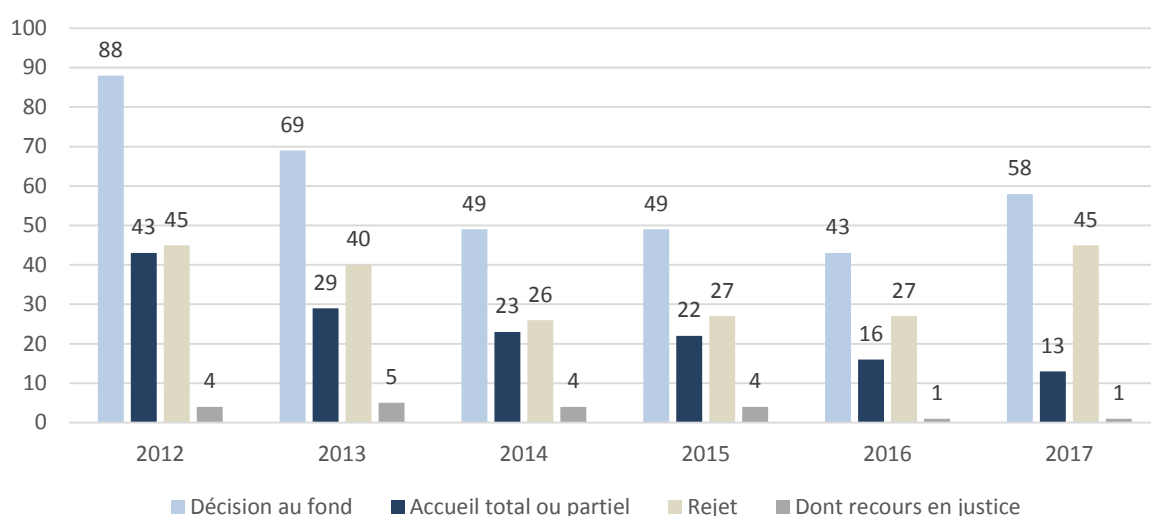
La répartition du nombre de procédures écrites par rapport au nombre de procédures orales en 2017 montre que seul un petit nombre de recours ont fait l'objet d'une procédure orale. Comme indiqué également à la section 4.3 du rapport annuel 2013, cette chute est conforme à l'intention du législateur. 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 2017, la commission a statué au fond sur 58 recours. Treize requérants ont obtenu entièrement ou partiellement gain de cause, tandis que les 45 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 58 décisions, une seule d'entre eux a fait l'objet d'un recours devant les juridictions. Les chiffres pour 2017 diffèrent légèrement de ceux pour 2016, vu que 15 décisions supplémentaires ont été rendues en 2017. Le nombre de décisions ayant fait l'objet d'un recours en justice est identique aux chiffres de 2016.

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 2017 s'élevait à 22 % et était donc largement inférieur au pourcentage moyen pour les années 2011-2016 (qui était de 44 %).

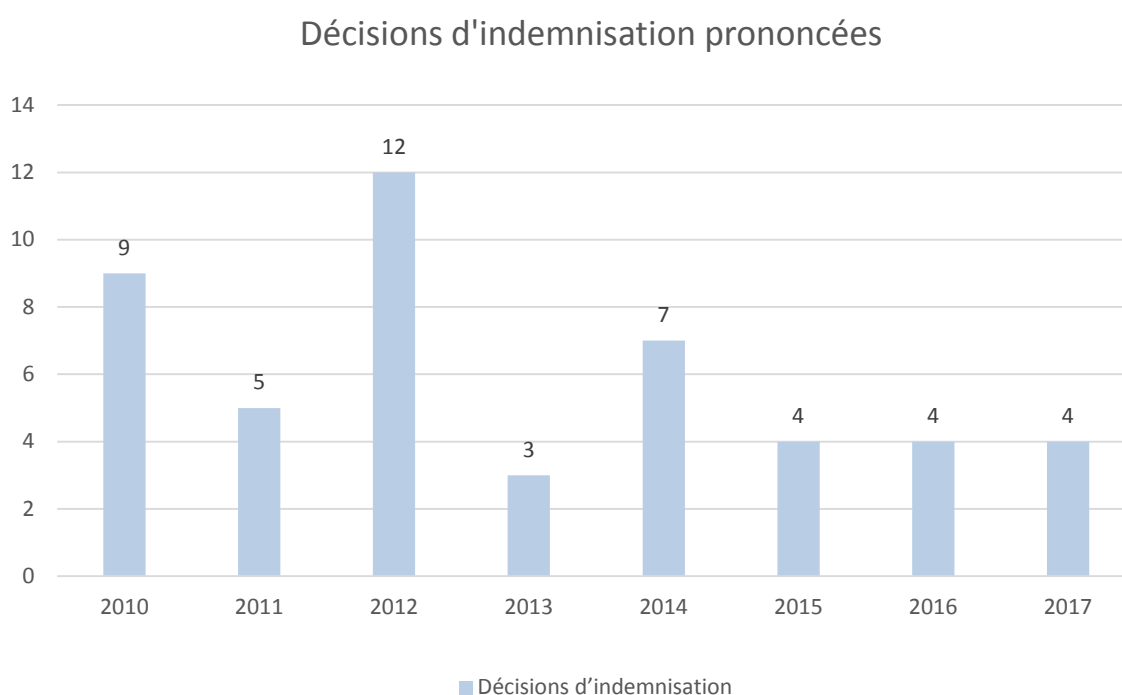
À partir de 2011, la commission a accueilli un plus petit nombre de recours que par le passé et le nombre d'erreurs constatées via les décisions rendues a donc, lui aussi, chuté. Comme indiqué à la section 4.4 du rapport annuel 2013, cette chute peut être due au fait que les entités adjudicatrices commettent 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. Il est encore trop tôt pour dire si la réduction du pourcentage de recours accueillis par rapport à l'année dernière reflète davantage qu'une simple variation annuelle.

Année	Accueil total ou partiel	Rejet
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	22 %	78 %

### 5.5 Décisions d'indemnisation prononcées

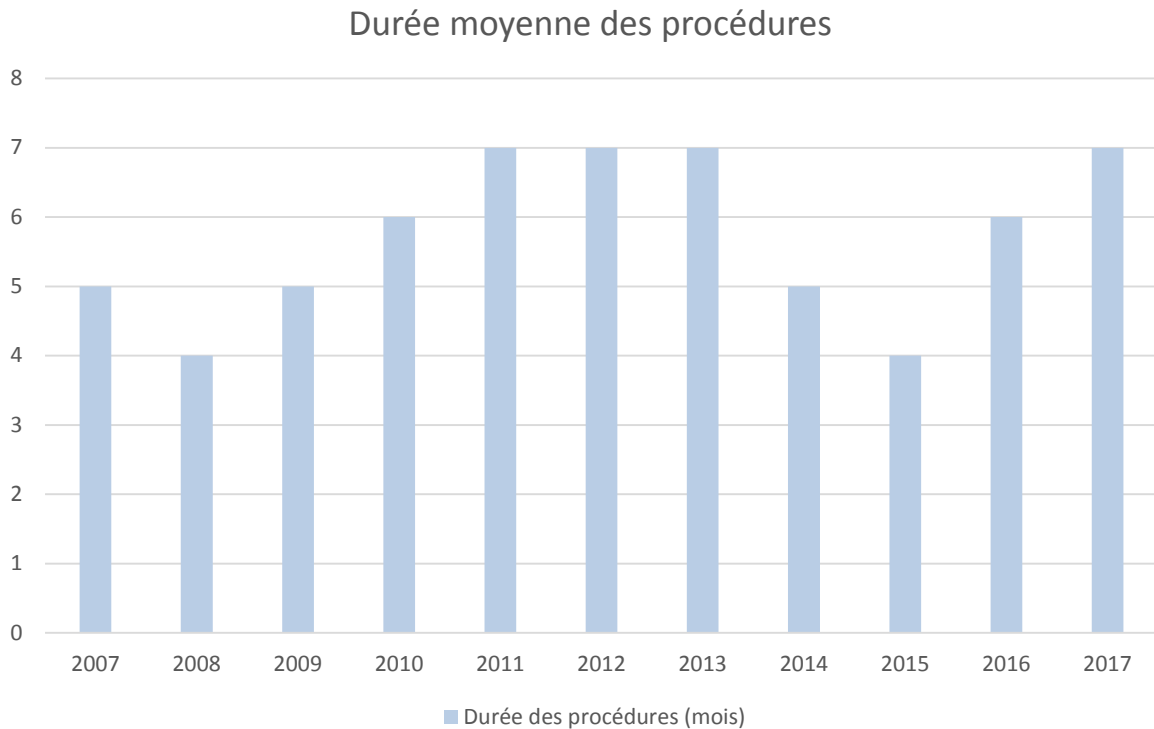
En 2017, la commission des recours a rendu quatre décisions d'indemnisation.



Comme indiqué au point 4.5 du rapport annuel 2013, l'expérience montre que, dans un grand nombre des recours où le requérant obtient totalement ou partiellement gain de cause lorsque la commission statue fond, la question d'une indemnisation est réglée en dehors de la commission, si bien que les parties passent un accord au lieu d'attendre une décision de la commission des recours. Le nombre de décisions d'indemnisation en 2012 doit être vu en combinaison avec le grand nombre de recours intentés en 2010 et 2011 (182 et 178 recours, respectivement).

## 5.6 Durée moyenne des procédures

En 2017, la durée moyenne des procédures auprès de la commission des recours était de sept mois. Le graphique ci-dessous montre l'évolution de la durée de moyenne des procédures pour les recours rejetés et les décisions au fond sur une base mensuelle pour les années 2007-2017.



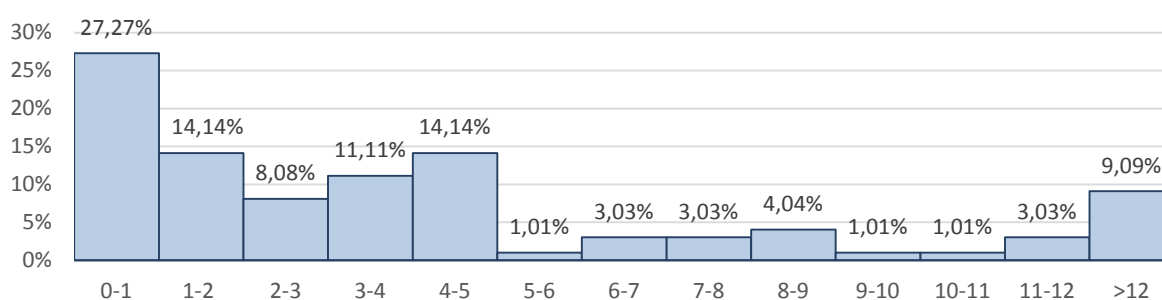
La durée moyenne, qui, en 2014 et 2015, affichait une tendance à la baisse de sept mois en 2011-2013 à cinq mois en 2014 et à quatre mois en 2015, est repassée à six mois en 2016 et à sept mois en 2017, soit au même niveau qu'en 2010-2013. Le nombre de recours intentés en 2010-2016 était respectivement de 182, 178, 161, 107, 120, 119 et 102 (cf. section 6.1 ci-dessus). Le nombre d'affaires pendantes fin 2017 s'élevait à 43. Ce chiffre était plus ou moins au même niveau qu'en 2013 et 2014 (45 affaires chaque année) et qu'en 2016 (42 affaires), mais légèrement supérieur à 2015 (35 affaires, soit le niveau le plus bas depuis 2007 (22 affaires)).

Comme on s'y attendait dans le rapport annuel pour 2016, la commission a clôturé en 2017 plusieurs gros dossiers qui ont eu des répercussions sur la durée des procédures. Parallèlement, cette durée souffre du nombre croissant de demandes d'accès qui, a priori, ne sont pas acceptées par les entités adjudicatrices défendeuses et qui entraînent la suspension des procédures jusqu'à ce que les points litigieux liés aux demandes d'accès soient réglés. Souvent, ces affaires sont d'une large portée et il n'est pas rare que le nombre de mémoires échangés soit semblable au nombre de mémoires échangés dans le cadre du recours au principal. Enfin, il convient de noter que le nombre de recours traités au fond par la commission en 2017 était largement supérieur à celui des années précédentes (58 recours contre 43 en 2016 et 49 en 2015 et 2014), y compris également des recours plus anciens.

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

Le graphique ci-dessous montre pour 2017 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 fait à la section 5.8 ci-dessous, qui récapitule la durée des procédures en nombre de mois en pourcentage cumulé.

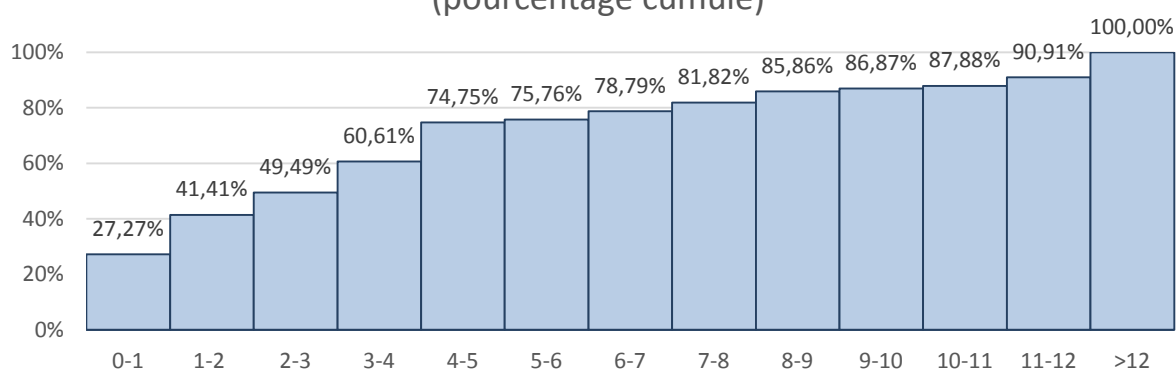
Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage)



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2017 en pourcentage cumulé.

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



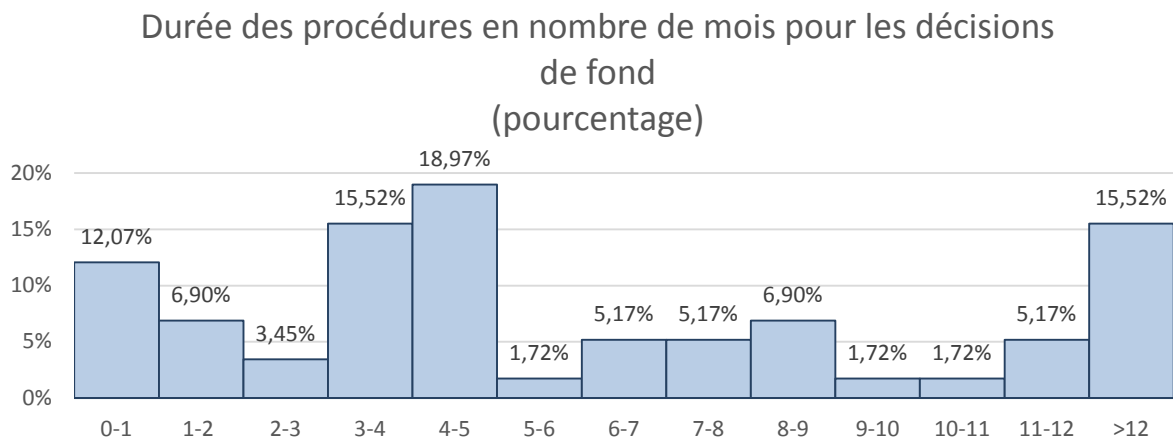
En 2017, quelque 27 % des procédures ont été clôturées au cours du premier mois suivant l'introduction du recours, contre 29 % en 2013, 33 % en 2014, 47 % en 2015 et environ 39 % en 2016. En 2017, quelque 42 % des procédures ont été clôturées au cours des deux premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 42 % en 2013, 54 % en 2014, 62 % en 2015 et 53 % en 2016. Il apparaît en outre qu'environ 50 % de tous les recours introduits en 2017 ont été clôturés au cours des trois premiers mois, contre 49 % en 2013, 60 % en 2014, 69 % en 2015 et 61 % en 2016. Les calculs

pour 2017 incluent entre autres 33 recours qui ont été révoqués. Dans plusieurs de ces affaires, le recours a été révoqué à la suite du prononcé d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les règles en matière de marchés publics aient été violées. Par ailleurs, le tableau montre qu'environ 77 % des procédures en 2017 ont été clôturées dans les 5-6 premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 37 % en 2013, 62 % en 2014, 65 % en 2015 et 74 % en 2016 et qu'environ 88 % des procédures sont clôturées en l'espace de 9 à 10 mois, contre 86 % en 2013, environ 87 % en 2014, 92 % en 2015 et 87 % en 2016.

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 de fond (pourcentage)

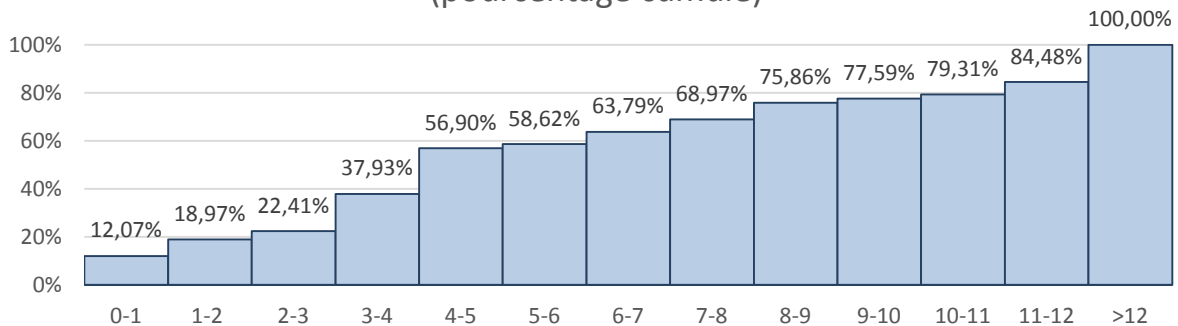
Le graphique ci-dessous montre pour 2017 le pourcentage de décisions de fond qui sont rendues en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois, 2-3 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois.



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2017 pour les décisions de fond en pourcentage cumulé.

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



Le tableau montre qu'en 2017, une décision de fond a été rendue dans quelque 38 % des recours en l'espace de 3-4 mois, contre 20 % en 2013, 30 % en 2014, 41 % en 2015 et 44 % en 2016. Par ailleurs, en 2017, une décision de 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 et 54 % en 2016. Le tableau indique également qu'en 2017, une décision de fond a été rendue après 8-9 mois dans environ 76 % des recours, contre environ 69 % en 2013, 87 % en 2014, 90 % en 2015 et 71 % en 2016. D'expérience, on sait que les 24 % restants (31 % en 2013, 13 % en 2014, 10 % en 2015 et 29 % en 2016), qui correspondent à des procédures de plus longue durée, relèvent de la catégorie des affaires d'une portée et complexité en droit et en fait exceptionnelles qui, par la force des choses, prennent plus de temps à traiter. Avant tout, l'augmentation de cette durée est vraisemblablement due, d'une part, au retard accumulé sur certains dossiers de l'année précédente qui ont été clôturés en 2017 (cf. ci-dessus) ; d'autre part, à la plus grande charge reposant sur le secrétariat (notamment dans le cadre du poste laissé vacant au sein du secrétariat par l'une des juristes les plus chevronnées de la commission qui a décroché un poste de direction auprès de la Cour d'appel de la région ouest, cf. section 1.3) ; et, d'autre part encore, au fait que tant les parties impliquées dans les différents dossiers que la présidence de la commission des recours ont dû en 2017 tenir compte des règles encore relativement nouvelles sur lesquelles se basent les travaux de la commission. Parallèlement, il convient de rappeler, lorsque l'on envisage la durée des procédures pour les décisions de fond rendues par la commission des recours, que le traitement d'un dossier ne consiste pas seulement à préparer une décision de fond. Souvent, des ressources importantes sont consacrées en cours de procédure à la prise de décisions concernant l'octroi d'un effet suspensif et le droit d'accès aux documents conformément à la loi danoise sur la procédure administrative (cf. section 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 2017.

*Participation à des conférences, etc.*

En 2017 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 30 et 31 mars 2017, quatre membres de la présidence ont 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 au « *Network of first instance procurement review bodies* », organisé à Bruxelles le 2 octobre 2017.