

# KLAGENÆVNET FOR UDBUD

(COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS)

## Rapport annuel 2020

## SOMMAIRE

AVANT-PROPOS .....	4
1. Commission danoise des recours en matière de marchés publics .....	5
1.1 Base législative et création .....	5
1.2 Composition de la commission des recours.....	5
1.3 Secrétariat de la commission des recours en matière de marchés publics .....	7
1.4 Tâches de la commission des recours, y compris ses moyens de réaction et de sanction .....	7
1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge.....	11
1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours .....	12
1.7 Préparation et règlement des dossiers, y compris condamnation aux dépens .....	14
1.8 Affaires liées au droit d'accès aux documents au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration.....	16
2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES .....	17
2.1 Introduction .....	17
2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions définitives .....	17
2.2.1 Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats.....	17
Décision du 19 mai 2020, Alsvognen I/S contre Fynbus, Sydtrafik et Midttrafik, et décision du 27 octobre 2020, Øens Taxa contre Fynbus, Sydtrafik et Midttrafik .....	17
Décision du 19 août 2020, EG A/S contre Municipalité d'Egedal .....	19
Décision du 3 novembre 2020, Euformatics Oy contre Nationalt Genom Center .....	21
2.2.2 Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres .....	22
Décision du 24 janvier 2020, Elbit Systems Ltd. contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale .....	22
Décision du 22 avril 2020, Hydrema Danmark A/S contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale .....	23
Décision du 30 avril 2020, Fayard A/S contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale et décision du 1 <sup>er</sup> mai 2020, Karstensens Skibsværft A/S contre FMI.....	23
Décision intermédiaire du 6 mai 2020, Dansk PersonTransport contre Municipalité de Næstved....	25
Décision intermédiaire du 29 mai 2020, Audio Visionary Music A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S .....	27
Décision du 10 septembre 2020, E.K. Entreprise A/S contre Post Danmark A/S et Lokesvej 18 ApS .....	28
Décision du 11 novembre 2020, NIRAS A/S contre Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen .....	29
Décision du 14 décembre 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S contre Direction générale danoise de la Sécurité civile et de la Gestion des Crises .....	31
2.2.3 Conformité des offres au cahier des charges et réserves .....	34

Décision du 2 juillet 2020, Ørslev Servicetrafik A/S contre Municipalité d’Høje-Taastrup.....	34
Décision du 29 septembre 2020, Offcon GmbH contre Femern A/S.....	34
2.2.4 Offres anormalement basses.....	36
Décision intermédiaire du 23 avril 2020, MMEC Mannesmann GmbH contre Energinet Gas TSO A/S.....	36
Décision du 6 mai 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S contre Aarhus Vand A/S.....	37
Décision du 13 mai 2020, Kongsvang Rengøringservice A/S contre Egaa Gymnasium.....	38
Décision du 26 novembre 2020, EL-TECH TEAM ApS contre AAB Vejle.....	40
2.2.5 Évaluation, y compris choix du modèle d’évaluation.....	42
Décision intermédiaire du 3 janvier 2020, A-Sport A/S contre Municipalité de Copenhague.....	42
Décision du 31 janvier 2020, LeBock Fodtøj ApS contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale.....	44
Décision du 27 mai 2020, DXC Technology Scandihealth A/S contre Municipalité de Frederikshavn.....	45
Décision du 18 décembre 2020, Kube Data ApS contre Ministère danois des Affaires Étrangères, Police nationale danoise et Ministère danois des Étrangers et de l’Intégration.....	45
2.2.6 Demandes d’informations complémentaires.....	46
Décision du 29 avril 2020, Eksponent ApS contre Municipalité de Gentofte.....	46
2.2.7 Accords-cadres.....	48
Décision du 16 janvier 2020, Simonsen & Weel A/S contre Régions Jutland du Nord et Danemark Sud, concernant la présentation de questions préjudicielles à la Cour de justice européenne.....	48
Décision du 7 octobre 2020, Remondis A/S contre Municipalité d’Hedensted.....	50
2.2.8 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission.....	51
Décision intermédiaire du 18 mars 2020, Alcyon ApS contre Région Capitale, Région Jutland-Central, Région Jutland du Nord et Région Sjælland.....	51
Décision du 30 mars 2020, Dansk Byggeri contre Municipalité de Tårnby.....	52
Décision d’indemnisation du 2 avril 2020, MBG Entreprise A/S contre Municipalité de Copenhague.....	53
Décision de rejet du 16 avril 2020, Tunstall A/S et Tunstall Health A/S contre Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin c/o Région Jutland-Central, TeleCare Nord et TeleKOL Landsdel Sjælland.....	54
Décision d’indemnisation du 14 juillet 2020, Kære Pleje Fredericia ApS contre Municipalité de Fredericia.....	55
Décision d’indemnisation du 17 décembre 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S contre Municipalité de Ringkøbing-Skjern.....	56
3. DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROIT D’ACCÈS.....	58
3.1 Introduction.....	58
3.2 Compétence de la commission pour les recours introduits au titre de la loi danoise sur la	

transparence de l'administration.....	59
3.3 Informations internes .....	60
3.4 Refus d'accès à des secrets commerciaux confidentiels.....	61
3.5 Exception octroyée à d'autres documents .....	62
4. JUGEMENTS PRONONCÉS PAR DES JURIDICTIONS DANOISES SUR DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION.....	63
Jugement du Tribunal de la Région Ouest du 21 août 2020, Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S contre Dansk Cater A/S, cf. décision de la commission des recours du 9 février 2018.....	63
Jugement du Tribunal de Copenhague du 21 octobre 2020, Ministère public contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, cf. décision de la commission des recours du 15 février 2019 .....	64
Jugement du Tribunal d'Odense du 6 novembre 2020, TC Anlæg A/S contre Assens Spildevand A/S, cf. décision de la commission des recours du 21 février 2019.....	65
5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2020 .....	66
5.1 Recours intentés .....	66
5.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres décisions visant l'attribution d'un effet suspensif .....	67
5.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours.....	68
5.4 Recours réglés et issue de ces recours.....	68
5.5 Décisions d'indemnisation prononcées .....	70
5.6 Durée moyenne des procédures.....	70
5.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage) .....	71
5.8 Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage cumulé) .....	72
5.9 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage) .....	73
5.10 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage cumulé).....	73
6. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS.....	75

## AVANT-PROPOS

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

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

Le chapitre 2 comprend le résumé d'une série de décisions prononcées par la commission en 2020, 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 et le droit d'accès aux documents. La jurisprudence de la commission en matière de droit d'accès aux documents se fonde sur les décisions rendues en 2020, décrites au 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 2020, 117 recours ont été intentés devant la commission. Ce chiffre est supérieur à celui de 2018 et 2019. Dans les décisions rendues par la commission, seuls 25 % environ des recours ont été accueillis, en tout ou en partie, ce qui est le pourcentage le plus bas pour la période 2011-2020. Toutefois, dans 12 % de ses décisions concernant l'octroi d'un effet suspensif (dans le cadre desquelles la commission se prononce sur la condition « *fumus boni juris* », c.-à-d. la condition de justification du recours à première vue), la commission a estimé que cette condition était remplie, suite à quoi les parties ont généralement trouvé une solution impliquant le désistement du requérant.

En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics est passée à 5 mois en 2020, ce qui correspond au niveau des deux années précédentes.

Nikolaj Aarø-Hansen, président

Viborg, juillet 2021

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

## 1.1 Base législative et création

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

## 1.2 Composition de la commission des recours

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

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

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

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

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

En 2020, la présidence de la commission des recours se composait des juges suivants :

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

Nikolaj Aarø-Hansen, juge de seconde instance

Autres membres de la présidence de la commission des recours :

- Kirsten Thorup, juge de seconde instance
- Michael Ellehauge, juge de seconde instance et docteur
- Niels Feilberg Jørgensen, juge de première instance
- Erik P. Bentzen, juge de seconde instance
- LL.M. Katja Høegh, juge de seconde instance
- Hanne Aagaard, juge de seconde instance (jusqu'au 31 août 2020)
- Jesper Stage Thusholt, juge de première instance
- Charlotte Hove Lasthein, juge de première instance
- Jakob O. Ebbensgaard, juge de seconde instance
- Anders Aagaard, juge (à compter du 7 décembre 2020)

Le 15 avril 2020, une nouvelle période de nomination est entrée en vigueur pour les experts de la commission des recours. Le rapport annuel 2019 indique le nom des experts qui siégeaient à la commission des recours préalablement à cette date. Quelques-uns de ces experts avaient, à l'expiration de la période de nomination, toujours des affaires pendantes devant la commission. Leur nomination couvrait donc la poursuite de ces procédures. À compter du 15 avril 2020, les experts suivants ont été nommés/renommés :

- Pernille Hollerup, Senior Director
- Jan Eske Schmidt, partenaire de la connaissance
- Lene Ravnholt, conseillère juridique
- Preben Dahl, juriste en chef
- Steen Treumer, professeur, docteur
- Stephan Falsner, avocat
- Palle Skaarup, directeur, affaires juridiques et conformité
- Jeanet Vandling, directrice des achats et des marchés publics
- Ole Helby Petersen, professeur (MSO), docteur
- Christina Kønig Mejl, juriste, conseillère en chef
- Claus Pedersen, juriste
- Birgitte Nellemann, chef de bureau
- Kurt Helles Bardeleben, avocat
- Maria Haugaard, chef d'équipe
- Carina Risvig Hamer, maître de conférences
- Trine Kronbøl, conseillère en chef
- Johan Iversen Møller, avocat
- Mikael Kenno Fogde, avocat
- Rikke Fog Bach, directrice commerciale
- Louise Kirkegaard Folling, conseillère en chef

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

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

Le président de la commission des recours est le directeur du secrétariat qui, pour la plus grande partie de 2020, se composait de deux juristes et de deux secrétaires. De même, pour une partie de 2020, une stagiaire était rattachée au secrétariat.

Les juristes de la commission préparent les dossiers et aident, dans certaines affaires, les présidents en charge à rédiger un projet de décision. En outre, les juristes assistent le président de la commission des recours dans le cadre de diverses tâches de gestion. 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 2020, le secrétariat se composait des personnes suivantes :

- Dorthe Hylleberg, assistante administrative
- Heidi Thorsen, assistante administrative
- Julie Just O'Donnell, juriste, conseillère spécialisée
- Maiken Nielsen, HEC spécialisation juridique, conseillère spécialisée
- Tanja Bøtker Lindgren, juriste, assistante
- Iben Lütje Andreasen, stagiaire (jusqu'au 31 août 2020)

Comme le reste de la société danoise, la commission des recours s'est ressentie de la pandémie de COVID-19 en 2020. Depuis le confinement en mars 2020, le secrétariat de la commission est principalement en télétravail. Néanmoins, vu que les procédures auprès de la commission se déroulent avant tout par écrit, il n'a pas été nécessaire de reporter le traitement des recours ni de mettre en œuvre des mesures spéciales pour pouvoir traiter les recours en télétravail.

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

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

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

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

- droit communautaire concernant la passation des marchés publics, y compris dans le secteur des services d'utilité publique (réglementation européenne sur la passation des marchés publics) ;
- loi danoise sur la mise en concurrence des marchés publics de travaux, dite « loi sur la passation des marchés publics de travaux » (*tilbudsloven*).

Par ailleurs, en vertu de l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration (*offentlighedsloven*), la commission des recours constitue l'instance de recours pour les décisions rendues par d'autres autorités en matière de droit d'accès aux documents liés à des procédures d'appel d'offres. Référence est faite au chapitre 3 du rapport annuel 2016 pour une description plus détaillée de ces tâches de la commission. Enfin, la commission constitue l'instance de recours pour les cas de violation, par les autorités municipales et régionales, des règles définies dans le décret sur la soumission d'offres de contrôle (décret danois n° 607 du 24 juin 2008) ainsi que dans certains domaines spécifiques pour lesquels la commission est désignée comme instance de recours par la loi ou en application de la loi.

La plupart des dossiers traités par la commission des recours portent sur la loi danoise sur la passation des marchés publics, qui vise principalement à transposer la directive sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE), et les autres règles européennes en matière de marchés publics. Seul un 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 petit nombre des décisions de la commission font l'objet d'un recours en justice. Ce nombre était de 7 décisions sur 44 en 2020. Aussi, la jurisprudence de la commission (et plus particulièrement les décisions rendues au cours des dix dernières années) doit-elle être considérée comme une source de droit importante pour l'application des règles en matière de marchés publics au Danemark. De plus, la commission a l'avantage de pouvoir agir plus rapidement que les juridictions. En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était de cinq mois en 2020. À cet égard, il convient entre autres de noter qu'une grande partie (quelque 63 %) 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*) ainsi qu'au chapitre « *Standstill og opsættende virkning i udbudsretten* » dans *Udbudsretten 2019* de Treumer (réd.).

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

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

Si une décision d'octroi d'effet suspensif ne comporte pas d'appréciation définitive et ne préjuge donc pas de la décision au fond qui sera prononcée dans l'affaire, la « décision *fumus* » de la commission sert néanmoins souvent, dans la pratique, à indiquer à la partie contre laquelle la décision sera prononcée que de nouveaux éléments devront être apportés si elle entend obtenir gain de cause lorsque

la commission statuera au fond. En 2020, la commission des recours a octroyé un effet suspensif à un seul recours, cf. décision intermédiaire du 12 octobre 2020 (NIRAS A/S contre Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen). La décision au fond est résumée au chapitre 2 du rapport annuel.

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 2020, deux décisions de ce type ont été rendues : décision du 19 août 2020 (EG A/S contre Municipalité d'Egedal) et décision du 7 octobre 2020 (Remondis A/S contre Municipalité d'Hedensted). Les décisions sont résumées au chapitre 2 du rapport annuel.

#### *Autres moyens de sanction*

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

- suspendre la procédure d'appel d'offres de l'entité adjudicatrice ou ses décisions dans le cadre de la procédure ;
- annuler les décisions illégales ou la procédure d'appel d'offres de l'entité adjudicatrice ;
- déclarer un contrat dépourvu d'effets et exiger sa résiliation ;
- infliger une sanction de substitution à l'entité adjudicatrice ;
- contraindre l'entité adjudicatrice à verser des dommages et intérêts.

Parmi ces sanctions, les plus vastes sont l'absence d'effets, combinée aux règles sur l'imposition de sanctions de substitution. L'absence d'effets est uniquement applicable aux cas de violation les plus graves des règles en matière de marchés publics et notamment en cas de passation de marchés de gré à gré et de conclusion d'un contrat pendant le délai suspensif ou durant la période de l'effet suspensif octroyé par la commission des recours. La sanction est imposée par la loi et doit donc être appliquée même si le requérant ne le demande pas dans ses conclusions, cf. décision du 19 mai 2020 (Alsvognen I/S contre Fynbus, Sydtrafik et Midttrafik) et décision du 27 octobre 2020 (Øens Taxa contre Fynbus, Sydtrafik et Midttrafik). Les décisions sont résumées au chapitre 2 du rapport annuel.

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

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

Si l'entité adjudicatrice ne fait pas partie de l'administration publique et n'est donc pas visée par l'article 19, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, la commission ne peut pas infliger de sanction économique à l'entité adjudicatrice. À la place, elle dépose une plainte auprès de la police lorsqu'il convient, en application de l'article 18, al. 3, de ladite loi, d'infliger à l'entité adjudicatrice une sanction de substitution sous la forme de pénalités financières. À cet égard, référence est faite aux décisions de la commission des recours du 24 avril 2019 (Sagemcom Energy & Telecom SAS contre Vores Elnet A/S) et du 15 février 2019 (KONE A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S) (comme résumé au chapitre 4 du rapport annuel), où une plainte a été déposée auprès de la police.

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

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

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

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

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

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

En 2020 une décision a été rendue sur la base d'un tel élargissement dans quatre cas : décision du 16 janvier 2020 (concernant la présentation de questions préjudicielles à la Cour de justice européenne dans l'affaire opposant Simonsen & Weel A/S aux Régions Jutland du Nord et Danemark Sud) ; décision du 24 janvier 2020 (Elbit Systems Ltd. contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale) ; décision du 16 septembre 2020 (Stadsing A/S contre Staten

og Kommunernes Indkøbsservice A/S) ; et décision du 14 décembre 2020 (MAN Truck & Bus Danmark A/S contre la Direction générale danoise de la Sécurité civile et de la Gestion des Crises).

### *Décisions du président en charge*

Dans les affaires qui sont réglées par écrit et qui ne portent pas sur une question de principe, le président en charge du dossier peut décider de statuer sans la participation d'un expert. Toutefois, cette option est rarement utilisée, car la contribution des experts est d'une importance décisive.

Le président en charge d'un dossier spécifique peut en outre rendre une décision sans la participation d'un expert dans les questions d'ordre procédural. Ces décisions portent notamment sur l'octroi d'un effet suspensif, le droit d'accès aux documents et le rejet des recours non recevables, cf. décision du 30 mars 2020 (Dansk Byggeri contre Municipalité de Tårnby) résumée ci-après au chapitre 2.

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

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

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

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

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

Le recours doit comprendre des conclusions qui décrivent avec précision les violations sur lesquelles la commission devra se prononcer. La commission des recours est liée par les conclusions et les moyens de recours (arguments) des parties. Sa décision ne peut donc pas aller au-delà des conclusions déposées et la commission ne peut pas tenir compte d'arguments qui n'ont pas été formellement produits

(art. 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours). Si la commission ne peut pas aider le requérant à formuler des conclusions valables, elle peut néanmoins lui fournir des instructions à cet égard. Si, sur la base de ces instructions, les conclusions déposées par le requérant ne sont pas acceptables pour le traitement de l'affaire, la commission des recours rejette les conclusions en question ou le recours dans son ensemble, cf. décision du 21 mars 2018 (Scientia Ltd. contre Université d'Aarhus).

En outre, l'introduction d'un recours requiert que le requérant possède un intérêt légitime. Ainsi, peuvent intenter un recours les entreprises qui possèdent un intérêt à décrocher un marché spécifique. De manière générale, le requérant aura fait acte de candidature à la présélection ou aura soumis une offre, mais toute entreprise qui aurait pu effectivement faire acte de candidature ou soumettre une offre (candidat/soumissionnaire potentiel) peut posséder un intérêt légitime. Si le requérant n'est pas en mesure d'établir qu'il possède un intérêt légitime, le recours est rejeté. La commission des recours a rendu diverses décisions qui précisent cette exigence d'un intérêt légitime. Certaines de ces décisions sont décrites dans le récapitulatif de la jurisprudence publié sur le site de la commission dans le cadre du rapport annuel.

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

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

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

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

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

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

Délai de recours pour les accords-cadres : 6 mois

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

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

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

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

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

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

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

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

Il incombe à la commission des recours de veiller à ce qu'elle soit suffisamment éclairée par les pièces du dossier. La commission peut demander au requérant, au défendeur ou au tiers intervenant de fournir des informations qui sont jugées présenter un intérêt pour l'affaire (article 6, al. 2, du décret sur la commission des recours). En revanche, en cas d'erreur liée à la procédure d'appel d'offres, la commission ne peut pas se saisir d'office de la question puisque les conclusions et les moyens de recours des parties constituent le cadre exclusif dans lequel elle doit instruire l'affaire (article 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours). Sur ce point, la commission est liée par le principe dispositif, comme le montre par exemple la décision du 3 novembre 2020 (*Eufomatics Oy contre Nationalt Genom Center*), décrite au chapitre 2.

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

L'ouverture d'une procédure orale dépend d'une appréciation au cas par cas. L'appréciation vise entre autres à déterminer si le recours porte sur une question complexe ou de principe et si des déclarations seraient nécessaires ou souhaitables, notamment si les parties conviennent de l'ouverture d'une procédure orale.

A priori, lors de la procédure orale, qui est organisée dans les locaux de la Direction générale à Viborg, les conclusions des parties et les pièces centrales du dossier sont examinées. Si des informations complémentaires peuvent être apportées par le biais de déclarations faites durant l'audience, il est néanmoins généralement préférable que les déclarations soient transmises d'avance par écrit à la commission et à la partie adverse. Dans certains cas, la commission peut estimer qu'il est inutile de procéder à la présentation initiale des pièces du dossier, etc. La commission indique alors qu'elle a déjà examiné le dossier et les vues exprimées par les parties dans leurs mémoires. La commission peut éventuellement demander que les parties clarifient certains points ou que les éléments contestés soient démontrés (voir, par exemple, la décision du 15 mars 2019 dans l'affaire Leo Nielsen Trading ApS et Glock Ges.m.b.H. contre la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale). L'audience se clôture par la présentation des conclusions finales par les parties ou leurs avocats (plaidoiries), après quoi l'affaire est mise en délibéré. Normalement, le vote a lieu dans le prolongement direct de la mise en délibéré. De manière générale, la procédure orale auprès de la commission des recours dure entre quatre et cinq heures. Dans les affaires plus importantes, elle peut prendre un ou deux jours. Aucune procédure orale n'a été ouverte en 2020.

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

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

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

A priori, le montant des dépens ne peut pas dépasser 75 000 DKK (article 9, al. 5, du décret sur la commission des recours). 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 marché, ou si des circonstances spéciales le justifient (cf. article 9, al. 6, du décret sur la commission des recours). Dans sa décision du 9 février 2018, Dansk Cater A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, la commission a fixé à 100 000 DKK le montant des dépens attribués à la partie ayant obtenu gain de cause.

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

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

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

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

- les recours contre le refus par l'entité adjudicatrice d'octroyer un droit d'accès aux documents dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, c.-à-d. les affaires où la commission des recours fait office d'instance de recours aux termes de l'article 37 de la loi sur la transparence de l'administration. En revanche, la commission ne fait pas office d'instance de recours pour les affaires liées à un refus d'octroyer un droit d'accès dans le cadre de l'exécution de contrats conclus à la suite d'un appel d'offres (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 les années 2016, 2017, 2018 et 2019 et au chapitre 3 du présent rapport pour une description plus détaillée de la pratique de la commission dans les affaires liées au droit d'accès.

## 2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DO- MAINES

### 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). 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 2020, qui ont toutes été publiées sur le site de la commission. Certaines décisions portent sur des questions de principe. D'autres concernent des problèmes qui, en dépit de leur nature, sont susceptibles de présenter un intérêt pour le grand public.

Les décisions sont réparties selon les catégories suivantes :

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

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

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

*Décision du 19 mai 2020, Alsvognen I/S contre Fynbus, Sydtrafik et Midttrafik, et décision du 27 octobre 2020, Øens Taxa contre Fynbus, Sydtrafik et Midttrafik*

*Les deux recours, étroitement liés, portaient sur la mise en concurrence, au titre de la directive européenne sur les services spéciaux, de services de transport à la demande, notamment. La décision du 19 mai 2020 concernait la mise en concurrence de services de transport « FV6-FlexVariabel » avec les types de véhicule 5 et 6, entre autres. La décision du 27 octobre 2020, quant à elle, concernait la mise en concurrence de services « FG6-Flexgaranti » avec les mêmes types de véhicule. Cet appel d'offres différait de l'appel d'offres FV6 en ce qu'un certain chiffre d'affaires était garanti à l'opérateur des transports. Les cahiers des charges à la base des deux appels d'offres (en ce compris les exigences minimales relatives aux types de véhicule) étaient pour ainsi dire identiques. Les sociétés de transport ont conclu des accords-cadres avec une série d'opérateurs. Les transports ont été attribués aux opérateurs selon le principe de coordination « Planet », sur la base des prix offerts.*

Dans le cadre de l'appel d'offres FV6, les sociétés de transport ont, après avoir été contactées par Alsvognen, directement abandonné une exigence minimale, selon laquelle il devait y avoir « de la place pour deux grands fauteuils roulants » dans les types de véhicule 5 et 6. Alsvognen, dont les véhicules de ces types répondaient apparemment à l'exigence minimale, a alors saisi la commission des recours et avancé dans ses conclusions que le changement était contraire à l'article 36, paragraphe 1, de la directive et à son article 89, paragraphe 4, rapproché du paragraphe 5 concernant la modification des exigences fondamentales.

La commission des recours a établi qu'il convenait de considérer que le respect de l'exigence minimale avait entraîné des frais supplémentaires pour l'acquisition et l'exploitation des véhicules et que les offres qui respectaient l'exigence minimale, dont celle d'Alsvognen, avaient été moins compétitives lors de l'attribution des transports dans le système Planet. L'exigence minimale aurait permis de dissuader certains soumissionnaires potentiels de soumettre une offre et rien ne permettait d'établir que cela n'avait été pas le cas. Il s'agissait donc d'une modification substantielle qui tantôt « introduisait des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché » (cf. article 89, paragraphe 4, sous a, de la directive sur les services spéciaux), tantôt « modifiait l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial » (cf. article 89, paragraphe 4, sous b). De tels cas ne peuvent se produire sans une nouvelle procédure de passation de marché (cf. article 89, paragraphe 5).

Les transports avec les types de véhicule 5 et 6 n'ayant pas été remis en concurrence, les transports attribués ultérieurement à l'abandon de l'exigence minimale ont été directement attribués en contradiction avec les règles en matière de marchés publics.

Dans sa décision du 19 mai 2020, la commission des recours a donc déclaré tous les accords-cadres FV6 conclus sur les transports avec les types de véhicule 5 et 6 dépourvus d'effets à compter du 1<sup>er</sup> août 2020 et a, conformément à l'article 18, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours, condamné les sociétés de transport à payer une pénalité financière de 3 millions DKK.

Dans sa décision du 27 octobre 2020, la commission des recours a établi, en référence au lien étroit entre les deux appels d'offres, qu'il convenait également dans le cadre de l'appel d'offres FG6 de considérer que les sociétés de transport avaient abandonné l'exigence minimale fondamentale concernant la taille des véhicules. Le fait que les sociétés de transport, après la décision de mai, aient résilié la majorité des accords-cadres FG6 conclus avec les types de véhicule 5 et 6 au 31 octobre 2020 et organisé le 16 juillet 2020 une nouvelle procédure de passation de marché sans l'exigence minimale concernant la taille des véhicules en vue de conclure un nouveau marché au 1<sup>er</sup> novembre 2020, ne changeait au caractère d'attribution directe des attributions régulièrement opérées. À cet égard, la commission des recours a noté que la nouvelle procédure n'avait pas été mise en œuvre lorsque l'exigence minimale avait été abandonnée au plus tard en août 2019 contrairement à l'article 36, paragraphe 1, et à l'article 89, paragraphe 4, de la directive sur les services spéciaux et que l'exigence définie à l'article 89, paragraphe 5, selon laquelle une modification ne peut être opérée sans une nouvelle procédure de passation de marché, ne pouvait pas être entendue de telle sorte que l'appel

d'offres FG7, organisé bien plus tard, « annulait » les enfreintes à la directive sur les services spéciaux commises par les sociétés de transport.

En référence aux différences juridiques capitales entre l'effet juridique produit par la résiliation d'un contrat et l'effet juridique produit par un contrat déclaré dépourvu d'effets, la résiliation de la majorité des contrats par les sociétés de transport n'empêchait pas la commission des recours (pour peu que les conditions soient remplies) de déclarer les contrats dépourvus d'effets, y compris à compter de la même date. Tous les accords-cadres conclus avec les types de véhicule 5 et 6 ont donc été déclarés dépourvus d'effets à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2020. Conformément à l'article 18, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours, la commission des recours a condamné les sociétés de transport à payer une pénalité financière de 7 millions DKK.

S'agissant de la sanction « absence d'effets », la commission des recours a indiqué dans sa décision du 19 mai 2020 que cette sanction était imposée par la loi et devait, comme dans le cas en présence, être appliquée même si aucunes conclusions n'étaient formulées à cet égard. La commission n'a pas dû répéter cela dans sa décision du 27 octobre 2020 du fait que des conclusions avaient été déposées dans ce sens.

Les décisions ont été portées devant la justice et les recours ont donc été clôturés devant la commission des recours.

#### *Décision du 19 août 2020, EG A/S contre Municipalité d'Egedal*

*Une réduction de prix individuelle et négociée de 75 % dans le cadre d'un marché de gré à gré passé sur la base d'un accord-cadre n'était pas autorisée par l'accord-cadre et constituait une modification d'éléments fondamentaux. Le marché a été partiellement déclaré dépourvu d'effets.*

En 2019, Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (ci-après « SKI ») a mis en concurrence l'accord-cadre « 02.19 SaaS-Cloud » (ci-après « l'Accord-cadre »). Le 11 février 2020, la municipalité d'Egedal a procédé à une attribution directe au profit de KMD A/S (ci-après « KMD ») en référence à l'Accord-cadre. La municipalité souhaitait acquérir un nouveau système de gestion des salaires et du personnel. Les autorités municipales et KMD ont alors passé un marché sous la forme d'un contrat de fourniture écrit et d'un avenant séparé contenant une réduction de prix. Les deux documents étaient datés au 20 février 2020 (le contrat intégral est ci-après dénommé « le Contrat »).

Le recours visait à déterminer si la municipalité d'Egedal, lors de l'attribution directe, avait agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et de l'article 99 de ladite loi (article 33, paragraphe 4, sous a, de ladite directive). La question était de savoir si l'attribution directe et la réduction de prix constituaient une application légale des dispositions de l'Accord-cadre en matière de négociation et de réduction de prix ou si les dispositions de l'Accord-cadre et les règles de droit en matière de passation de marchés publics concernant la modification d'un élément fondamental avaient été violées dans le cadre de l'attribution directe combinée à une réduction de prix importante. Entre autres, le requérant a fait valoir plus avant que les autorités municipales avaient, dans le cadre de l'attribution directe, négocié avec KMD et que KMD et elles avaient donc convenu d'une réduction de prix d'environ 75 % par rapport aux prix que KMD avait offerts dans

le cadre de l'appel d'offres initial concernant l'Accord-cadre. Le requérant a soutenu qu'à la place, les autorités municipales auraient dû appliquer l'article 100 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 33, paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE) concernant la remise en concurrence. Les autorités municipales ont contesté que des négociations avaient eu lieu et soutenu que l'attribution et la réduction de prix étaient légales.

La commission des recours a constaté que les autorités municipales avaient, sur la base d'une annonce faite par SKI, jugé qu'il était possible de procéder à une attribution directe au profit de KMD à un prix jugé compétitif et de telle sorte qu'il était présumé que KMD pourrait « adapter » (dans le sens de réduire) le prix via une réduction de prix individuelle vis-à-vis des autorités municipales dans le cadre de l'attribution directe envisagée et de la conclusion du Contrat. Sur la base des circonstances et du déroulement des événements et après les avoir examinés dans leur ensemble, la commission des recours a jugé qu'il était prouvé que des négociations avaient eu lieu entre les autorités municipales et KMD et que ces négociations avaient, d'une part, porté sur une attribution directe du Contrat et, d'autre part, entraîné une modification du prix présumé pour les prestations, lequel avait, en l'occurrence, été réduit d'environ 75 %. En outre, la commission des recours a estimé que les dispositions de l'Accord-cadre ne permettaient pas de telles négociations ni une telle réduction de prix individuelle.

La commission des recours a ajouté que d'une part, le prix à payer par l'entité adjudicatrice faisait normalement partie des éléments fondamentaux d'un accord et qu'une modification du prix constituait donc souvent une modification substantielle. Cela vaut également pour toute modification ou tout écart par rapport à une structure de prix convenue ou à des niveaux ou changements de prix convenus lorsque de telles modifications ou de tels écarts ne sont pas opérés en application d'une disposition modificative légale du contrat. D'autre part, toute modification, aussi insignifiante soit-elle, de dispositions antérieures convenues en matière de rémunération ne doivent pas nécessairement être considérées comme une modification contractuelle substantielle, dans le cadre de laquelle il convient également de considérer la portée du changement de prix par rapport à l'importance du contrat dans son ensemble. En évaluant si la démarche choisie avec les négociations et la réduction de prix était conforme aux règles de droit en matière de passation de marchés publics concernant la possibilité de modifier des contrats, la commission des recours a cherché à déterminer à qui il convenait de considérer que la modification apportée était favorable. À cet égard, la commission s'est fondée sur plusieurs autres éléments et conclu que les négociations concernant la réduction de prix avaient également entraîné une modification de l'équilibre économique de l'Accord-cadre d'une manière qui n'était pas prévue dans l'Accord-cadre initial, cf. article 178, al. 2, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 72, paragraphes 4 et 5, de la directive 2014/24/UE). La commission des recours a estimé que la modification était basée sur des négociations entre les parties et prouvait donc l'intention des parties de renégocier un élément fondamental de l'Accord-cadre (voir également l'affaire C-454/06, Preetext, motif 34). Dès lors, l'utilisation modifiée de l'Accord-cadre avec les négociations individuelles et la réduction de prix convenue devait être considérée comme entraînant une modification d'éléments fondamentaux. Le fait que la modification fût en faveur de l'entité adjudicatrice ne changeait rien à cette conclusion, cf. motifs de l'article 178, al. 2, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 72, paragraphes 4 et 5, de la directive 2014/24/UE).

Le contrat a été déclaré dépourvu d'effets au 1<sup>er</sup> janvier 2021 (cf. article 17, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours), en ce sens que rien ne permettait d'appliquer l'exception prévue à l'article 17, al. 3. En vertu de l'article 18, al. 2, point 3, de ladite loi, une sanction (légale) de substitution a été imposée du fait que le contrat n'avait été que partiellement déclaré dépourvu d'effets. Le montant de la sanction a été fixé à 90 000 DKK.

*Décision du 3 novembre 2020, Euformatics Oy contre Nationalt Genom Center*

*Passation de gré à gré d'un marché visant l'acquisition d'un logiciel d'analyse génétique. Les conditions à la base des dispositions dérogatoires définies à l'article 80, al. 3, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 32, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE) concernant l'absence de concurrence pour des raisons techniques n'étaient pas remplies et l'obligation de mise en concurrence avait donc été violée.*

Nationalt Genom Center (NGC) est une Direction générale relevant du ministère danois de la Santé et de la Vieillesse. Le 8 juillet 2019, NGC a publié un avis de marché de gré à gré (cf. article 4 de la loi danoise sur la commission des recours) visant l'acquisition par attribution directe d'un logiciel pour l'analyse tertiaire de données à des fins d'analyse génétique. Le marché a été attribué le 4 juillet 2019. Le délai suspensif a expiré le 18 juillet 2019 et le 22 juillet 2019, NGC a conclu un contrat avec la société Golden Helix (États-Unis). Euformatics Oy (Finlande) (Euformatics) a introduit un recours après l'expiration du délai suspensif. La commission des recours a constaté que l'achat du logiciel était à la base soumis à l'obligation de mise en concurrence. Comme seul motif réel de l'attribution directe, l'avis de marché de gré à gré indiquait une description du logiciel de Golden Helix et de son utilisation avec les données de NGC et précisait que « la combinaison de toutes les fonctions dans une seule et même suite logicielle était unique ».

La commission des recours a noté que NGC n'avait juridiquement justifié l'attribution directe que par le fait que l'absence de concurrence tenait à des motifs techniques, cf. article 80, al. 3, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 32, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE). En outre, la commission a noté que NGC n'avait que très succinctement précisé en quoi les conditions à la base des dispositions dérogatoires étaient remplies. En revanche, la Direction générale n'avait pas indiqué que l'attribution directe était nécessaire afin de protéger des droits exclusifs, en ce compris des droits de propriété intellectuelle tels qu'un droit exclusif ou des droits de licence sur le logiciel, cf. article 80, al. 3, point 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 32, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE), qui auraient pu rendre difficile ou impossible l'acquisition du logiciel ou d'un logiciel correspondant auprès d'autres fournisseurs. NGC avait réalisé une étude de marché auprès des hôpitaux et cliniques au Danemark, mais la commission des recours a estimé que ni les informations sur l'étude de marché, ni les informations présentées sur une autre base ne prouvaient que le fournisseur choisi était, suite à une impossibilité technique ou à d'importantes difficultés techniques, le seul à pouvoir livrer un logiciel pouvant répondre aux besoins définis. Ainsi, NGC n'avait pas précisément défini ni documenté ses vues selon lesquelles la société Golden Helix était la seule à pouvoir fournir le logiciel, comme l'exigent les motifs de la loi. Il n'était pas prouvé non plus que l'interopérabilité entre la solution choisie et les solutions utilisées d'avance dans les hôpitaux et cliniques au Danemark était telle que les strictes conditions à la base des dispositions dérogatoires concernant l'absence de concurrence pour des raisons techniques étaient remplies.

La décision de la commission des recours montre que le champ d'application des dispositions dérogatoires concernant l'absence de concurrence pour des raisons techniques est étroit et qu'une description succincte des éléments prouvant que les conditions définies pour une attribution directe sont remplies ne suffit pas.

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

*Décision du 24 janvier 2020, Elbit Systems Ltd. contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale*

*La Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI) a reçu les offres définitives d'Elbit et de Nexter Systems dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreinte négociée lancée au titre de la directive sur la défense et la sécurité et concernant un contrat de fourniture d'artillerie automotrice d'une valeur estimée entre 66 et 133 millions EUR. Le soumissionnaire évincé, Elbit, a saisi la commission des recours après la conclusion du contrat avec Nexter. Le recours a été reporté à plusieurs reprises suite à d'importantes questions liées au droit d'accès aux documents et au dépôt de nouvelles conclusions. Le requérant a obtenu gain de cause sur l'un des points. La décision d'attribution n'a pas été annulée.*

Dans plusieurs de ses conclusions (1a à 1g), Elbit a fait valoir que FMI avait agi contrairement à l'article 4 de la directive sur la défense et la sécurité : entre autres, FMI n'avait pas attiré l'attention d'Elbit sur la possibilité de structurer la fourniture sur une plateforme d'armement spéciale alors que cela avait été exclu lors d'un appel d'offres antérieur ; lors de son évaluation, FMI n'avait pas suivi les exigences définies dans le dossier d'appel d'offres selon lesquelles la solution choisie devait pouvoir être qualifiée comme une solution MOTS/COTS ; sur plusieurs autres points, l'évaluation n'était pas conforme au cahier des charges ; le modèle d'évaluation ne convenait pas pour les pièces de rechange ; l'offre de Nexter était anormalement basse (calcul du coût du cycle de vie) ; l'offre de Nexter s'écartait d'une exigence applicable en matière de passation de marchés publics ; le contrat conclu s'écartait largement du cahier des charges ; et il s'agissait d'une modification d'un élément fondamental qui exigeait une remise en concurrence.

Le requérant a uniquement obtenu gain de cause pour une partie de ses conclusions 1d concernant le calcul du coût du cycle de vie. Ces conclusions cherchaient à établir si FMI avait jugé les deux offres de manière différente et si l'offre de Nexter était anormalement basse. Le cahier des charges permettait à FMI d'ajuster les données « MTBF » (temps moyen avant incident) et « MTTR » (délai moyen de réparation) indiquées par les soumissionnaires. Cette possibilité de modifier les données des soumissionnaires créait un doute quant à la manière dont le coût du cycle de vie serait calculé. FMI a réduit le calcul d'Elbit de 1 % et augmenté le calcul des coûts d'exploitation et de maintenance de Nexter de 426 %. Les modifications apportées étaient d'une vaste portée, qui renforçait le manque de transparence de l'évaluation.

Selon les informations à la base du recours, il n'y avait pas lieu de supposer que l'incertitude concernant les coûts d'exploitation de Nexter était due au fait que Nexter avait soumis une offre anormalement basse (cf. article 49 de la directive). Toutefois, FMI n'avait pas, lors de la rédaction du dossier

d'appel d'offres et de la définition du modèle appliqué pour le calcul du coût du cycle de vie, veillé à ce que tous les coûts d'exploitation et de maintenance pertinents soient indiqués par les soumissionnaires et inclus dans le calcul du coût du cycle de vie.

Les autres conclusions, en ce compris la partie des conclusions 1d concernant l'absence de mise en concurrence des pièces de rechange, ont été rejetées, car aucun élément ne permettait de donner gain de cause au requérant. La commission des recours a indiqué que la violation constatée ne pouvait pas être assimilée à la violation à la base de sa décision du 15 février 2019 dans l'affaire KONE A/S contre SKI.

Le requérant a été débouté de ses conclusions visant une annulation de la décision d'attribution, car la violation invoquée dans les conclusions 1d portait sur l'évaluation d'une moindre partie de la prestation globale et que l'ajustement opéré durant l'évaluation avait été au profit d'Elbit et n'avait donc pas influencé l'issue de l'appel d'offres.

Elbit a intenté un recours devant les juridictions.

*Décision du 22 avril 2020, Hydrema Danmark A/S contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI)*

*Erreur lorsque l'entité adjudicatrice a octroyé un droit d'accès à l'offre du soumissionnaire retenu, de telle sorte qu'un concurrent a pu consulter certains prix unitaires. Importance de cette erreur lors du lancement d'un appel d'offres pour un marché partiellement identique.*

La décision intermédiaire rendue en l'espèce est résumée dans le rapport annuel 2019 de la commission des recours. La décision définitive a été rendue le 22 avril 2020, dans le cadre de laquelle la commission a maintenu qu'il n'y avait pas lieu de donner gain de cause à Hydrema.

*Décision du 30 avril 2020, Fayard A/S contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI) et décision du 1<sup>er</sup> mai 2020, Karstensens Skibsværft A/S contre FMI*

*L'exigence d'habilitation de sécurité définie par l'entité adjudicatrice dans le but notamment de répondre aux engagements internationaux du Danemark était proportionnelle. Les soumissionnaires devaient satisfaire aux exigences, même si l'entité adjudicatrice n'avait pas assuré leur respect de manière aussi strict par le passé.*

Le recours portait sur le lancement d'une procédure de mise en concurrence réduite concernant le traitement en chantier naval, la réparation et l'entretien de l'un des navires d'inspection de la Marine danoise conformément à un accord-cadre visant la fourniture de travaux standard en chantier naval, y compris le service après-vente et l'entretien de navires dont le tonnage était compris entre 3 000 et 4 000 tonnes.

Lors de l'appel d'offres, FMI a, en application de l'accord-cadre, indiqué comme condition que le fournisseur devait avoir l'habilitation de sécurité requise et que seuls les salariés du fournisseur et des sous-traitants possédant l'habilitation de sécurité requise pourraient avoir accès au matériel et aux informations classés conformément à des règles de sécurité spécifiques de l'OTAN. Dans le cadre de la

soumission de son offre, le fournisseur devait fournir une déclaration à cet égard et joindre une liste avec le nom de ses salariés censés obtenir l'habilitation de sécurité et le nom des sous-traitants connus à la date de la soumission.

Parallèlement à l'appel d'offres, FMI a publié une note d'information indiquant qu'elle trouvait nécessaire, suite à ses observations depuis un certain temps déjà, de préciser les exigences découlant de l'accord-cadre et concernant les habilitations de sécurité de ses fournisseurs et d'insister sur celles-ci. FMI a également publié un avis en cas de transparence ex ante volontaire dans le Journal officiel de l'Union européenne visant à préciser et clarifier les exigences de sécurité qui découlaient de l'accord-cadre et dont le respect serait désormais assuré.

FMI a reçu des offres de trois soumissionnaires. FMI a décidé de conclure un contrat avec l'un des soumissionnaires et de rejeter en même temps les deux autres offres au motif qu'elles n'étaient pas conformes au cahier des charges. Le motif invoqué était que les offres ne contenaient pas de déclaration concernant le recours à des salariés possédant l'habilitation de sécurité requise.

Fayard a saisi la commission des recours et fait valoir notamment qu'il était difficile pour n'importe quel chantier naval de fournir dans le délai imparti suffisamment de salariés et de sous-traitants possédant toutes les habilitations de sécurité requises. L'exigence d'habilitation de sécurité pour toutes les personnes impliquées n'était donc pas proportionnelle par rapport au besoin objectif de FMI en la matière. En outre, Fayard avait par le passé déjà soumis des offres à FMI, qui n'avaient pas été jugées non conformes au cahier des charges suite à l'exigence d'habilitation de sécurité, laquelle devait donc être jugée comme une modification substantielle des conditions réelles fixées dans l'accord-cadre.

Karstensens Skibsværft a, elle aussi, saisi la commission des recours et fait valoir notamment que les exigences d'habilitation de sécurité et les documents supplémentaires requis à cet égard n'avaient pas été clairement annoncés. Comme Fayard, Karstensens Skibsværft a fait valoir qu'elle avait participé à plusieurs appels d'offres relevant de l'accord-cadre sans que l'exigence d'habilitation de sécurité n'ait été pratiquée, qu'il était difficile de répondre à cette exigence et que celle-ci, par conséquent, n'était pas proportionnelle.

La commission a indiqué que les exigences d'habilitation de sécurité ressortaient clairement du dossier d'appel d'offres et que les exigences définies pour satisfaire aux engagements internationaux du Danemark (y compris aux engagements sous la tutelle de l'OTAN) n'étaient pas jugées aller au-delà ce qui était nécessaire pour répondre aux besoins objectifs de FMI. FMI était donc dans l'obligation de s'assurer que le soumissionnaire retenu dans le cadre de la procédure réduite satisfaisait aux exigences définies en matière d'habilitation de sécurité. Cela était d'application, même si FMI, lors de procédures réduites antérieures organisées au titre de l'accord-cadre, n'avait pas assuré le respect des exigences d'habilitation de sécurité de manière aussi stricte. FMI était donc en droit et dans l'obligation de rejeter les offres soumises par Fayard et Karstensens Skibsværft au motif qu'elles n'étaient pas conformes au cahier des charges.

*Décision intermédiaire du 6 mai 2020, Dansk PersonTransport contre Municipalité de Næstved*

*Dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence de services de transport spécial pour des enfants d'école et de garderie, le fournisseur initial bénéficiait d'un avantage concurrentiel en ce sens qu'il connaissait les adresses des usagers existants. L'entité adjudicatrice avait indiqué certaines informations dans une feuille de calcul, mais n'avait pas, en refusant de fournir des informations supplémentaires en référence aux règles liées à la protection des données à caractère personnel, réduit l'avantage concurrentiel du fournisseur existant dans la plus large mesure possible, en ce sens que la commission a estimé qu'il était établi que l'entité adjudicatrice aurait pu, tout en respectant les règles liées à la protection des données à caractère personnel, largement réduire, de manière simple et raisonnable et sans fournir les adresses précises, ledit avantage concurrentiel. En outre, l'entité adjudicatrice avait agi contrairement à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a-d, g et i, de la directive 2014/24/UE). La condition de justification à première vue (fusus boni juris) était donc remplie. Toutefois, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours, car le requérant, qui était une organisation interprofessionnelle, n'avait pas prouvé que la condition d'urgence était remplie.*

Le recours portait sur la mise en concurrence, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un contrat en cinq lots concernant la fourniture de services de transport spécial pour des enfants d'école et de garderie.

Le critère d'attribution était le prix le plus bas et les soumissionnaires devaient, lors de la soumission de leurs offres, uniquement indiquer un prix au kilomètre pour chaque lot. Les services englobaient des transports types entre le domicile des usagers et l'école/garderie ou entre deux établissements scolaires et le fournisseur devait lui-même planifier et organiser les itinéraires éventuels en tenant compte des besoins particuliers des usagers, dont le besoin d'un fauteuil roulant. Les transports devaient être facturés selon « un prix au kilomètre par passager pour l'itinéraire direct le plus court en voiture entre les deux adresses ».

Dans le cadre de diverses questions-réponses, des demandes ont été formulées visant la livraison de listes de transport et d'adresses sous forme anonyme pour les usagers ainsi que d'informations concernant, le cas échéant, les aides requises. Les demandes étaient motivées par le fait que le fournisseur existant était en possession desdites informations et qu'il bénéficiait donc d'un avantage concurrentiel si les informations n'étaient pas transmises. Les autorités municipales de Næstved ont refusé de fournir les informations au motif qu'il s'agissait d'informations personnelles très sensibles et qu'il serait contraire aux règles liées à la protection des données à caractère personnel de les communiquer. À la place, les autorités municipales ont fait référence à une feuille de calcul contenant des informations sur le nombre d'élèves, sur les heures d'arrivée et de départ auprès des différents établissements et sur le code postal de chaque élève.

Avant l'expiration du délai de soumission, la commission des recours a été saisie par l'organisation interprofessionnelle Dansk PersonTransport, qui était admise à former le recours en application de l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 3, de la loi danoise sur la commission des recours. En référence à l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 12 mars 2008 dans l'affaire T-345/03, Europaïki Dynamiki vs Commission européenne (motifs 73-76), Dansk PersonTransport a notamment fait valoir que les autorités

municipales de Næstved n'avaient pas fait le nécessaire pour neutraliser l'avantage concurrentiel dont bénéficiait le fournisseur initial. En outre, Dansk PersonTransport a invoqué que les autorités municipales de Næstved avaient enfreint l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a-d, g et i, de la directive 2014/24/UE).

La commission des recours a indiqué qu'une entité adjudicatrice était dans l'obligation de chercher dans la plus large mesure possible à réduire l'importance de l'avantage concurrentiel dont le fournisseur initial était susceptible de bénéficier dans le cadre de l'appel d'offres. Le modèle de calcul appliqué en l'occurrence donnait clairement au fournisseur initial un avantage concurrentiel puisqu'il connaissait les adresses des enfants qui avaient jusqu'alors eu recours aux services de transport spécial. Le fait que le fournisseur initial n'offre pas le prix le plus bas pour aucun des lots n'entraînait pas en soi qu'il ne bénéficiait pas d'un tel avantage. Durant la procédure d'appel d'offres, les autorités municipales de Næstved avaient tenté, notamment en fournissant la feuille de calcul, de réduire l'importance de l'avantage concurrentiel du fournisseur initial. Néanmoins, la commission des recours a estimé qu'il était établi que les autorités municipales auraient pu, tout en respectant les règles liées à la protection des données à caractère personnel, réduire davantage encore, de manière simple et raisonnable et sans fournir les adresses précises, ledit avantage concurrentiel. Les autorités municipales n'avaient donc pas prouvé que l'avantage concurrentiel du fournisseur initial avait été réduit dans la plus large mesure possible.

Par ailleurs, la commission des recours a indiqué que les autorités municipales de Næstved avaient violé le principe de transparence et agi contrairement à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a-d, g et i, de la directive 2014/24/UE) en indiquant dans le cahier des charges que les motifs d'exclusion non obligatoires définis à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, points 1-6 de ladite loi (article 57, paragraphe 4, sous a-d, g et i, de ladite directive), étaient d'application alors que cela ne ressortait pas de l'avis de marché.

La commission des recours a donc estimé que vu la nature des violations et la présence de 13 soumissionnaires potentiels intéressés durant la procédure, dont huit n'ont pas soumis d'offre, il était envisageable, après avoir concrètement examiné les faits, que le requérant obtienne gain de cause pour ses conclusions d'annulation. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie.

Le recours a été introduit par une organisation admise à le former et la commission des recours s'est ensuite prononcée sur la condition d'urgence. Dans le cadre du recours, Dansk PersonTransport avait indiqué qu'elle ne subirait pas de préjudice matériel si l'effet suspensif n'était pas octroyé au recours. Étant donné que Dansk PersonTransport n'avait pas renseigné d'autres circonstances qui prouveraient que la condition d'urgence était remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours.

Les autorités municipales de Næstved ont par la suite annulé l'appel d'offres et le requérant s'est désisté.

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

*Décision intermédiaire du 29 mai 2020, Audio Visionary Music A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)*

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

SKI a mis en concurrence un accord-cadre visant la fourniture de matériel de bibliothèque et autre à différentes entités adjudicatrices. L'accord-cadre comprenait huit lots, et un contrat devait être conclu avec chaque fournisseur pour chacun des lots. Les soumissionnaires devaient soumettre des offres pour un ou plusieurs lots. Le recours portait principalement sur les lots 1 et 2, qui concernaient des prestations identiques, mais de telle sorte que les prestations relevant du lot 1 devaient être fournies à des entités adjudicatrices à l'est du Danemark et les prestations relevant du lot 2 à des entités adjudicatrices à l'ouest du Danemark. Le critère d'attribution était le prix. La valeur totale estimée pour l'accord-cadre était de 1,021 milliard DKK. La valeur du lot 1 était estimée à 253 millions DKK et celle du lot 2 à 475 millions DKK.

Dans le cahier des charges, SKI avait défini un modèle dit « est/ouest » pour les lots 1 et 2 (notes de musique et livres danois). En vertu de ce modèle, le lot 1 (Danemark de l'Est) serait attribué à un premier fournisseur et le lot 2 (Danemark de l'Ouest) à un second fournisseur, mais des prix offerts identiques seraient d'application pour tous les clients, qu'ils se situent dans l'ouest ou l'est du Danemark. Ainsi, il n'était pas possible de soumettre une offre pour l'un des deux lots seulement et les soumissionnaires devaient offrir des prix pour la marge bénéficiaire et la préparation, qui devaient être identiques pour les lots 1 et 2. Le soumissionnaire qui offrirait le prix le plus bas se verrait attribuer le lot 2. Le soumissionnaire qui offrirait le deuxième prix le plus bas se verrait proposer de fournir le lot 1, à la condition toutefois qu'il accepte, comme le présupposait l'attribution du marché, de fournir les produits et services visés par ce lot aux clients de l'est du Danemark aux mêmes prix que ceux offerts par le soumissionnaire offrant le deuxième prix le plus bas pour la fourniture des produits et services aux clients de l'ouest du Danemark. Pour peu que le soumissionnaire offrant le deuxième prix le plus bas n'accepte pas cette condition, cette possibilité serait proposée au soumissionnaire suivant et ainsi de suite. Pour peu qu'aucun soumissionnaire ne veuille fournir le lot 1 aux mêmes prix que le soumissionnaire fournissant le lot 2, ce dernier se verrait également attribuer le lot 1.

SKI a reçu des offres d'Audio Visionary Music A/S (AVM) et BibMedia A/S et indiqué, durant le recours, que ces deux sociétés étaient en réalité les seules du marché. Les deux sociétés ont soumis des offres pour tous les lots.

BibMedia a offert le prix le plus bas pour les deux lots et s'est donc vu attribuer le lot 2, tandis qu'AVM a offert le deuxième prix le plus bas. Conformément au modèle « est/ouest » défini, SKI a proposé à AVM le lot 1 à la condition qu'AVM fournisse les produits et services aux mêmes prix que BibMedia. AVM a accepté cette condition.

AVM a néanmoins saisi la commission des recours et notamment avancé dans ses conclusions que SKI avait enfreint le principe d'égalité de traitement et l'article 56 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 27, paragraphe 1, point 1, de la directive 2014/24/UE) (sur les procédures ouvertes) en appliquant le modèle « est/ouest », car le soumissionnaire offrant le deuxième prix le plus bas avait ainsi la possibilité de modifier son offre après l'expiration du délai de soumission. Le recours contenait d'autres conclusions, dont certaines portaient sur le modèle d'évaluation appliqué, mais celles-ci ne seront pas décrites plus avant dans ce rapport.

SKI a invoqué que le modèle « est/ouest » n'était pas contraire aux règles en matière de marchés publics. Le modèle était précisément décrit dans le cahier des charges et aucunes négociations n'ont eu lieu lorsque SKI a proposé à AVM de lui attribuer le lot 1.

Dans sa décision intermédiaire, la commission de recours a indiqué qu'il s'agissait d'une procédure ouverte et qu'une fois son offre soumise, le soumissionnaire ne pouvait en principe plus la modifier, que ce soit à sa propre initiative ou à celle de l'entité adjudicatrice. Dans le cadre d'une procédure ouverte, les principes d'égalité de traitement et de transparence empêchent donc toute forme de négociations entre l'entité adjudicatrice et le soumissionnaire. Pour peu qu'un soumissionnaire, à la demande de l'entité adjudicatrice, ait la possibilité de modifier (réduire) le prix offert et de le fixer à un prix plus bas spécifique, cela implique la possibilité pour le soumissionnaire de modifier une condition fondamentale de son offre, à savoir le montant indiqué dans l'offre initiale, d'une manière qui favorise l'entité adjudicatrice et qui permet au soumissionnaire d'améliorer son prix et, partant, son offre en vue de se voir attribuer le marché. Selon l'usage, une telle méthode serait contraire à l'interdiction de négocier. La commission des recours a estimé qu'il ne pouvait pas être dérogé à l'interdiction de négocier dans le cadre d'une procédure ouverte au seul motif que SKI avait décrit le modèle « est/ouest » dans le cahier des charges. Au demeurant, SKI n'avait pas établi qu'il n'aurait pas été possible sans cela d'obtenir la souplesse souhaitée et de garantir ainsi les intérêts invoqués par SKI pour justifier le modèle.

Il était donc envisageable qu'AVM obtiendrait gain de cause pour cette partie du recours et pour les conclusions d'annulation déposées, mais la commission des recours n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours, car la condition d'urgence n'était pas remplie.

Le recours a été réglé définitivement par la décision du 14 janvier 2021. Durant le reste de la procédure de recours, SKI a précisé sa motivation du modèle « est/ouest ». La commission a toutefois maintenu, quoique moyennant quelques ajouts, que le modèle n'était pas légal, et la décision d'attribution concernant les conclusions 1 et 2 a été annulée.

#### *Décision du 10 septembre 2020, E.K. Entreprise A/S contre Post Danmark A/S et Lokesvej 18 ApS*

Post Danmark A/S et Lokesvej 18 ApS (ci-après dénommées conjointement « PostNord ») ont invité, dans le cadre d'un appel d'offres, neuf entrepreneurs clés en main à construire à Hillerød une plateforme de distribution. Selon le dossier d'appel d'offres, PostNord s'attendait à ce que les travaux de construction s'élèvent à 35 millions DKK. Vu que l'offre la plus basse était de 40,3 millions DKK, PostNord a annulé l'appel d'offres au motif que « les offres reçues ne répondaient pas à ses attentes en termes de qualité et de prix ».

PostNord a ensuite attribué le marché à DS Flexhal A/S, qui n'avait pas soumis d'offre. E.K. Entreprise, qui avait soumis l'offre avec le prix le plus bas dans le cadre de l'appel d'offres, a saisi la commission des recours.

Le requérant a avancé que PostNord avait enfreint l'article 8 de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux en annulant l'appel d'offres sans tenir compte des principes d'égalité de traitement et d'objectivité et qu'elle avait violé aussi l'article 2 de ladite loi en n'attribuant pas le marché au requérant.

La commission des recours n'a pas trouvé lieu d'établir que l'annulation était contraire aux principes mentionnés ou que ses fins n'étaient pas objectives.

En outre, le requérant a avancé dans ses conclusions que PostNord avait violé l'article 2 de ladite loi en concluant, à l'occasion d'une procédure restreinte ou ouverte, un contrat avec DS Flexhal A/S qui n'avait pas soumis d'offre dans le cadre de l'appel d'offres. PostNord a invoqué qu'elle n'était pas visée par la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux puisqu'elle n'était ni une autorité publique, ni un organisme de droit public au sens de la loi (cf. article 1, al. 2, point 1).

La commission des recours a établi que même si PostNord était considérée comme un organisme de droit public, la société n'était pas visée par les restrictions d'accès à la procédure de passation de marché de gré à gré définies à l'article 12, al. 3, de ladite loi, car ces restrictions ne s'appliquent pas aux organismes de droit public, cf. article 1<sup>er</sup> du décret danois n° 817 du 23 août 2005 sur l'application par certaines entités adjudicatrices de la procédure de gré à gré prévue par la loi sur la mise en concurrence des marchés publics de travaux pour des offres soumises aux termes de l'article 12, al. 7, de ladite loi. A priori, de telles entités adjudicatrices ne sont donc pas tenues de lancer une procédure restreinte ou ouverte.

Par conséquent, il n'était pas nécessaire pour la commission des recours de déterminer si PostNord était ou pas un organisme de droit public au sens de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux.

#### *Décision du 11 novembre 2020, NIRAS A/S contre Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen*

Vandkulturhuset Papirøen est une fondation (un organisme de droit public) relevant de la notion d'entité adjudicatrice au sens de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Le recours portait sur la construction, d'une part, d'un nouveau centre aquatique et culturel d'une superficie de 5 600 m<sup>2</sup> avec des installations pour les associations locales et, d'autre part, d'une piscine portuaire à Christiansholm à Copenhague. Le concours a été remporté par l'agence d'architecture japonaise Kengo Kuma avec des conseillers adjoints.

Une procédure d'appel d'offres négociée a été lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics pour les services-conseils à fournir au maître d'ouvrage dans le cadre des travaux. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » (pondération de 40 %) et « Organisation, effectif et processus » (pondération de 60 %). Sur les neuf candidats, trois ont été présélectionnés et ont soumis une offre initiale.

Vandkulturhuset a négocié avec les trois soumissionnaires. Les trois soumissionnaires ont soumis des offres finales, et l'entité adjudicatrice a décidé de conclure un contrat avec l'un d'eux, COWI A/S, qui avait soumis l'offre avec le prix le plus élevé, mais avait en même temps obtenu le meilleur score pour le sous-critère « Organisation, effectif et processus ».

L'un des soumissionnaires évincés a saisi la commission durant le délai de suspension. En référence notamment à la nature des points soulevés dans le recours, la commission des recours a, en application de l'article 12, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours, octroyé l'effet suspensif au recours jusqu'à ce qu'elle ait rendu sa décision définitive.

Le requérant a avancé que Vandkulturhuset Papirøen avait enfreint les principes d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité définis à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) en ce sens que COWI A/S avait été profondément impliqué dans le projet bien avant la mise en concurrence et avait donc bénéficié d'un avantage concurrentiel qui n'avait pas été neutralisé pour les autres soumissionnaires. L'entreprise était conseillère du maître d'ouvrage tant durant le concours lié au projet que durant l'appel d'offres pour les services d'entreprise générale.

Le requérant a été débouté de sa demande, car COWI A/S n'avait pas été impliqué dans l'organisation de l'appel d'offres pour les services-conseils à fournir au maître d'ouvrage et n'avait pris connaissance du dossier de l'appel d'offres qu'après la publication de l'avis de marché. COWI A/S a participé à toutes les réunions de négociations concernant les services d'entreprise générale, mais selon les informations fournies, il convenait de considérer que le rôle de l'entreprise était de nature subordonnée même si elle faisait référence dans son offre à des travaux réalisés pour Vandkulturhuset Papirøen.

La commission des recours a estimé que le fait qu'un soumissionnaire entretienne déjà des relations contractuelles avec l'entité adjudicatrice préalablement à une procédure d'appel d'offres n'entraînait pas qu'il soit impartial, et ce même si lesdites relations contractuelles étaient liées au marché mis en concurrence, du fait que ce lien n'était pas direct. Le requérant n'a pas pu prouver que de telles relations antérieures avec l'entité adjudicatrice entraînaient son impartialité.

De plus, la commission des recours n'a pas estimé qu'il avait été prouvé que COWI A/S possédait, préalablement à l'appel d'offres, des connaissances telles qu'elles l'empêchent de participer à l'appel d'offres. L'accent a été mis sur le fait que l'appel d'offres pour les services-conseils à fournir au maître d'ouvrage se distinguait largement de l'appel d'offres précédent par sa structure et son contenu, en ce sens que les services mis en concurrence étaient des services-conseils généraux à fournir au maître d'ouvrage, raison pour laquelle les connaissances antérieures de l'entreprise concernant le projet étaient d'une moindre importance. De même, l'accent a été mis sur le fait que toutes les entreprises présélectionnées avaient eu accès au dossier de l'appel d'offres pour les services d'entreprise générale et que le délai de soumission des offres avait été prolongé.

Enfin, la commission des recours n'a pas estimé qu'il avait été prouvé que les modifications/adaptations opérées par l'entité adjudicatrice après les réunions de négociations avaient eu lieu afin d'attribuer le marché à COWI A/S.

Le requérant a avancé dans ses conclusions que l'entité adjudicatrice avait enfreint l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) ainsi que l'article 160 de ladite loi en ayant accordé, dans son évaluation, une plus grande importance à l'offre de COWI A/S et attribué trop de points au sous-critère « Organisation, etc. » et en ayant évalué différents éléments dans les différentes offres, en ce compris pris en compte des éléments qui n'avaient pas été décrits dans l'appel d'offres.

La commission des recours a débouté le requérant de sa demande au motif notamment qu'il n'avait pas prouvé que l'évaluation de l'entité adjudicatrice n'avait pas été objective. En outre, la commission des recours a fait référence à l'appréciation faite par l'entité adjudicatrice.

Durant la procédure d'appel d'offres, Vandkulturhuset Papirøen a apporté des modifications et ajouts concernant le sous-critère « Organisation, etc. » et le requérant a avancé que l'entité adjudicatrice avait modifié les critères d'évaluation contrairement à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE). La commission a débouté le requérant de sa demande au motif, d'une part, qu'il avait été annoncé durant les réunions de négociations que le cahier des charges allait être modifié dans le sens des changements opérés et, d'autre part, que le contenu des modifications s'inscrivait dans les limites du sous-critère qualitatif.

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

*Décision du 14 décembre 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S contre Direction générale danoise de la Sécurité civile et de la Gestion des Crises*

*Les exigences techniques imposées aux véhicules spéciaux n'ont pas été jugées contraires à l'article 40, al. 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE), ni aux principes d'égalité de traitement et de proportionnalité définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive), ni à l'article 42 de ladite loi (article 42, paragraphe 4, de ladite directive). Les circonstances étaient clairement différentes de celles à la base de l'appel d'offres visé par la décision du 11 octobre 2019 (Kinnarps A/S contre Région Capitale) de la commission des recours, dans le cadre duquel les règles avaient été enfreintes.*

Du fait de sa complexité, le recours a été traité par deux membres de la présidence de la commission des recours et deux experts (cf. article 10, al. 4, de la loi danoise sur la commission des recours).

La Direction générale danoise de la Sécurité civile et de la Gestion des crises a mis en concurrence trois accords-cadres (lots) visant l'acquisition de châssis de camions de plus de 7,5 tonnes pour la construction de véhicules spéciaux destinés à la Direction générale et aux autorités municipales en charge de la sécurité civile. Seuls deux soumissionnaires ont soumis une offre pour l'accord-cadre 1, un soumissionnaire pour l'accord-cadre 2 et deux soumissionnaires pour l'accord-cadre 3. MAN Truck & Bus Danmark A/S (MAN Truck) n'a pas soumis d'offre, en ce sens que l'entreprise ne pouvait apparemment pas répondre aux spécifications techniques. La Direction générale a décidé d'attribuer deux des accords-cadres et de lancer une procédure d'appel d'offres négociée au titre de l'article 61, al. 1<sup>er</sup>, point 2 (cf. al. 4), de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26, paragraphe 4, sous a et b, et al. 6, de la directive 2014/24/UE) pour ce qui concerne le troisième accord-cadre du fait que l'offre soumise pour ce dernier n'était pas conforme au cahier des charges.

MAN Truck a avancé dans ses conclusions que la Direction générale avait agi contrairement à l'article 40, al. 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et aux principes d'égalité de traitement et de proportionnalité définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive), en ce sens que les spécifications techniques étaient telles qu'elles restreignaient voire entravaient la concurrence, ce qui n'était pas objectivement justifié ni proportionnel. MAN Truck a demandé que soit présentée une question préjudicielle à la Cour de justice européenne, mais la commission des recours a estimé que l'interprétation des règles de droit européennes présentant un intérêt pour le recours ne donnait pas lieu à une incertitude telle qu'elle justifie la présentation d'une question préjudicielle.

La commission des recours a rappelé sa « décision fumus » rendue dans le cadre du recours et indiqué qu'en vertu de l'article 40, al. 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE), les spécifications techniques devaient donner aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation de marché et ne pouvaient pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Conformément aux motifs de la loi danoise, l'entité adjudicatrice peut déterminer les spécifications techniques de telle manière que seuls certains opérateurs économiques ont accès à la procédure de passation de marché pour peu que les exigences soient objectives. Des acteurs économiques semblables doivent toutefois avoir une égalité d'accès à la procédure. L'entité adjudicatrice ne peut pas, via les spécifications techniques, créer des obstacles injustifiés à la concurrence ou, de quelque autre manière, la limiter artificiellement. C'est pourquoi il est uniquement possible pour l'entité adjudicatrice de définir des spécifications techniques qui ont pour effet de limiter la concurrence si elle peut fournir des raisons objectives pour ces exigences.

La commission des recours a souligné que la procédure d'appel d'offres portait sur l'acquisition de châssis de camions destinés à un grand nombre de véhicules spéciaux différents servant à transporter le matériel et le personnel anti-incendie, y compris des fourgons pompe-tonne et des camions-citernes, sur lesquels l'habitacle pour le personnel faisait partie intégrante du châssis. Les véhicules spéciaux devaient être intégrés aux services de secours et de lutte contre le feu pour être utilisés conformément à la loi danoise sur la sécurité civile et la gestion des crises. La commission des recours a estimé que les exigences que la Direction générale avait jugé nécessaires et suffisantes pour répondre aux besoins d'achat étaient objectives. De même, elle a estimé que les acteurs économiques avaient bénéficié d'une égalité d'accès à la procédure de passation de marché, cf. motifs de l'article 40, al. 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et que les exigences minimales contestées dans les spécifications techniques ne créaient pas d'obstacles injustifiés à la concurrence et ne la limitaient pas artificiellement. Enfin, la commission des recours a estimé que les exigences définies n'étaient pas disproportionnées, cf. l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE).

La commission des recours a indiqué qu'il s'agissait d'une procédure d'appel d'offres communautaire portant sur des châssis de camions destinés à des tâches diversifiées, spécialisées et exigeantes. Rien ne permettait de considérer que la procédure d'appel d'offres communautaire s'adressait en réalité uniquement à un petit nombre de concessionnaires de camions danois. Au contraire, elle laissait supposer qu'elle s'adressait à un marché européen, et cette supposition n'a pas été infirmée. La diversité

des soumissionnaires intéressés par l'appel d'offres et les offres offertes confirmaient cette conclusion. Il n'y avait pas lieu de restreindre l'appréciation faite par la Direction générale en tant qu'entité adjudicatrice en contraignant celle-ci à organiser l'appel d'offres de telle manière que les châssis des camions ne doivent, dans une mesure plus ou moins grande, être adaptés qu'après leur acquisition et leur livraison. La subdivision du marché en trois accords-cadres avait permis aux entreprises de soumettre une offre pour un seul accord-cadre ou pour deux d'entre eux au lieu de soumettre une offre pour un accord-cadre global, ce que l'un des soumissionnaires avait d'ailleurs fait. Selon l'évaluation de la commission des recours, la procédure ne donnait pas lieu de penser que l'article 42 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE) avait été contourné. En outre, les acquisitions mises en concurrence se différenciaient clairement des acquisitions et exigences visées dans la décision de la commission des recours du 11 octobre 2019 (Kinnarps A/S contre Région Capital). Par ailleurs, la commission des recours a noté que les entités adjudicatrices disposaient d'une vaste marge de manœuvre pour le calcul de leurs besoins d'acquisition et la manière dont elles souhaitaient que leurs exigences soient remplies. Le domaine visé par la procédure d'appel d'offres était de nature technique, et les moyens de recours invoqués par MAN Truck et les autres informations présentées ne permettaient pas de prouver que les besoins de la Direction générale auraient tout aussi bien pu être satisfaits d'une autre manière. De même, rien ne permettait d'établir que seules deux sociétés spécifiques étaient les fournisseurs initiaux de la Direction générale ni que ces sociétés (au regard du marché européen envisageable) étaient en réalité les seules qui avaient la possibilité de soumettre des offres pour les accords-cadres. Dès lors, le requérant n'a pas obtenu gain de cause sur ce point.

En revanche, la commission des recours a donné gain de cause au requérant en ce qui concerne ses conclusions selon lesquelles l'une des offres retenues contenait des réserves concernant les exigences minimales et aurait donc dû être rejetée au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges. La commission des recours a souligné que d'autres offres, selon l'avis de la Direction générale, contenaient également des réserves concernant les exigences minimales et que la Direction générale, dans ces cas-là, n'avait pas jugé qu'il y avait lieu de les faire clarifier, mais les avaient déclarées non conformes au cahier des charges. La commission des recours a annulé la décision d'attribution de l'accord-cadre concerné.

Le requérant a été débouté de sa demande sur certains points portant sur la question du lancement d'une procédure négociée. La société qui avait soumis l'offre non conforme au cahier des charges avait ensuite soumis une nouvelle offre conformément à l'article 61, al. 1<sup>er</sup>, point 2, et al. 2 et 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26, paragraphe 4, sous a et b, et al. 6, de la directive 2014/24/UE) sur la base du dossier d'appel d'offres initial et la nouvelle offre ne contenait pas de réserves.

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

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

*Décision du 2 juillet 2020, Ørslev Servicetrafik A/S contre Municipalité d'Høje-Taastrup*

*Les autorités municipales d'Høje-Taastrup avaient considéré une société-mère du requérant, Ørslev Servicetrafik A/S, comme soumissionnaire lors de l'évaluation d'une offre soumise dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et concernant des services de transport.*

Conformément au cahier des charges, l'offre avait été soumise via le portail EU-Supply et paraissait provenir de la société-mère (du fait qu'elle avait été soumise par un employé de la société-mère à l'aide du profil de cette dernière sur EU-Supply).

Les autorités municipales ont rejeté l'offre au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges, en ce sens qu'elle ne répondait pas aux exigences d'aptitude définies.

Ørslev Servicetrafik A/S a introduit un recours contre ce rejet et fait valoir que les autorités municipales avaient ou auraient dû se rendre compte que le soumissionnaire était en réalité la société Ørslev Servicetrafik A/S et pas la société-mère et qu'il était donc incontesté que le soumissionnaire répondait aux exigences d'aptitude.

La commission des recours a débouté le requérant de sa demande. Ainsi, la commission n'a pas estimé que les autorités municipales étaient contraintes de considérer Ørslev Servicetrafik A/S comme le soumissionnaire même si la société-mère (ultérieurement à la soumission de l'offre) avait répondu à une demande transmise par les autorités municipales qui n'étaient pas certaines si la société Ørslev Servicetrafik A/S était le soumissionnaire de l'offre soumise.

Le requérant s'est désisté après le rendu de la décision intermédiaire de la commission des recours, laquelle est alors devenue sa décision définitive.

La décision découle du principe général selon lequel les soumissionnaires assument les risques liés aux incertitudes régnant autour de leurs offres, y compris à la question de savoir s'ils ont veillé à ce que l'offre soit bien soumise via EU-Supply ou d'autres plateformes électroniques semblables par la société de leur groupe qui en est réellement le soumissionnaire. Le fait que la commission des recours indique seulement que l'entité adjudicatrice n'était pas dans l'obligation de considérer l'offre soumise par Ørslev Servicetrafik A/S (sans préciser que l'entité adjudicatrice n'avait pas le droit de le faire) tient à la façon dont le requérant avait formulé ses conclusions.

*Décision du 29 septembre 2020, Offcon GmbH contre Femern A/S*

*Une exigence minimale était clairement définie dans le cahier des charges. Le fait que l'entité adjudicatrice, lors de l'évaluation des offres, ait demandé une évaluation des risques et des suggestions de solutions afin de faire face aux risques découverts, n'entraînait pas pour autant la suppression des exigences minimales. L'entité adjudicatrice n'aurait pas pu, dans les limites de l'article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE) demander au soumissionnaire de compléter, clarifier ou préciser son offre.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres restreinte lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et concernant la mise à disposition de « personnes d'autorité » qui contribueraient à sécuriser et diriger de manière efficace le trafic maritime dans le détroit de Fehmarn durant la construction de la liaison fixe entre le Danemark et l'Allemagne.

Le cahier des charges contenait entre autres une exigence minimale, selon laquelle les personnes d'autorité devaient être accessibles et participer à une formation durant une période donnée. Le dossier d'appel d'offres indiquait, d'une part, que, lors de l'évaluation des offres, l'entité adjudicatrice apprécierait avant tout dans quelle mesure les offres contenaient une description détaillée, solide et réaliste de la manière dont les soumissionnaires entendaient veiller à ce que l'effectif nécessaire soit disponible durant la phase de construction et, d'autre part, que les offres recevraient une évaluation favorable si, notamment, la description de la solution dans le contexte mentionnait les risques potentiels et pertinents et contenait des propositions de solutions afin de réduire ces risques. En outre, le cahier des charges indiquait qu'il n'était pas autorisé de soumettre des offres alternatives.

Offcon GmbH, dont l'offre avait été rejetée comme étant non conforme au cahier des charges en référence au fait qu'elle ne répondait à l'exigence minimale indiquée, a saisi la commission des recours. Offcon a fait valoir notamment qu'il était clairement indiqué dans l'offre qu'Offcon proposait de suivre l'échéancier proposé par Femern A/S pour la formation et que l'offre était donc conforme au cahier des charges. L'échéancier « Split training schedule » proposé par Offcon était uniquement une mesure alternative visant à limiter les risques, que Femern A/S était libre de choisir. En outre, Offcon a indiqué que si Femern A/S avait eu des doutes concernant son offre, Femern A/S avait eu la possibilité de poser des questions pour clarifier la situation, cf. article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE).

La commission a indiqué qu'il était clairement défini comme exigence minimale que les personnes d'autorité proposées devaient être disponibles et participer à une formation aux dates spécifiées dans le cahier des charges. Le fait qu'il serait, lors de l'évaluation de la description, jugé positif si la description comprenait des suggestions quant à la manière de réduire les risques liés à la mise à disposition d'un effectif suffisant durant la phase de construction ne permettait pas à tout soumissionnaire ordinaire de douter que l'offre devait entièrement répondre à l'exigence minimale définie. Étant donné que l'échéancier « Split training schedule » proposé par Offcon ne répondait pas à l'exigence minimale indiquée et que toute offre alternative était exclue, l'offre soumise n'était pas conforme au cahier des charges.

En outre, la commission des recours a indiqué que Femern A/S n'aurait pas pu, dans les limites de l'article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE) demander à Offcon GmbH de compléter, clarifier ou préciser son offre.

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

#### 2.2.4 Offres anormalement basses

*Décision intermédiaire du 23 avril 2020, MMEC Mannesmann GmbH contre Energinet Gas TSO A/S*

*Il n’y avait pas lieu de considérer que Energinet Gas avait violé une quelconque obligation d’examiner si le prix offert était anormalement bas et de rejeter l’offre suite à un tel prix.*

Energinet Gas TSO A/S (Energinet Gas) a lancé une procédure d’appel d’offres négociée au titre de la directive sur les services spéciaux concernant des travaux de construction. MMEC Mannesmann GmbH, qui faisait partie des deux entreprises ayant soumis une offre définitive, mais qui ne s’est pas vu attribuer le marché, a introduit un recours contre la décision d’attribution en avançant qu’Energinet Gas aurait dû, avant de prendre la décision d’attribution, examiner si l’offre retenue était anormalement basse. Elle aurait dû constater que tel était le cas et, partant, rejeter l’offre en question.

Dans sa décision intermédiaire sur l’effet suspensif, la commission des recours s’est prononcée sur la condition « *fumus boni juris* » et indiqué qu’il n’était provisoirement pas jugé envisageable que le requérant obtienne gain de cause.

À cet égard, la commission a indiqué que l’article 84 de la directive sur les services spéciaux ne devait pas être entendu de telle manière que les entités adjudicatrices étaient dans l’obligation de rejeter des offres qu’il convenait de considérer comme anormalement basse, en dehors des cas visés à l’alinéa 3, point 2, dudit article et concernant les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l’Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l’annexe XIV de ladite directive.

La commission des recours a provisoirement estimé qu’il n’y avait pas lieu de considérer qu’Energinet Gas avait violé une obligation quelconque d’examiner si le prix offert était anormalement bas et de rejeter l’offre suite à un tel prix.

Ainsi, durant les négociations avec le soumissionnaire retenu par la suite, Energinet Gas avait demandé et reçu des informations détaillées et complémentaires sur le prix et avait reçu la confirmation que l’article 94 de la convention de l’OIT serait respecté. Ces informations ont été incluses dans l’offre révisée et finale. Sur cette base et sur la base d’autres informations fournies par la société, Energinet Gas avait estimé que le prix de l’offre définitive ne paraissait pas anormalement bas.

Rien ne justifiait donc que l’appréciation faite par Energinet Gas soit invalidée, raison pour laquelle l’offre retenue ne paraissait pas anormalement basse. Par conséquent, Energinet Gas n’était pas dans l’obligation de demander des explications supplémentaires afin de clarifier si l’offre était anormalement basse pour des motifs qui entraîneraient pour Energinet Gas l’obligation de rejeter l’offre aux termes de l’article 84, paragraphe 3, point 2, de la directive sur les services spéciaux.

Le requérant s’est désisté après le rendu de la décision intermédiaire de la commission des recours, laquelle est alors devenue sa décision définitive.

Dans sa décision du 3 octobre 2018 (Efkon GmbH contre Fjordforbindelsen Frederikssund), la commission s’était déjà prononcée sur les dispositions parallèles de l’article 69 de la directive sur la passation

des marchés publics, tel que transposé par l'article 169 de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Dans deux décisions du 6 mars 2020 (Aktieselskabet Carl Christensen contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale, et Autocentralen.com A/S contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale), la commission s'était déjà aussi prononcé en partie sur l'appréciation faite par l'entité adjudicatrice au moment de déterminer si une offre était anormalement basse et s'il convenait donc de demander des explications supplémentaires.

*Décision du 6 mai 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S contre Aarhus Vand A/S*

*Il n'y avait pas lieu d'invalider l'appréciation faite par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle avait estimé que la documentation présentée par le soumissionnaire ne permettait pas de dissiper de manière satisfaisante les doutes quant à la capacité du soumissionnaire, avec le prix offert, d'exécuter les travaux mis en concurrence. Il n'y avait donc pas lieu non plus d'invalider l'appréciation faite par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle avait estimé que les prix offerts étaient anormalement bas.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la directive sur les services spéciaux et concernant un contrat de fourniture de conseils d'architecte dans le cadre du projet « Aarhus ReWater », qui visait notamment la construction d'une installation de valorisation des ressources issues du traitement des eaux usées. Les services-conseils portaient sur le cadre architectural général du projet global ainsi que sur une option qui permettrait à Aarhus Vand d'inclure l'architecte-conseiller retenu dans deux équipes dites « turnkey contractor teams », qui seraient chargées de la réalisation proprement dite du projet, en ce compris de la conception provisoire et définitive de l'installation, de sa planification et de sa construction. Les travaux au sein des deux équipes devraient commencer sous la forme d'un partenariat novateur basé sur la collaboration. Le dossier d'appel d'offres indiquait que vu la complexité du projet, il serait difficile lors de la conclusion du contrat de déterminer le contenu définitif des prestations de conseil d'architecte mises en concurrence.

Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix. La pondération du sous-critère économique était de 30 %. La pondération des deux sous-critères qualitatifs était de 35 % chacun. L'évaluation des offres selon le sous-critère économique se baserait, d'une part, sur le tarif horaire des soumissionnaires pour des catégories spécifiques de personnes-clés auxquelles il serait fait appel lors de l'exécution des travaux et, d'autre part, sur la marge bénéficiaire liées aux personnes non comprises dans les catégories indiquées. Il était précisé comment les prix à l'heure des personnes-clés seraient pondérés.

L'agence d'architecture Gottlieb Paludan Architects, qui avait été présélectionnée avec trois autres agences, a soumis une offre définitive. Cette offre comprenait des prix pour les personnes-clés et une marge bénéficiaire de 0 %. Durant une réunion de négociation avec Gottlieb Paludan Architects, Aarhus Vand a indiqué entre autres que le futur partenariat présupposait que le contrat soit de bonne qualité et bien équilibré pour les deux parties, mais que plusieurs prix inclus dans l'offre permettaient toutefois d'en douter, en ce sens qu'aux yeux de Aarhus Vand, les prix offerts s'écartaient nettement du niveau attendu sur le marché. Dans son offre définitive, Gottlieb Paludan Architects a opéré de moindres ajustements aux prix horaires offerts. Aarhus Vand a ensuite indiqué à Gottlieb Paludan Ar-

chitects que les prix et la marge bénéficiaire offerts étaient anormalement bas et demandé des explications supplémentaires en application de l'article 69 de la directive sur les services spéciaux. Gottlieb Paludan Architects a transmis des explications à Aarhus Vand.

Aarhus Vand a alors décidé d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire et rejeté en même temps l'offre de Gottlieb Paludan Architect au motif qu'elle était anormalement basse.

Gottlieb Paludan Architects a saisi la commission des recours et fait valoir notamment, d'une part, qu'Aarhus Vand n'était pas en droit de rejeter l'offre comme étant anormalement basse, surtout qu'il était impossible de prouver que le soumissionnaire subirait des pertes s'il exécutait le contrat, et, d'autre part, que le soumissionnaire, une entreprise économiquement robuste, pourrait facilement supporter des pertes éventuelles. En outre, Gottlieb Paludan Architects a invoqué qu'il était prouvé que les finances à la base du projet étaient saines et qu'Aarhus Vand avait choisi un modèle d'évaluation inhabituel qui favorisait largement la façon dont Gottlieb Paludan Architects avait calculé le prix. Si Aarhus Vand avait voulu que les prix soient différents, elle aurait pu choisir un modèle d'évaluation plus courant.

La commission des recours a indiqué qu'Aarhus Vand, lors de l'évaluation de l'offre soumise par Gottlieb Paludan Architects, avait suivi la procédure décrite à l'article 84, paragraphes 1 et 3, de la directive sur les services spéciaux. À cet égard, Aarhus Vand avait indiqué que plusieurs postes dans la liste de l'offre, dont le prix pour les responsables de la conception et pour le chef du projet qu'il convenait de considérer comme des personnes clés dans le cadre de l'accord flexible mis en concurrence, s'écartaient nettement du niveau attendu pour le marché et que les grandes différences de prix pour les différents types d'employés étaient susceptibles de créer une situation qui ne serait pas conforme aux principes de partenariat recherchés. En référence à la nature des travaux mis en concurrence, la commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'invalider l'appréciation faite par Aarhus Vand lorsque celle-ci avait estimé que la documentation présentée par Gottlieb Paludan Architects ne permettait pas de dissiper de manière satisfaisante les doutes quant à la capacité de Gottlieb Paludan Architects, avec le prix offert, d'exécuter les travaux mis en concurrence. Il n'y avait donc pas lieu non plus d'invalider l'appréciation faite par Aarhus Vand lorsque celle-ci avait estimé que les prix offerts étaient anormalement bas.

*Décision du 13 mai 2020, Kongsvang Rengøringservice A/S contre Egaa Gymnasium*

*Procédure restreinte lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et visant la fourniture de services de nettoyage à un lycée. Le requérant, dont l'offre avait été rejetée au motif qu'elle était anormalement basse, a fait valoir que le lycée avait agi contrairement à l'article 169 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 69 de la directive 2014/24/UE) en lançant notamment une procédure contradictoire et en rejetant l'offre comme étant anormalement basse. Le requérant a en outre invoqué que le lycée avait agi contrairement à l'article 171, al. 4, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 55, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24/UE), car il n'avait pas correctement motivé son rejet. La commission a débouté le requérant de sa demande sur ce point.*

Le recours portait sur une procédure restreinte lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et visant la fourniture de services de nettoyage au lycée *Egaa Gymnasium*. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix. La pondération était de 50 % pour le prix, de 35 % pour la qualité et de 15 % pour l'organisation. Lors de l'évaluation du prix, l'entité adjudicatrice entendait mettre principalement l'accent sur la rémunération annuelle indiquée dans l'offre. Lors de l'évaluation de la qualité, l'entité adjudicatrice entendait procéder à une évaluation globale, où l'accent serait principalement mis sur le nombre d'heures mentionné dans l'offre. L'organisation serait évaluée sur la base de l'organisation décrite et de l'appréciation faite par l'entité adjudicatrice quant à la portée et à la qualité de celle-ci. Le contrat comprenait une condition selon laquelle le fournisseur s'engageait à « garantir de bonnes conditions pour le personnel », cf. article 94 de la convention de l'OIT concernant les conditions d'embauche et de rémunération.

Outre *Kongsvang Rengøringservice A/S*, cinq soumissionnaires avaient soumis une offre. *Kongsvang Rengøringservice A/S* avait soumis le deuxième prix le plus bas. Parmi les cinq autres soumissionnaires, le nombre d'heures annuel le plus élevé pour les services de nettoyage (y compris inspection et direction des opérations) était de 6 534,75 et le plus bas de 4 474,20. *Kongsvang Rengøringservice A/S* avait offert 6 106,35 heures, dont 1 477,35 heures étaient destinées à l'inspection et à la direction des opérations. Les autres offres prévoyaient, à cette fin, entre 66,33 et 402 heures. La note d'évaluation indiquait que la pondération pour le nombre d'heures serait de 70 % pour le critère « qualité ». *Egaa Gymnasium* a calculé que l'intervalle pour le prix horaire pour les services de nettoyage (y compris inspection et direction) des autres soumissionnaires allait de 235,35 DKK à 260,50 DKK. Le prix moyen était de 249,58 DKK, tandis que le prix horaire offert par *Kongsvang Rengøringservice A/S* était de 205,30 DKK. En référence au fait que son offre paraissait anormalement basse, *Kongsvang Rengøringservice A/S* a été invité à « transmettre et documenter des informations sur les circonstances spéciales permettant à *Kongsvang Rengøringservice* de croire qu'il pourrait fournir » les prestations décrites moyennant la rémunération annuelle et le nombre d'heures annuel indiqués dans l'offre.

*Kongsvang Rengøringservice A/S* a alors envoyé des explications supplémentaires indiquant notamment que 763,80 heures vouées à l'inspection et à la direction seraient prises en charge par une équipe de fonction existante et n'étaient donc pas incluses dans les coûts. Le prix horaire était alors de 234,65 DKK. En outre, il a été indiqué que *Kongsvang Rengøringservice A/S* souhaitait ajouter *Egaa Gymnasium* à sa clientèle. L'entité adjudicatrice a alors rejeté l'offre comme étant anormalement basse et notamment motivé son rejet en précisant que les explications supplémentaires n'étaient pas suffisantes, en ce sens que l'entité adjudicatrice doutait des circonstances décrites concernant les heures non incluses et que le prix « ajusté » ne pouvait donc pas être pris en compte. Le lycée a en outre indiqué que les explications supplémentaires fournies tendaient davantage à confirmer qu'il n'avait pas été passé outre aux exigences qu'à démontrer de manière suffisante et claire que *Kongsvang Rengøringservice A/S* avait bel et bien pris en compte lesdites exigences.

En référence à l'article 169, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 69 de la directive 2014/24/UE), la commission des recours a indiqué qu'une entité adjudicatrice était dans l'obligation d'examiner les offres qui paraissaient anormalement basses et qu'il lui appartenait, compte tenu des services mis en concurrence, des conditions de la profession et d'autres facteurs

pertinents susceptibles d'influer sur la fourchette de prix, de déterminer concrètement dans quel cas une offre paraissait anormalement basse. Par ailleurs, la commission des recours a indiqué que la valeur clairement biaisée de 1 DKK ne pouvait pas entrer en ligne de compte dans cette appréciation. Ainsi, la commission a établi que selon les informations disponibles sur la procédure uniforme appliquée, il n'y avait pas lieu de constater que l'appréciation faite a priori par Egaa Gymnasium n'avait pas été réalisée de manière objective et non discriminatoire et qu'il n'y avait donc pas lieu d'invalider l'appréciation faite par le lycée lorsqu'il avait estimé que l'offre était vraisemblablement anormalement basse.

La commission a ainsi constaté que, par rapport à l'article 169, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 69 de la directive 2014/24/UE), aucune exigence spéciale n'était d'application pour la demande d'explications supplémentaires, mais qu'un délai approprié devait être fixé. Compte tenu de la complexité de l'appel d'offres, un tel délai avait été imparti. La commission des recours a ensuite examiné les explications supplémentaires fournies et le déroulement de la procédure après coup et constaté que plusieurs motifs invoqués pour ne pas inclure les 763,80 heures parmi les coûts n'avaient été précisés qu'après la transmission des explications supplémentaires. Sur cette base et à la lumière du contenu de la lettre de rejet, la commission des recours a estimé que l'appréciation faite par le lycée lors de l'évaluation de l'offre sur la base des explications supplémentaires fournies n'était pas subjective ni disproportionnée. La commission a ensuite constaté que même au regard de ses obligations sociales, rien n'empêchait Egaa Gymnasium de rejeter l'offre, cf. article 169, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 69 de la directive 2014/24/UE). Enfin, la commission des recours a constaté que les raisons invoquées pour motiver le rejet étaient suffisantes, suite à quoi le requérant a également été débouté de sa demande sur ce point.

*Décision du 26 novembre 2020, EL-TECH TEAM ApS contre AAB Vejle*

*Dans le cadre d'une procédure restreinte lancée au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux, la commission des recours a invalidé aussi bien l'évaluation qualitative des offres que le rejet d'une offre comme étant anormalement basse.*

Le marché mis en concurrence portait sur un accord-cadre visant la fourniture de travaux électriques ordinaires dans les immeubles d'une coopérative de logement. Le critère d'attribution du marché était « l'offre la plus avantageuse économiquement », avec les sous-critères « Prix » (60 %), « Qualité » (20 %) et « Collaboration » (20 %). EL-TECH TEAM ApS, qui était le fournisseur initial des travaux électriques, avait contesté l'évaluation des offres. Lors de l'évaluation par rapport au sous-critère « Collaboration », 0 point sur 10 avait été attribué à EL-TECH TEAM ApS. Le cahier des charges indiquait que la note 0 serait attribuée aux « ...offres tout juste conformes au cahier des charges » (sans qu'aucune information ne soit fournie qui eût permis de clarifier comment le sous-critère serait rempli). L'offre soumise par EL-TECH TEAM ApS contenait toutefois une série d'informations concrètes permettant de clarifier en quoi elle remplissait le sous-critère, et la commission des recours a donc estimé qu'AAB Vejle avait, lors de l'évaluation, violé les principes d'égalité de traitement et de transparence. La décision fait partie des rares cas dans lesquels la commission a invalidé une évaluation qualitative des offres.

Après avoir été informé de la décision d'attribution dans le cadre de ladite évaluation, EL-TECH TEAM ApS a demandé à connaître les motifs à la base de l'évaluation, notamment en ce qui concerne le sous-critère « Collaboration ». La coopérative de logement AAB Vejle a indiqué qu'elle avait estimé, « suite à un nouvel examen de l'offre » que celle-ci paraissait anormalement basse. Après avoir obtenu des explications supplémentaires d'EL-TECH TEAM ApS concernant le prix et après une longue correspondance, la coopérative de logement a néanmoins décidé d'annuler la décision d'attribution en vue de réattribuer le marché. La coopérative a lors rejeté l'offre soumise par EL-TECH TEAM ApS comme étant anormalement basse et attribué une nouvelle fois l'accord-cadre au même soumissionnaire.

Par ailleurs, le recours d'EL-TECH TEAM ApS portait sur la question du rejet de l'offre comme étant anormalement basse. La commission des recours a noté qu'en vertu de l'article 8, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux, l'entité adjudicatrice avait la charge de prouver qu'une offre pouvait être rejetée comme étant anormalement basse. La question de savoir si une offre est anormalement basse repose sur une appréciation de l'entité adjudicatrice, à qui il appartient d'évaluer s'il est largement probable que le soumissionnaire ne soit pas mesure d'exécuter les travaux dans une qualité satisfaisante, de manière adéquate et acceptable et dans les délais convenus. Conformément aux motifs de la loi, l'article 8, al. 3, a la même fonction que l'article 55 de l'ancienne directive sur la passation des marchés publics concernant les offres anormalement basses. En outre, la commission des recours a indiqué que, d'un côté, les soumissionnaires étaient libres de fixer les prix de chaque prestation d'une manière qui, à leurs yeux, maximisait leurs chances de se voir attribuer le marché (tarification stratégique) ; et que, d'un autre côté, il incombait à AAB Vejle, en tant qu'entité adjudicatrice, de définir un modèle d'évaluation adéquat et donc légal et que la coopérative de logement avait donc la possibilité de prendre en compte une éventuelle tarification stratégique de la part des soumissionnaires. Un modèle d'évaluation inadéquat (parce qu'il entraîne, par exemple, un risque de distorsion de l'évaluation en cas de tarification stratégique) ne peut, à la lumière des circonstances, servir de base à une décision d'attribution légale.

La commission des recours a souligné qu'AAB Vejle n'avait pas, dans un premier temps, rejeté l'offre comme anormalement basse, mais l'avait incluse dans l'évaluation sans préciser qu'elle lui paraissait anormalement basse. La différence entre le prix global de l'offre soumise par EL-TECH TEAM ApS, qui était la plus basse, et le prix global de la deuxième offre la plus basse soumise par le soumissionnaire retenu n'était que de 74 471 DKK, soit 4 %, étant entendu que les cinq offres soumises présentaient un intervalle important entre le prix global le plus bas (1 897 911 DKK) et le prix global le plus élevé (2 961 775 DKK). Après avoir concrètement évalué les circonstances (notamment différents prix partiels offerts et les motifs invoqués par la coopérative de logement pour justifier le rejet de l'offre comme étant anormalement basse) et à la lumière du fait que l'article 8, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux doit, conformément aux travaux législatifs préparatoires, être interprété de manière restrictive, la commission des recours a estimé que la charge de la preuve visant à démontrer que l'offre étant anormalement basse n'était pas satisfaite. Ainsi, il n'était pas établi qu'EL-TECH TEAM ApS violerait ses obligations conventionnelles en ayant recours à des apprentis au simple motif que l'entreprise avait offert un prix horaire vraisemblablement inférieur au prix de revient.

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

*Décision intermédiaire du 3 janvier 2020, A-Sport A/S contre Municipalité de Copenhague*

*Dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits, il n'était pas clairement décrit de quelle manière les produits du panier d'évaluation seraient sélectionnés, ni comment l'exigence d'une évaluation représentative serait remplie. En outre, pour certains produits sollicités, des marques étaient indiquées, contrairement à l'interdiction définie à l'article 42 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE).*

La question était, dans un premier temps, de savoir si la méthode d'évaluation appliquée avait été suffisamment transparente et représentative et donc convenait pour identifier l'offre la plus avantageuse économiquement. La commission des recours a indiqué que l'article 45, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics concernant l'évaluation des assortiments de produits devait être interprété à la lumière de l'article 160 de ladite loi. Il convient de considérer que la modification de l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi par la loi n° 204 du 5 mars 2019 présuppose que la méthode appliquée pour sélectionner les produits du panier soit clairement décrite, de telle sorte que la composition finale du panier soit une conséquence directe de la description. En outre, conformément à la jurisprudence de la commission, il est, dans le cadre d'un marché de fourniture d'un assortiment de produits, sous le sous-critère « Prix », contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence (cf. article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics [article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE]) de ne pas procéder à une évaluation représentative des achats attendus. L'exigence peut être remplie en incluant les besoins ou le volume d'achats estimé(s) ou en réalisant une pondération de chacune des lignes de produit, cf. notamment la décision de la commission des recours du 15 février 2019 (KONE A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S), sa décision du 9 février 2018 (Dansk Cater A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S) et sa décision du 15 juin 2018 (AGA A/S contre Université d'Aalborg et al.).

Le marché de fourniture en question comprenait 110 groupes de produits (tels que « Buts de football », « Volants de badminton » et « Ballons de basket »), repartis sur 25-30 groupes généraux (tels que « Football », « Badminton » et « Basketball »). Une certaine concrétisation avait été réalisée en ce sens que sous les différents groupes de produits, plusieurs produits concrets liés à des achats historiques avaient été indiqués. Par exemple, pour le groupe « Ballon pour asphalte », 17 produits différents étaient indiqués avec le fabricant/la marque, comme « Astro Street modèle 4,5 », « Ballon Trial Ultima modèle 5, plastique trois couches » et « Midas Kids Street ». Dans d'autres cas, la description ne mentionnait pas le fabricant/la marque.

Sur les 110 groupes de produits, 32 (soit environ 29 %) n'avaient pas été inclus dans l'évaluation réalisée. La commission des recours a noté qu'il n'était pas défini combien de produits et groupes de produits seraient inclus dans l'évaluation. Il était uniquement indiqué qu'entre minimum 150 et maximum 200 produits « comparables » seraient sélectionnés parmi les produits offerts par tous les soumissionnaires. Aucun minimum n'avait été défini pour le nombre de groupes de produits qui seraient inclus dans l'évaluation. Il n'était pas précisé comment les autorités municipales entendaient veiller à ce que l'« achat standard » (qui était censé se monter à 200 produits environ, mais qui s'est retrouvé réduit à pas plus de 151 produits) constitue à lui seul un échantillon représentatif des achats attendus. Ainsi,

le dossier d'appel d'offres n'indiquait pas comment les autorités municipales entendaient, si possible, veiller à ce que la sélection des groupes de produits et des produits servant à l'évaluation se déroule d'une manière objective qui tiendrait compte du fait arbitraire qu'il n'était pas connu d'avance quels produits chacun des soumissionnaires offrirait ou n'offrirait pas. En effet, un produit, voire un groupe de produits tout entier, ne serait pas inclus dans l'évaluation si celui-ci n'était pas offert par tous les soumissionnaires ou si les produits offerts n'étaient pas jugés « comparables ».

La commission des recours a souligné que les groupes de produits étaient essentiellement décrits en référence à des produits d'un fabricant/d'une marque spécifique. Le but n'était apparemment pas d'indiquer que « l'entité adjudicatrice souhaitait acheter les produits et/ou marques concerné(e)s », mais plutôt d'indiquer « la qualité que l'entité adjudicatrice souhaitait acheter ». Le cahier des charges n'était donc pas clairement défini. Il était contradictoire et ne permettait pas, pour l'essentiel, aux soumissionnaires de savoir quelle qualité était demandée dans le cadre de la mise en concurrence et, partant, sur quoi ils devaient se baser pour soumettre leurs offres. Le niveau minimum de qualité attendu de la part des soumissionnaires n'était pas indiqué de manière claire et transparente. De même, les soumissionnaires ne savaient pas clairement comment faire pour s'assurer qu'un produit offert soit jugé « comparable » et donc inclus dans la mise en concurrence.

Le critère d'attribution était le prix. En principe, aucune véritable évaluation qualitative n'était donc requise, cf. article 162, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 67, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE). Malgré tout, la manière dont l'appel d'offres avait été organisé présupposait que les produits offerts feraient l'objet d'une évaluation qualitative en vue de constater ceux qui étaient « comparables » et de pouvoir alors les inclure dans l'évaluation selon le critère « Prix ». La qualité des produits offerts a été évaluée par un groupe de travail composé de spécialistes qui, sur cette base, ont défini le panier de produits « comparables » à la base de l'évaluation. Dans le cas où un soumissionnaire avait offert plusieurs produits comparables, le produit le meilleur marché a été sélectionné. La manière dont l'appel d'offres était organisé présupposait donc qu'une évaluation qualitative sera réalisée, mais les paramètres de cette évaluation manquaient de transparence pour les soumissionnaires.

En résumé, la manière dont les produits du panier seraient sélectionnés n'était pas clairement définie. Il n'était pas décrit comment les autorités municipales entendaient veiller à ce que l'évaluation, sur la base du panier dont le contenu final dépendait des produits concrètement offerts, remplisse l'exigence selon laquelle elle devait être représentative des achats attendus en incluant, par exemple, les besoins ou le volume d'achat estimé(s) ou en réalisant une pondération sur chacune des lignes de produits. Par ailleurs, compte tenu de la référence aux marques spécifiques, il était envisageable que l'article 42 de la loi danoise sur la passation des marchés (article 42, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE) avait été violé. Dès lors, la commission a estimé qu'il était envisageable que le requérant obtiendrait gain de cause. Les autres conditions pour l'octroi de l'effet suspensif n'étant pas remplies, la commission n'a pas octroyé d'effet suspensif au recours.

L'appel d'offres a alors été annulé et la décision intermédiaire est devenue la décision définitive de la commission.

*Décision du 31 janvier 2020, LeBock Fodtøj ApS contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale*

*Le requérant, qui avançait que l'offre retenue était non conforme au cahier des charges, a été débouté de sa demande. Comme elle l'a reconnu, l'entité adjudicatrice avait violé les règles en matière de passation des marchés publics en octroyant un nombre de points trop élevé à l'un des produits du soumissionnaire retenu. La commission des recours ne s'est pas prononcée sur un recours visant l'évaluation qualitative incorrecte de l'offre du requérant, car celle-ci était non conforme au cahier des charges. Pour les mêmes motifs, la décision d'attribution n'a pas été annulée. La commission a rejeté un recours concernant l'évaluation faite par l'entité adjudicatrice d'une offre qu'elle avait rejetée comme étant non conforme au cahier des charges, une évaluation à laquelle elle avait néanmoins procédé pour rendre service au soumissionnaire.*

Dans le cadre de ce recours, la Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI) avait mis en concurrence, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés, un accord-cadre visant la fourniture de chaussures à la Défense nationale danoise. Plusieurs offres ont été soumises, mais seule l'offre de LeBock Fodtøj ApS et celle de l'entreprise retenue ont été considérées comme conformes au cahier des charges. LeBock Fodtøj ApS a introduit un recours auprès de la commission des recours concernant la décision prise par FMI d'attribuer le marché à l'autre soumissionnaire.

Dans ses conclusions, le requérant contestait notamment l'évaluation qualitative faite sur l'offre d'un troisième soumissionnaire, qui avait été rejetée au motif d'être non conforme au cahier des charges, mais qui avait néanmoins été évaluée par FMI dans son rapport d'évaluation.

La commission des recours a rejeté les conclusions du requérant concernant l'évaluation de l'offre rejetée, en ce sens qu'il n'était pas dans l'intérêt légitime de LeBock Fodtøj ApS que la commission détermine si une erreur avait été commise dans le cadre de l'évaluation de cette offre du fait que celle-ci avait de toute façon été rejetée. Le fait de déterminer si l'évaluation qualitative exécutée était correcte n'aurait donc aucun impact sur l'issue de l'appel d'offres.

En outre, LeBock Fodtøj ApS a été débouté de sa demande selon laquelle l'offre du soumissionnaire retenu n'était pas conforme au cahier des charges du fait qu'elle ne respectait pas certaines exigences minimales. En revanche, LeBock Fodtøj ApS a obtenu gain de cause en ce qui concerne sa demande selon laquelle FMI, comme elle l'a reconnu, avait attribué au soumissionnaire retenu un nombre de points trop élevé lors de l'évaluation de l'une des conditions de participation à l'appel d'offres. Néanmoins, dans le cadre du recours, FMI avait fait valoir que l'offre de LeBock Fodtøj ApS aurait dû en réalité être rejetée comme étant non conforme au cahier des charges, car elle ne répondait pas à l'une des exigences minimales selon laquelle les chaussures de course et les bottines d'hiver devaient être proposées dans plusieurs largeurs. La commission des recours était d'accord sur ce point. Vu que l'offre de LeBock Fodtøj ApS aurait donc dû être rejetée comme étant non conforme au cahier des charges, l'erreur constatée dans l'attribution des points n'a pas pu entraîner une annulation de la décision d'attribution.

*Décision du 27 mai 2020, DXC Technology Scandihealth A/S contre Municipalité de Frederikshavn*

*Les autorités municipales de Frederikshavn avaient violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en appliquant différentes méthodes d'attribution de points pour certains sous-critères qualitatifs. La décision d'attribution a été annulée.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres visant l'achat d'un nouveau système de journalisation électronique (EOJ) destiné aux secteurs social, de la santé et des services à la personne.

Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » (25 %), « Fonctionnalité et convivialité » (25 %), « Cas d'application » (25 %), « Exploitation et maintenance » (15 %) et « Essais et implantation » (10 %). Des sous-critères pondérés étaient associés aux sous-critères qualitatifs.

Le requérant, qui faisait partie des soumissionnaires évincés, a fait valoir que les évaluations réalisées par les autorités municipales en ce qui concerne les critères qualitatifs n'étaient pas conforme au cahier des charges, du fait notamment que les autorités municipales de Frederikshavn avait, dans le cadre de l'évaluation qualitative, appliqué différentes méthodes pour l'attribution des points.

Le requérant avait été autorisé à accéder à une feuille de calcul qui indiquait les points attribués au niveau des sous-critères à chacune des offres et a joint cette feuille de calcul en annexe à son recours. Lors de l'examen de ladite feuille de calcul et de l'évaluation réalisée, la commission des recours a constaté que les points figurant dans la feuille de calcul (deux décimales arrondies à l'unité la plus proche) étaient dans chacun des cas identiques aux notes finales attribuées aux sous-critères. Dès lors, la commission des recours a jugé qu'il était prouvé que la feuille de calcul avait servi de base à l'évaluation, et elle a rejeté comme preuve les informations fournies par les autorités municipales de Frederikshavn dans le cadre du recours selon lesquelles elles avaient (librement) procédé à une évaluation d'ensemble, comme il était indiqué dans le cahier des charges.

La commission des recours a ainsi constaté que différentes méthodes avaient été appliquées lors de l'évaluation des différentes offres et des différents éléments et que ces différences, dans plusieurs cas, semblaient avoir désavantagé le requérant. Force était donc d'annuler la décision d'attribution.

Le requérant a été débouté de sa demande concernant la régularisation de l'appel d'offres, car celui-ci était clôturé.

*Décision du 18 décembre 2020, Kube Data ApS contre Ministère danois des Affaires Étrangères, Police nationale danoise et Ministère danois des Étrangers et de l'Intégration*

*Une exigence minimale devait être entendue de telle sorte que les soumissionnaires devaient indiquer dans leurs offres le fabricant et le modèle/type de certains composants. Vu qu'elle ne contenait que des informations sur le nom du fabricant de la solution globale, l'offre retenue ne répondait pas à l'exigence minimale. La décision d'attribution a donc été annulée. En outre, l'entité adjudicatrice s'est vu infliger une sanction de substitution de 25 000 DKK pour avoir pris livraison de prestations visées par le marché mis en concurrence durant le délai de suspension (standstill).*

Le recours portait sur la mise en concurrence au titre de la section II de la loi danoise sur les marchés publics d'un marché visant la mise à jour et la maintenance d'équipements d'enregistrement biométrique et l'achat de nouvelles stations biométriques et de stations biométriques portables.

Après avoir évalué les offres reçues, le ministère danois des Affaires étrangères et autres ont conclu un contrat avec le fournisseur initial.

Kube Data ApS a ensuite saisi la commission des recours et fait valoir qu'une erreur avait été commise dans le cadre de l'évaluation et que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges. La commission des recours s'est uniquement prononcée sur ce dernier point. À cet égard, Kube Data a notamment invoqué que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges, car elle ne répondait pas à plusieurs des exigences minimales définies, dont une exigence minimale selon laquelle les soumissionnaires devaient indiquer dans leurs offres le fabricant et le type/modèle de certains composants spécifiques. Kube Data a en outre fait valoir que la livraison des prestations visées par l'appel d'offres avait de facto commencé durant le délai de suspension (*standstill*).

La commission des recours a indiqué que l'exigence minimale devait être entendue de telle sorte que l'offre devait contenir des informations sur le fabricant et le modèle/type des composants décrits et que le soumissionnaire retenu n'avait pas répondu à ladite exigence minimale puisqu'il n'avait indiqué que le nom du fabricant de la solution biométrique portable globale. Dès lors, l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges et la commission des recours a donné gain de cause au requérant quant à sa demande d'annulation de la décision d'attribution.

Par ailleurs, la commission des recours a estimé que le ministère danois des Affaires étrangères et autres avaient agi contrairement à l'article 3, al. 1<sup>er</sup>, cf. art 12, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours en ayant conclu, durant le délai de suspension (*standstill*) un contrat avec le fournisseur initial concernant le transfert et la configuration de certaines stations biométriques. Les opérations avaient, pour l'essentiel, été exécutées durant le délai de suspension. La commission des recours a indiqué que le marché mis en concurrence portait aussi bien sur les stations biométriques existantes que nouvelles et que, vu qu'il convenait de considérer que le transfert des stations biométriques ne pouvait être réalisé que par des fournisseurs possédant l'expertise requise dans le domaine des stations biométriques et donc par les mêmes fournisseurs potentiels que pour les prestations mises en concurrence, le marché devait être entendu de telle sorte qu'il portait également sur le transfert des stations biométriques déjà fournies. À la lumière de ce qui précède et vu le lien avec le marché mis en concurrence, notamment le lien chronologique, la commission des recours a estimé que le transfert ainsi que le montage et l'essai subséquents des stations biométriques exécutés par le soumissionnaire retenu faisaient partie des prestations mises en concurrence. La commission a donc imposé une sanction de substitution de 25 000 DKK.

#### 2.2.6 Demandes d'informations complémentaires

*Décision du 29 avril 2020, Eksponent ApS contre Municipalité de Gentofte*

*Le fait que le soumissionnaire retenu ait transmis des références ne répondant pas aux exigences minimales définies a entraîné la non-conformité de l'offre au cahier des charges. L'entité adjudicatrice n'était pas en droit, en application de l'article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés*

*publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE), de demander au soumissionnaire retenu de lui transmettre de nouvelles références.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres ouverte visant la conception et l'implantation d'un nouveau site web pour les autorités municipales. Les autorités municipales avaient défini comme exigence minimale que les soumissionnaires devaient fournir au moins trois références concernant des tâches correspondantes. Il était indiqué qu'il convenait d'entendre par « tâches correspondantes » la livraison (sous la forme de conception, développement et implantation) d'un nouveau site web professionnel à un autre client du secteur public. Par « site web professionnel », il convenait d'entendre le site web principal du client, c.-à-d. le site accessible via l'URL [www.nomduclient.dk](http://www.nomduclient.dk).

Eksponent ApS, qui faisait partie des soumissionnaires évincés, a notamment fait valoir que l'offre du soumissionnaire retenu (Kruso A/S) ne répondait pas à l'exigence minimale définie de fournir trois références à l'appui des compétences professionnelles et techniques, du fait que deux des trois références fournies ne répondaient pas à l'exigence minimale de « tâches correspondantes ». Après avoir reçu les objections d'Eksponent, les autorités municipales avaient reconnu qu'au moins l'une des références ne pouvait pas servir. Au lieu de disqualifier Kruso, les autorités municipales ont donné à ce dernier la possibilité de fournir de nouvelles références pour répondre à l'exigence minimale. Kruso a alors transmis des références qui répondaient à l'exigence minimale. La commission des recours a établi que les références transmises par la suite existaient déjà avant que Kruso ne soumette son offre.

Les autorités adjudicatrices ont fait valoir qu'en application de l'article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE), elles avaient été en droit de demander au soumissionnaire retenu de lui transmettre des références adéquates.

La commission des recours a donné gain de cause à Eksponent quant à sa demande selon laquelle l'offre de Kruso n'était pas conforme au cahier des charges et que l'article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, en regard de l'alinéa 6 dudit article (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE) ne permettait pas aux autorités municipales de demander à Kruso de lui fournir de nouvelles références. À cet égard, la commission des recours a fait référence à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Manova, ainsi qu'à l'article 159, al. 5 et 6 de ladite loi (article 56, paragraphes 1 et 3, de ladite directive) et aux travaux législatifs préparatoires. L'article 159, al. 6, de ladite loi (article 56, paragraphes 1 et 3, de ladite directive) est une codification de l'arrêt Manova, et une entité adjudicatrice ne peut pas, en demandant à un soumissionnaire de préciser son offre, remédier à l'absence d'un document qui, selon le dossier d'appel d'offres, aurait dû être fourni avec l'offre.

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

### 2.2.7 Accords-cadres

*Décision du 16 janvier 2020, Simonsen & Weel A/S contre Régions Jutland du Nord et Danemark Sud, concernant la présentation de questions préjudicielles à la Cour de justice européenne*

Les autorités régionales du Jutland du Nord ont mis en concurrence, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, un accord-cadre de quatre ans à conclure avec un seul fournisseur et visant l'achat d'équipements pour alimentation par sonde destinés à des patients à domicile et à des établissements publics. La Région Danemark Sud figurait à titre de participant « sur option ».

Les rubriques de l'avis de marché concernant la valeur estimée n'étaient pas remplies. L'avis de marché ne contenait pas non plus d'informations sur la valeur maximale de l'accord-cadre ni sur la quantité maximale des produits dont l'achat était prévue dans les accords-cadres.

Les documents de marché, qui étaient rédigés en danois, comprenaient un descriptif détaillé des produits faisant l'objet du marché ainsi qu'une liste des offres, qui indiquait les volumes de consommation escomptés avec une note stipulant que ces volumes ne devaient être entendus qu'à titre indicatif.

Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix et, après la réception des offres, les autorités régionales ont décidé de conclure un contrat avec l'un des soumissionnaires. Un autre soumissionnaire a alors saisi la commission de recours. Une fois saisie, la commission des recours a décidé de ne pas octroyer d'effet suspensif au recours, et les autorités régionales du Jutland du Nord ont alors conclu un contrat avec le soumissionnaire retenu.

Le requérant a notamment fait valoir que chacune des deux régions 1) avait agi contrairement à l'article 56 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 49 de la directive 2014/24/UE) et à l'article 128, al. 2, de ladite loi (article 51, paragraphe 2, de ladite directive) ainsi qu'aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis dans l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive) en n'indiquant pas dans l'avis de marché la quantité estimée ni la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché, et 2) avait agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de ladite loi (article 18, paragraphe 1, de ladite directive) en n'indiquant pas dans l'avis de marché ni dans les autres documents de marché une quantité maximale ou une valeur maximale pour les produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché.

En outre, le requérant a conclu à l'annulation de la décision d'attribution des autorités régionales et à ce que les contrats conclus soient déclarés dépourvus d'effet.

Le recours est clairement inspiré de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 décembre 2018 dans l'affaire C-216/17, *Autorità*.

L'issue du recours reposant notamment sur une interprétation de la directive sur la passation des marchés publics et de la directive sur les procédures de recours, la commission des recours a décidé de présenter les questions suivantes à la Cour de justice européenne :

2.2.7.1 Les principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, ainsi que la disposition de l'article 49 de la même directive, considérée conjointement avec les points 7 et 10, a), de l'annexe V, partie C, de celle-ci, doivent-ils être interprétés en ce sens que l'avis de marché doit, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, contenir des informations sur la quantité estimée et/ou la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché ?

Dans le cas où elle répondrait à cette question par l'affirmative, la Cour est aussi invitée à indiquer si lesdites dispositions doivent alors être interprétées en ce sens que les informations doivent, en ce qui concerne l'accord-cadre, être données a) de manière globale et/ou b) pour ce qui regarde le pouvoir adjudicateur originaire qui a manifesté son intention de conclure un accord dans le cadre de la procédure de marché (ici : la Région Jutland du Nord) et/ou c) pour ce qui regarde le pouvoir adjudicateur originaire qui a seulement manifesté son intention de participer de manière optionnelle (ici : la Région Danemark Sud).

2.2.7.2 Les principes d'égalité de traitement et de transparence consacrés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, ainsi que les dispositions des articles 33 et 49 de la même directive, lues ensemble avec les points 7 et 10, a), de l'annexe V, partie C, de celle-ci, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'il faut fixer, soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier des charges, une quantité maximale et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché, de sorte que l'accord-cadre en question aura épuisé ses effets lorsque cette limite sera atteinte ?

Dans le cas où elle répondrait à cette question par l'affirmative, la Cour est aussi invitée à indiquer si lesdites dispositions doivent être interprétées en ce sens que la limite maximale en question doit, en ce qui concerne l'accord-cadre, être indiquée a) de manière globale et/ou b) pour ce qui regarde le pouvoir adjudicateur originaire qui a manifesté son intention de conclure un accord dans le cadre de la procédure de marché (ici : la Région Jutland du Nord) et/ou c) pour ce qui regarde le pouvoir adjudicateur originaire qui a seulement manifesté son intention de participer de manière optionnelle (ici : la Région Danemark Sud).

En cas de réponses affirmatives à la question 1 et/ou à la question 2, la Cour est aussi invitée à répondre à la question suivante, dans la mesure où une réponse à celle-ci se justifie encore au vu du contenu des réponses qui précèdent :

2.2.7.3 L'article 2 quinquies, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/13/CEE, considéré conjointement avec les dispositions des articles 33 et 49 de la directive 2014/24/UE, et des points 7 et 10, a), de l'annexe V, partie C, de celle-ci, doit-il être interprété en ce sens que la condition que « l'entité adjudicatrice a attribué un contrat sans avoir préalablement publié un avis au Journal officiel de l'Union européenne » comprend un cas où, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a bien publié un avis de marché au Journal officiel pour l'accord-cadre projeté, mais où

- 2.2.7.3.1 l'avis ne respecte pas l'exigence d'informer sur la quantité estimée et/ou la valeur estimée des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché, sachant, cependant, qu'une estimation à cet égard ressort du cahier des charges, et
- 2.2.7.3.2 le pouvoir adjudicateur n'a pas observé l'obligation de fixer, soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier des charges, une quantité maximale et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu de l'accord-cadre objet du marché ?

L'affaire est pendante devant la Cour de justice européenne, sous le numéro C-23/20. En plus de la Commission européenne et du gouvernement danois, cinq États membres ont déposé des observations écrites.

*Décision du 7 octobre 2020, Remondis A/S contre Municipalité d'Hedensted*

*Recours contre le fait que les autorités municipales d'Hedensted avaient mis en concurrence un contrat de six ans avec option de reconduction de deux ans pour la collecte de déchets ménagers triés sous la forme d'un marché public (contrat) et pas d'un accord-cadre.*

La demande 1 du requérant visait à déterminer si le marché aurait dû être mis en concurrence sous la forme d'un accord-cadre. À l'appui de ces conclusions, Remondis a fait essentiellement valoir qu'un chiffre d'affaires minimum précis n'était pas garanti au soumissionnaire retenu et que, selon le cahier des charges, le contrat était susceptible d'être réexaminé tout au long de sa durée. Entre autres, il était possible que des modifications soient apportées à tout moment au nombre de ménages desservis et au type de conteneurs à déchets utilisés, selon que les citoyens s'abonnent ou se désabonnent au service, selon le nombre de vidages supplémentaires commandés et selon tout changement éventuel de la législation en vigueur en la matière. Du fait qu'un réexamen du contrat était possible, il s'agissait aux yeux de Remondis A/S d'un accord-cadre. À cet égard, Remondis a également indiqué que la limite pour le nombre autorisé de clauses de réexamen, définie à l'article 179 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 72, paragraphe 1, alinéa 1, sous a, de la directive 2014/24/UE) (lequel précise que les modifications doivent être prévues dans le dossier d'appel d'offres, au sein de des clauses claires, précises et univoques), était dépassée. Toutefois, Remondis n'avait pas personnellement conclu à une violation de l'article 179 de ladite loi (article 72, paragraphe 1, alinéa 1, sous a, de ladite directive).

La commission des recours a débouté le requérant de sa demande 1. La commission a motivé sa décision par le fait que le fournisseur retenu, ainsi que les documents de marché étaient formulés, avait la garantie, pendant la durée du contrat, de devoir collecter les déchets ménagers dans la mesure indiquée et aux prix unitaires indiqués par le fournisseur dans son offre. Par conséquent, le contrat mis en concurrence était un contrat synallagmatique, cf. article 24, point 24, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 2 de la directive 2014/24/UE) et article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive sur la passation des marchés publics. Le fait que la portée et le contenu de la prestation et de la rémunération du fournisseur dépendent selon le dossier d'appel d'offres des choix opérés par les citoyens et varient selon ceux-ci (nombre de vidages, conteneurs, etc.) et que le fournisseur doit accepter sans modifier les prix unitaires de tels changements et les changements découlant éventuellement d'une nouvelle réglementation nationale en la matière, n'entraînait pas, en cas de tels changements, l'attribution de (nouveaux) contrats comme indiqué à l'article 24, point 30, de la loi danoise

sur la passation des marchés publics (article 2 de la directive 2014/24/UE) et à l'article 33, paragraphe 1, point 2, de la directive sur la passation des marchés publics. Il n'y avait donc pas lieu d'invalider la classification du contrat mis en concurrence comme marché public.

Au demeurant, la commission des recours a noté que les changements que le contrat mis en concurrence donnait aux autorités municipales la possibilité d'opérer ne semblaient pas dépasser les limites définies à l'article 179 de la loi danoise sur la passation des marchés publics et à l'article 72, paragraphe 1, alinéa 1, sous a, de la directive sur la passation des marchés publics.

Vu la décision prise par la commission des recours concernant la demande 1, le requérant a également été débouté de sa demande 2 concernant l'article 95, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 33, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE), en vertu duquel la durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels.

Remondis A/S a rappelé la décision de la commission des recours du 8 mai 2014 (Abena A/S contre Municipalité de Slagelse), dans le cadre de laquelle la commission avait estimé qu'un marché public aurait dû avoir été mis en concurrence sous la forme d'un contrat. L'appel d'offres visé par le recours de 2014 était toutefois largement différent de l'appel d'offres lancé par les autorités municipales d'Hedensted.

Ce recours est un exemple qui montre que la commission des recours rend parfois des décisions au fond dans de très courts délais. À la demande commune des parties, la commission a, au lieu de se prononcer sur la question de l'effet suspensif, rendu sa décision au fond dans le délai dont elle disposait pour l'octroi de l'effet suspensif.

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

*Décision intermédiaire du 18 mars 2020, Alcyon ApS contre Région Capitale, Région Jutland-Central, Région Jutland du Nord et Région Sjælland*

*La commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours en application de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la commission des recours, car la mise en balance des intérêts s'est avérée en faveur des régions.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres ouvert visant la fourniture de lits d'hôpital, en quatre lots, pour une valeur globale estimée à environ 72 millions DKK par le requérant. Le requérant avait posé des questions durant la procédure d'appel d'offres, mais avait choisi de ne pas soumettre d'offre. À la place, il a introduit un recours à l'expiration du délai de soumission en avançant notamment que plusieurs exigences minimales contenues dans les spécifications techniques étaient formulées de telle sorte qu'elles favorisaient les fournisseurs existants et qu'elles n'étaient ni objectives ni proportionnelles. Le requérant demandait en outre l'octroi de l'effet suspensif à son recours.

Les régions ont reconnu qu'une violation avait été commise (demande 3), uniquement en ce qui concerne le lot 4, et annulé ledit lot. Les régions ont contesté l'octroi d'un effet suspensif au recours et

fait valoir que les conditions de justification à première vue et d'urgence n'étaient pas remplies et que la mise en balance des intérêts était en leur faveur.

La commission des recours a noté qu'Alcyon n'avait pas fourni d'informations qui permettraient de conclure que son intérêt à obtenir l'octroi de l'effet suspensif était supérieur à l'intérêt apparent des régions à pouvoir conclure dans les plus brefs délais les contrats concernant les lits d'hôpital afin de garantir la capacité requise dans les hôpitaux.

En outre, la commission a noté qu'en l'état, rien ne portait à croire que le requérant obtiendrait gain de cause pour sa demande concernant les exigences techniques liées aux lits. Une éventuelle violation (demande 5) commise en n'indiquant ni la quantité estimée, ni la portée estimée, ni la valeur estimée de manière globale ou pour chacun des lots n'avait pas concrètement empêché Alcyon de participer à l'appel d'offres. Les autres demandes, considérées conjointement avec les informations sur le nombre de soumissionnaires, n'étaient pas d'une nature telle que l'intérêt d'Alcyon à obtenir une clarification en l'espèce était supérieur à l'intérêt des régions à pouvoir conclure les contrats sur l'achat des lits.

Dès lors, la commission des recours n'a pas octroyé d'effet suspensif au recours.

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

#### *Décision du 30 mars 2020, Dansk Byggeri contre Municipalité de Tårnby*

*Un recours fondé sur une violation de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux a été rejeté, car le délai de recours de 45 jours défini à l'article 7, al. 4, de la loi danoise sur la commission des recours n'avait pas été respecté.*

Dansk Byggeri, qui fait partie des organisations dotées d'une voie de recours en vertu de l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, point 3, de la loi danoise sur la commission des recours, a introduit un recours contre une procédure restreinte lancée au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux et visant les travaux de construction d'un skatepark, mis en œuvre par les autorités municipales de Tårnby. Une seule offre a été soumise et le marché a donc été conclu le 5 septembre 2019. Dansk Byggeri a saisi la commission des recours le 21 janvier 2020. Les autorités municipales ont conclu au rejet du recours en référence au fait que le délai de recours de 45 jours avait été dépassé.

Dansk Byggeri a fait valoir que le délai de recours pour les organisations dotées d'une voie de recours ne devait être calculé qu'à partir du jour où l'organisation concernée disposait de suffisamment d'informations pour déterminer s'il y avait lieu d'introduire un recours.

La commission des recours a donné gain de cause au défendeur en référence au fait que les travaux législatifs préparatoires de l'article 7 de ladite loi n'appuyaient pas une interprétation allant à l'encontre du libellé (et ce, même dans un cas comme celui en l'espèce où l'entité adjudicatrice n'avait reçu qu'une seule offre qu'elle avait accepté) et qu'aucun recours ne pouvait donc être attendu de la part d'entreprises, y compris via leurs organisations professionnelles. En outre, la commission des recours a noté que le délai de recours de deux ans défini pour la Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation à l'article 7, al. 7, de ladite loi était, le cas échéant, superflu.

*Décision d'indemnisation du 2 avril 2020, MBG Entreprise A/S contre Municipalité de Copenhague*

*Le soumissionnaire, qui avait en réalité soumis l'offre la plus basse, mais ne s'était pas vu attribuer le marché, a obtenu l'indemnisation de son intérêt positif matériel. Il n'a pas été prouvé que les autorités municipales, suite au manque de clarté des documents de marché, avaient été dans l'obligation d'annuler l'appel d'offres, ni qu'elles avaient eu l'intention d'annuler celui-ci au motif dudit manque de clarté.*

Dans une décision du 26 septembre 2019 entre les mêmes parties, la commission des recours avait estimé que les autorités municipales avaient, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, agi contrairement aux principes d'égalité de principe et de transparence. Le dossier d'appel d'offres n'était pas clair et les autorités municipales avaient, dans ce cadre, comparé l'offre de MBG Entreprise A/S, qui contenait un prix pour un revêtement en zinc, à une offre qui ne comprenait pas de prix pour cette prestation. Les autorités municipales avaient donc comparé des offres et des prix qui n'étaient pas directement comparables.

La décision du 2 avril 2020 portait sur la demande d'indemnisation de MBG Entreprise A/S. La commission des recours a estimé qu'abstraction faite du prix partiel pour le revêtement en zinc (une prestation que les autorités municipales ne souhaitaient pas non plus acheter), l'offre la plus basse avait en réalité été soumise par MBG Entreprise A/S et pas par le soumissionnaire retenu. En outre, la commission a estimé que les autorités municipales n'avaient pas été dans l'obligation d'annuler l'appel d'offres (une telle obligation aurait empêché une demande d'indemnisation de l'intérêt positif matériel du requérant), mais qu'elles auraient pu remédier au manque de clarté en publiant simplement un avis de rectification. Vu les circonstances et par souci de transparence et d'égalité de traitement, les autorités municipales auraient dû préciser les documents du marché pour éviter toute discrimination entre les soumissionnaires, cf. article 2, al. 3, de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux. Cela était d'autant plus vrai que les autorités municipales avaient, durant la procédure d'appel d'offres, reçu de la part de MBG Entreprise A/S des questions concernant la manière d'entendre le dossier d'appel d'offres, qui montraient qu'une précision des documents de marché était nécessaire. Les autorités municipales n'ont pas établi qu'elles avaient eu l'intention d'annuler la procédure d'appel d'offres en vue de lancer une nouvelle procédure, alors qu'une telle démarche aurait, elle aussi, permis de remédier au manque de clarté. Elles ont insisté sur le fait que l'annulation de l'appel d'offres aurait été une mesure supplémentaire qui aurait augmenté les frais de transaction et le temps requis. Il était donc prouvé que les autorités municipales avaient agi de manière fautive et que les conditions de lien de causalité et d'indemnisation de l'intérêt positif matériel du requérant étaient remplies.

Le calcul du montant de l'indemnisation comprenait plusieurs éléments d'incertitude, notamment en ce qui concerne le montant de la marge bénéficiaire et des risques liés aux travaux. Le montant de l'indemnité a donc été fixé sur la base du prix offert pour le marché et des avenants convenus pour les travaux exécutés et estimé à 650 000 DKK.

*Décision de rejet du 16 avril 2020, Tunstall A/S et Tunstall Health A/S contre Fælles Udbud og Udvikling af Telemedicin c/o Région Jutland-Central (FUT), TeleCare Nord et TeleKOL Landsdel Sjælland*

*Le recours visait à déterminer si les marchés passés au titre d'un accord-cadre devaient être passés sur la base des prix indiqués par les fournisseurs dans leurs offres soumises pour l'accord-cadre. Les requérants étaient d'avis que les entités adjudicatrices n'étaient pas en droit de leur refuser la possibilité de réduire leurs prix en application d'une clause de régulation des prix contenue dans l'accord-cadre.*

FUT, TeleCare Nord (TeleCare) et TeleKOL Landsdel Sjælland (TeleKOL) ont mis en concurrence en 2017 un accord-cadre composé de deux lots, « Lot 1 – Solution pour le personnel » et « Lot 2 – Solution pour les citoyens », concernant le déploiement de services de télémédecine destinés aux citoyens atteints de bronchopneumopathie chronique obstructive. FUT, TeleCare et TeleKOL ont décidé de conclure un contrat avec notamment Tunstall Health A/S (Tunstall Health) et CGI Danmark A/S (CGI) en ce qui concerne le lot 1 (Solution pour le personnel) et avec notamment Tunstall A/S (Tunstall), Tunstall Health et CGI en ce qui concerne le lot 2 (Solution pour les citoyens). Les contrats ont été conclus le 8 janvier 2019.

L'accord-cadre définissait une procédure pour l'attribution des accords de fourniture/le choix des fournisseurs et indiquait entre autres que les tâches seraient attribuées selon les règles de passation de marché de gré à gré, cf. article 99 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 33, paragraphe 4, sous a, de la directive 2014/24/UE). Les accords de fourniture seraient attribués aux fournisseurs qui, par rapport à la fourniture concernée, auraient soumis l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix. La section 10 de l'accord-cadre comprenait des dispositions relatives à la régulation des prix. Celles-ci indiquaient notamment, en ce qui concerne une baisse des prix catalogue des fournisseurs, que si l'évolution des prix catalogue généraux du fournisseur était en faveur des clients, les prix unitaires devaient être régulés selon un pourcentage proportionnel à ladite évolution. L'ajustement des prix catalogue des fournisseurs devrait être calculé en soustrayant aux prix catalogue offerts le pourcentage dont les fournisseurs avaient réduit leurs prix catalogue.

À plusieurs reprises, les prix catalogue de Tunstall et Tunstall Health pour les deux lots s'étaient avérés supérieurs aux prix offerts par le soumissionnaire ayant soumis l'offre la plus basse. Tunstall et Tunstall Health ont demandé la permission de réguler leurs prix conformément aux dispositions de l'accord-cadre en la matière. Ils entendaient réduire largement leurs prix par rapport aux prix initialement offerts, et Tunstall et Tunstall Health ont précisé les motifs de leur demande. FUT, TeleCare et TeleKOL ont estimé que la réduction de prix était telle qu'elle aurait un impact décisif sur les chances de Tunstall et Tunstall Health d'être choisis comme fournisseurs.

FUT, TeleCare et TeleKOL, qui, durant la procédure d'appel d'offres, ont reçu des objections de CGI, n'ont finalement pas autorisé Tunstall et Tunstall Health à réguler leurs prix. Les accords de fourniture ont donc été conclus sans tenir compte des prix réduits de Tunstall et Tunstall Health.

Dans le cadre du recours, Tunstall et Tunstall Health ont avancé que FUT, TeleCare et TeleKOL avaient agi contrairement à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 99 de ladite loi (article 33, paragraphe 4, de ladite

directive) en n'approuvant pas les régulations de prix de Tunstall et Tunstall Health et en attribuant et concluant les contrats sans tenir compte des prix réduits de Tunstall et Tunstall Health.

FUT, TeleCare et TeleKOL ont conclu au rejet du recours et ont obtenu gain de cause. La commission des recours a indiqué qu'elle n'était pas compétente pour traiter des recours portant sur les questions liées au respect des contrats conclus entre une autorité et une entreprise. Tunstall et Tunstall Health souhaitaient que la commission des recours se prononce sur un litige entre les parties concernant l'interprétation d'une clause de régulation des prix contenue dans l'accord-cadre. Ainsi qu'elles étaient formulées, les conclusions déposées ne visaient pas les principes généraux d'égalité de traitement et de transparence du droit communautaire.

*Décision d'indemnisation du 14 juillet 2020, Kære Pleje Fredericia ApS contre Municipalité de Fredericia*

*Dans sa décision, la commission des recours a déterminé si, suite aux violations commises par les autorités municipales de Fredericia, comme établi dans la décision du 3 avril 2020, les autorités municipales devaient verser une indemnité au requérant, Kære Pleje Fredericia ApS.*

Kære Pleje Fredericia ApS avait soumis une offre dans le cadre d'un appel d'offres lancé selon le régime assoupli au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés et concernant la fourniture de différents services de soins à domicile, mais ne s'était pas vu attribuer le marché.

Dans sa décision du 3 avril 2020, la commission des recours avait donné gain de cause à Kære Pleje Fredericia ApS et établi que les autorités municipales avaient violé la loi danoise sur la passation des marchés publics comme suit :

« S'agissant de la demande 1

Les autorités municipales de Fredericia ont agi contrairement à l'article 187, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics [article 75, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE], cf. annexe V, section H, de la directive sur la passation des marchés publics, en ne décrivant pas dans l'avis de marché publié au titre de la section IV.1.11 les éléments principaux de la procédure d'attribution, en ce compris le critère d'attribution appliqué dans le cadre de l'appel d'offres.

S'agissant de la demande 2

Les autorités municipales de Fredericia ont agi contrairement à l'article 188, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics [article 76 de la directive 2014/24/UE], cf. article 171 de ladite loi [article 55, paragraphes 1 et 2, de ladite directive], en n'identifiant pas dans sa lettre d'information adressée à Kære Pleje Fredericia ApS le soumissionnaire qui avait soumis l'offre la plus basse.

S'agissant de la demande 4

Les autorités municipales de Fredericia ont agi contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la passation des marchés

publics [article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE] en ayant défini une exigence minimale qui manquait de clarté en ce qui concerne les références, en ce sens que le cahier des charges ne précisait pas les prestations devant être incluses dans les « services de soins personnel jour et nuit » et celles devant être incluses dans les « services d'aide pratique ».

La commission des recours a en outre annulé la décision d'attribution des autorités municipales de Fredericia.

Dans la partie du recours portant sur la question d'indemnisation, Kære Pleje Fredericia ApS demandait à être indemnisé en réparation du préjudice de confiance subi.

La commission des recours a donné gain de cause aux autorités municipales. Même si la nature des violations constatées des règles du droit des marchés publics en ce qui concerne les demandes 1 et 4 était telle que les autorités municipales de Fredericia (pour peu que les autres conditions d'indemnisation soient remplies) était tenue d'indemniser Kære Pleje Fredericia ApS des pertes subies en soumettant son offre, Kære Pleje Fredericia ApS aurait pu ou dû constater lesdites violations et avait malgré tout soumis son offre. Il n'était donc pas possible de considérer qu'il existait un lien de causalité entre les violations constatées et les pertes prétendues. De même, une indemnisation était impossible puisqu'il s'agissait d'une faute personnelle.

Les décisions reflètent la jurisprudence de la commission des recours, selon laquelle les violations que les requérants ont constatées ou auraient dû constater préalablement à la soumission de leurs offres ne peuvent pas justifier une indemnisation. De manière générale, la commission des recours souligne simplement l'absence d'un lien de causalité, mais la jurisprudence peut tout aussi bien être interprétée comme une question de faute personnelle. Il est ainsi clairement indiqué dans la décision que le rejet du recours tient aussi bien à l'absence de lien de causalité qu'à des raisons de faute personnelle.

*Décision d'indemnisation du 17 décembre 2020, De Forenede Dampvaskerier A/S contre Municipalité de Ringkøbing-Skjern*

*Le recours a été introduit par le soumissionnaire ayant soumis l'offre la plus basse. L'offre du requérant avait été rejetée au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges, mais dans sa décision du 15 mai 2020, la commission des recours a constaté que le rejet était injustifié. Dans sa décision du 17 décembre 2020, la commission des recours a condamné l'entité adjudicatrice à verser une indemnité estimée à 2,5 millions DKK en couverture des pertes subies par le requérant en n'ayant pas obtenu l'attribution du marché (intérêt positif matériel).*

Le requérant, De Forenede Dampvaskerier A/S (DFD), a soumis une offre pour un accord-cadre visant la fourniture de solutions de lavage et de location de vêtements pour personnel médical dans la commune de Ringkøbing-Skjern. Le critère d'attribution était le prix.

Les autorités municipales de Ringkøbing-Skjern ont défini une série d'exigences minimales pour les vêtements à fournir, telles que des tee-shirts non transparents.

DFD a soumis l'offre la plus basse, mais les autorités municipales ont rejeté l'offre comme étant non conforme au cahier des charges, notamment parce qu'un tee-shirt blanc offert leur semblait transparent. D'autres exigences n'étaient pas non plus remplies, selon les autorités municipales. Les autorités municipales ont donc attribué le marché à un autre soumissionnaire, Berendsen Textil Service A/S.

DFD a introduit un recours contre le rejet par les autorités municipales de son offre et demandé à ce que son recours se voie attribuer un effet suspensif. Dans une décision intermédiaire, la commission des recours a indiqué qu'il n'était pas envisageable que DFD obtienne gain de cause, car les autorités municipales avaient estimé que le tee-shirt était transparent et que l'offre, sur ce point, ne remplissait donc pas les exigences minimales définies.

Durant le reste de la procédure de recours, DFD s'est procuré un avis auprès de l'Institut technologique danois qui comparait le tee-shirt offert par DFD et le tee-shirt offert par Berendsen. La commission des recours a alors établi que les tee-shirts offerts par DFD et Berendsen provenaient du même fabricant et présentaient les mêmes caractéristiques spécifiques. Les autorités municipales ont indiqué que le tee-shirt de Berendsen avait reçu un post-traitement spécial grâce auquel il n'était pas transparent, mais les informations disponibles ne comprenaient pas d'avis formulé par Berendsen indiquant l'application d'un tel traitement ni suggérant en quoi il consistait. La commission des recours n'a donc pas pu établir que le tee-shirt de Berendsen avait reçu un post-traitement qui influencerait sur sa transparence. La commission a donné gain de cause à DFD en ce qui concerne sa demande selon laquelle les autorités municipales avaient agi contrairement aux règles du droit des marchés publics en rejetant l'offre de DFD comme étant non conforme au cahier des charges et en n'attribuant pas l'accord-cadre à DFD. La décision d'attribution a donc été annulée.

DFD a alors introduit une demande d'indemnisation de son intérêt positif matériel de quelque 4,1 millions DKK. Dans le cadre de cette partie du recours, les autorités municipales ont présenté un avis de Berendsen parlant du post-traitement que subissent les tee-shirts de l'entreprise et qui peut avoir un impact sur leur transparence.

Même si les autorités municipales avaient présenté cet avis de Berendsen, cela n'aurait rien changé à la décision de la commission des recours. C'est pourquoi, dans sa décision d'indemnisation, la commission a établi que ni le tee-shirt de Berendsen ni celui de DFD étaient transparents. Dans sa décision, la commission a estimé qu'il n'était pas établi que les autorités municipales avaient eu l'intention d'annuler l'appel d'offres ou de résilier l'accord-cadre pendant sa durée de six ans. Étant donné qu'il avait soumis l'offre la plus basse, DFD était en droit de percevoir une indemnisation de son intérêt positif matériel. Le montant de l'indemnité a été fixé, selon les estimations, à 2,5 millions DKK.

Les autorités municipales de Ringkøbing-Skjern ont introduit un recours en justice contre la décision de la commission.

## 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 en application des lois danoises sur la transparence de l'administration et la procédure administrative. Ces règles n'ayant pas été modifiées, on se référera donc, a priori, à ce rapport. Par ailleurs, la jurisprudence est mentionnée au chapitre 3 des rapports annuels 2017-2019. En 2020, la commission des recours a en outre décidé de publier dans une plus large mesure ses décisions en matière de droit d'accès, de telle sorte que depuis le 15 juin 2020, ces décisions sont a priori accessibles au public sur le site web de la commission.

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

Il arrive que la commission prenne une décision en matière de droit d'accès conformément à des règles spéciales sur le droit d'accès à l'information environnementale. De tels recours, qui sont partiellement traités selon les règles de l'ancienne loi danoise sur la transparence de l'administration (décret-loi danois n° 988 du 9 octobre 2012), ne sont normalement pas traités séparément dans les rapports annuels de la commission des recours.

Pour savoir si une demande d'accès doit être traitée en vertu de la loi danoise sur l'information environnementale, il est crucial de déterminer entre autres si les informations visées par le droit d'accès sont comprises dans la notion d'« information environnementale » définie à l'article 3 de ladite loi. Il s'agit d'une notion très vaste et il découle notamment de la jurisprudence européenne qu'elle doit être interprétée de manière extensive. En vertu de l'article 3, al. 1<sup>er</sup>, point 3, de ladite loi, la notion englobe notamment « *les mesures (y compris les mesures administratives), telles que les politiques, les dispositions législatives, les plans, les programmes, les accords environnementaux et les activités ayant ou susceptibles d'avoir des incidences sur les éléments et les facteurs environnementaux (...), ainsi que les mesures ou activités destinées à protéger ces éléments.* » Il est évident que la mise en concurrence de contrats susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement doit, selon les circonstances, pouvoir être considérée comme une telle « mesure » et donc être englobée par la notion légale d'information environnementale.

Néanmoins, en 2020, dans une décision de portée plus générale, la commission des recours a traité la question de savoir si le droit d'accès dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres annulée devait être traité en vertu de la loi danoise sur le droit d'accès à l'information environnementale ou des règles générales en matière de droit d'accès définies dans les lois danoises sur la transparence de l'administration et la procédure administrative :

**Décision rendue par la commission des recours le 18 juin 2020 (réf. 20/03844).** Le recours portait sur le droit d'accéder, en vertu de la loi danoise sur l'information environnementale, à une offre soumise dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres négociée concernant un contrat d'expansion permanente des installations existantes de traitement des eaux usées. Conformément aux règles définies dans la directive sur les services spéciaux, l'appel d'offres avait été

lancé avec présélection via un système de qualification. Le requérant avait également introduit un recours contre l'appel d'offres proprement dit auprès de la commission des recours.

L'appel d'offres visé par les informations a toutefois été annulé suite à des erreurs dans les documents de marché et l'entité adjudicatrice a alors envisagé d'organiser une nouvelle procédure de passation de marché. Étant donné que l'appel d'offres avait été annulé, la commission des recours a établi qu'il pouvait être exclu qu'un accord puisse être conclu sur la base des documents de marché et des documents des offres auxquels le requérant souhaitait accéder. Il n'était donc pas question d'une mesure susceptible d'avoir des incidences directes ou indirectes sur l'environnement. Ainsi, il n'était pas question d'information environnementale, raison pour laquelle le recours ne relevait pas de la loi danoise sur l'information environnementale.

### 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 observations particulières concernant l'article 37, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la transparence de l'administration (cf. projet de loi n° L 144 du 7 février 2013) indiquent ce qui suit : « *Dans les cas où les voies de recours ouvertes pour les décisions prises au fond font l'objet d'une réglementation particulière (telle que la mise sur pied d'une instance de recours spéciale), il découle de l'alinéa premier que l'instance de recours spéciale doit être saisie des décisions en matière de droit d'accès* ». Comme indiqué dans les rapports annuels 2017-2019, il ressort de l'article 37 de la loi sur la transparence de l'administration que la compétence de la commission en matière de recours suit sa compétence matérielle qui est délimitée dans la loi sur la commission des recours. En vertu de cette loi, la commission est compétente pour connaître des recours introduits à l'encontre des entités adjudicatrices publiques qui sont supposées avoir violé les règles de droit en matière de passation de marchés publics.

La compétence de la commission des recours est donc concrètement limitée aux recours en matière de passation de marchés publics. Pour peu que les entités adjudicatrices aient des questions plus générales sur des sujets liés au droit des marchés publics qui ne revêtent pas le caractère de recours en matière de passation de marchés publics, la commission des recours en matière de marchés publics ne peut donc pas être saisie des décisions relatives au droit d'accès dans ce domaine :

**Décision rendue par la commission des recours le 30 juin 2020 (réf. 20/04953).** Le recours portait sur le refus par la Direction générale danoise de l'Administration pénitentiaire d'octroyer le droit d'accès à des documents ayant figuré dans une affaire concernant un audit portant sur le respect par la Direction générale des règles en matière d'achats et de passation de marchés publics. Le recours a été rejeté, car la commission des recours n'était pas compétente en application de l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration. L'accent a été mis sur le fait que l'affaire liée à l'audit visé par la demande d'accès ne revêtait pas en soi le caractère d'un recours en matière de passation de marchés publics dont pouvait être saisie la commission et que cette dernière n'était donc pas compétente pour traiter les recours introduits à l'encontre

des décisions rendues en matière de droit d'accès dans le cadre de l'affaire en question. Il a ainsi été noté que, si les documents en question avaient fait partie d'un recours (en matière de marchés publics) dont la commission aurait pu être saisie, les décisions éventuellement rendues en matière de droit d'accès auraient pu elles aussi être portées devant la commission des recours en matière de marchés publics.

**Décision rendue par la commission des recours le 30 juin 2020 (réf. 20/05221).** Le recours portait sur le refus par l'Administration pénitentiaire danoise d'octroyer l'accès à un rapport d'audit final. Ce recours a lui aussi été rejeté pour les mêmes raisons que le recours précédent.

En vertu de l'article 39, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la transparence de l'administration, un recours concernant la durée de la procédure de traitement d'une demande d'accès (de même qu'un recours en matière de droit d'accès au titre de l'article 37 de ladite loi) peut faire l'objet d'un recours séparé et directement introduit auprès de l'autorité qui constitue l'instance de recours en dernier ressort pour la décision rendue ou l'instruction en général du dossier visé par la demande d'accès. Toutefois, dans le cadre de tels recours tout particulièrement, un doute peut parfois régner en ce qui concerne la compétence de la commission si la demande d'accès dont la durée de traitement est contestée par le requérant ne se limite pas à un (ou plusieurs) véritable(s) recours en matière de passation de marchés publics :

**Décision rendue par la commission des recours le 17 décembre 2020 (réf. 20/10449).** Le recours portait sur la durée de traitement d'une demande introduite auprès des autorités côtières danoises. La demande initiale concernait l'accès à la correspondance entre les autorités côtières et un soumissionnaire (retenu par la suite) qui était également le fournisseur en vertu d'un contrat déjà conclu. La commission des recours a constaté que seul un petit nombre de courriers électroniques concernait la procédure d'appel d'offres pour laquelle la commission des recours constituait l'instance de recours en dernier ressort. La commission a estimé que le recours à l'encontre de la durée de la procédure auprès des autorités côtières devait, selon le principe défini à l'article 39, al. 1<sup>er</sup>, de la loi danoise sur la transparence de l'administration, être introduit auprès de l'autorité censée connaître, pour l'essentiel, de la demande en question. Or, vu que lesdits courriels ne représentaient qu'une petite partie de la correspondance totale visée par la demande, la commission des recours a estimé de manière générale que la demande d'accès ne pouvait pas être jugée concerner une procédure d'appel d'offres dont elle pouvait connaître. La commission des recours a alors refusé de traiter le recours.

### 3.3 Informations internes

Comme indiqué dans les rappels annuels 2017 et 2019, le droit d'accès ne s'applique pas aux documents internes qui n'ont pas été transmis à des personnes extérieures (voir l'article 23, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi sur la transparence de l'administration). 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.

**Décision rendue par la commission des recours le 16 avril 2020 (réf. 20/02582).** Le recours portait, entre autres, sur un refus d'octroyer l'accès à la correspondance interne du défendeur. À

cet égard, le requérant a fait valoir que la correspondance ne pouvait pas être considérée comme interne, en ce sens que le défendeur l'avait transmise à son avocat. La commission des recours a confirmé le refus et ainsi noté que le défendeur avait uniquement transmis la correspondance interne à son avocat dans le cadre d'une demande d'accès liée à un recours introduit auprès de la commission et que la transmission de la correspondance, dans ces circonstances, ne voulait pas dire que celle-ci cessait d'être interne, cf. article 27, point 4, et article 23, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi danoise sur la transparence de l'administration.

### 3.4 Refus d'accès à des secrets commerciaux confidentiels

Comme indiqué dans les rapports annuels 2016-2019, l'offre d'un soumissionnaire retenu comprend souvent des informations portant sur des dispositifs ou procédés techniques ou des éléments d'exploitation ou commerciaux visés par les dispositions dérogatoires de l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration et/ou de l'article 15 b, point 5, de la loi danoise sur la procédure administrative. Toutefois, il apparaît souvent dans la jurisprudence de la commission des recours qu'un grand nombre des descriptions de la solution offerte par un soumissionnaire retenu ne présentent pas un caractère tel qu'il est possible de refuser leur accès au public au titre de l'article 30, point 2, de la loi sur la transparence de l'administration ou de l'article 15 b de la loi sur la procédure administrative.

**Décision rendue par la commission des recours le 20 janvier 2020 (réf. 19/09001).** Le recours portait sur le refus partiel d'octroyer l'accès au contrat conclu avec le soumissionnaire retenu dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres contestée. Les informations figurant aux sections « Fond et durée du contrat », « Lieu », « Consentement des parties » et « Date de conclusion du contrat » et plusieurs autres informations figurant aux sections « Exigences définies pour les vêtements de travail et les équipements de protection », « Opérations de collecte », « Matériel de collecte », « Système de pénalité » et « Rupture de contrat » n'ont pas été jugées revêtir le caractère de secrets commerciaux. Un droit d'accès à ces informations a donc été octroyé.

Par ailleurs, en vertu de la jurisprudence de la commission des recours, les dispositions dérogatoires mentionnées ne peuvent pas empêcher que des informations concernant des secrets commerciaux susceptibles de bénéficier d'une exception au droit d'accès soient transmises aux autorités publiques défenderesses, pour la simple raison qu'un tel accès ne comporte pas en soi un risque particulièrement plausible pour l'entreprise concernée.

**Décision rendue par la commission des recours le 2 mars 2020 (réf. 20/00992).** Dans sa décision du 18 décembre 2019, la commission des recours avait donné gain de cause au requérant concernant sa demande d'annulation de la décision d'attribution liée à une procédure d'appel d'offres concernant des transports en bus. Dans sa demande d'indemnisation subséquente, le requérant concluait à percevoir une indemnisation de son intérêt positif matériel. À cet égard, le requérant faisait valoir que la société de transport défenderesse ne pouvait pas accéder aux documents transmis par l'entreprise dans le but de démontrer le montant des pertes (intérêt positif matériel). Le requérant a ainsi invoqué qu'il s'agissait de secrets commerciaux, cf. article 15 b de la loi danoise sur la procédure administrative. La commission des recours a rendu sa décision au regard de ces dispositions. Tout d'abord, la commission a constaté que la société de transport défenderesse possédait un intérêt réel et fondamental à accéder aux documents

et que les informations devaient être considérées comme décisives pour que la société puisse défendre ses intérêts dans le cadre de la demande d'indemnisation. Ensuite, la commission a constaté que le requérant ne possédait pas un intérêt crucial (cf. article 15 b, point 5, de la loi danoise sur la procédure administrative) à ce que l'annexe bénéficie d'une exception au droit d'accès détenu par la société de transport. Ainsi, la commission des recours a insisté sur le fait que la société de transport avait été fondée en application de la loi danoise sur les sociétés de transport dans le cadre de l'administration publique et qu'elle était soumise aux règles de ladite loi, dont l'article 27 relatif au secret professionnel. La décision rendue dans le cadre de la demande d'indemnisation et concernant le droit d'accès de la société de transport n'impliquait donc pas un droit à divulguer l'annexe de manière générale et il appartenait à la société de transport, pour peu qu'elle soit appelée à traiter des demandes de droit d'accès au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration, de déterminer si les informations comprenaient des secrets commerciaux au sens de l'article 30, point 2, de ladite loi.

### 3.5 Exception octroyée à d'autres documents

En vertu de l'article 27, point 4, de la loi danoise sur la transparence de l'administration, le droit d'accès n'englobe pas la correspondance échangée avec des experts dans le cadre d'une action en justice ou visant à déterminer s'il convient d'entamer des poursuites en justice. Vu la nature parajudiciaire de la commission des recours et vu que les recours introduits devant celle-ci (tout comme les procédures d'arbitrage qui sont expressément mentionnées dans les travaux législatifs préparatoires) se substituent dans une large mesure aux actions intentées auprès des juridictions de droit commun, tout recours introduit auprès de la commission des recours en matière de marchés publics est considérée constituer une « action en justice » en application de l'article 27, point 4, de la loi danoise sur la transparence de l'administration, cf. à cet égard la décision de la commission du 11 septembre 2015 (Wind People contre Direction générale danoise de l'Énergie), pages 40 et al. notamment.

On se reportera également au recours susmentionné, dans le cadre duquel une action en justice était toutefois aussi une option envisageable :

**Décision rendue par la commission des recours le 20 janvier 2020 (réf. 19/09001).** La commission des recours a établi que la correspondance entre la société de distribution défenderesse et son conseil juridique pouvait bénéficier d'une exception au titre de l'article 27, point 4, de la loi danoise sur la transparence de l'administration. Ainsi, l'accent a été mis sur le fait qu'un recours était pendant devant la commission des recours en matière de marchés publics, que la commission avait estimé, dans sa décision intermédiaire dans le cadre du recours en matière de marchés publics, que la condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était remplie et qu'une action en justice devait donc être considéré comme une option envisageable. Une partie de la correspondance avec le conseil juridique de la société, qui concernait notamment la planification des réunions, n'a pas été considérée comme visée par lesdites dispositions.

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

Le présent chapitre présente plusieurs jugements définitifs prononcés en 2020 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 2020 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 la Région Ouest du 21 août 2020, Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S contre Dansk Cater A/S, cf. décision de la commission des recours du 9 février 2018 (rapport annuel 2018, p. 33)*

Le recours portait sur la mise en concurrence au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics d'un accord-cadre concernant la fourniture de denrées alimentaires pour une valeur estimée à 1,6 milliard DKK. L'accord-cadre était réparti sur quelque 4 500 lignes de produits. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix. Dans sa décision du 9 février 2018, la commission des recours avait décidé que le modèle d'évaluation de l'entité adjudicatrice pour le sous-critère « Prix » ne convenait pas pour identifier l'offre la plus avantageuse économiquement et que l'évaluation qualitative n'avait pas été opérée sur la base d'un échantillon représentatif des produits et ne pouvait donc pas non plus contribuer à identifier l'offre la plus avantageuse économiquement.

SKI a saisi le Tribunal de petite instance, quoique uniquement en ce qui concerne le modèle d'évaluation pour le sous-critère « Prix ». Le Tribunal de petite instance a déféré l'affaire au Tribunal de grande instance, qui a rendu son jugement en première instance.

Il ressort de la décision de la commission des recours qu'il est exigé pour un modèle d'évaluation lié à un marché de fourniture d'un assortiment de produits que l'évaluation soit représentative par rapport aux achats attendus, cf. principes d'égalité de traitement et de transparence. Cela n'était pas le cas. Ainsi, aucune appréciation n'avait été faite qu'aux besoins/au volume d'achat et aucune pondération n'avait été opérée pour chacune des lignes de produits.

Le Tribunal de grande instance a confirmé la décision de la commission des recours et rappelé en outre l'article 1<sup>er</sup> de la loi danoise sur la passation des marchés (finalités de la loi) et l'article 161 de ladite (en vertu duquel une entité adjudicatrice est tenue d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a soumis l'offre la plus avantageuse économiquement).

*Jugement du Tribunal de Copenhague du 21 octobre 2020, Ministère public contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, cf. décision de la commission des recours du 15 février 2019, KONE A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (rapport annuel 2019, page 38)*

Dans sa décision du 15 février 2019, la commission des recours a donné gain de cause au requérant qui concluait à ce qu'une partie d'un accord-cadre en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2018 soit dépourvu d'effet à compter du 1<sup>er</sup> avril 2019. SKI ne relevant pas de l'article 19, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, la commission des recours a déposé plainte auprès de la police, en application de l'article 18, al. 3, de ladite loi, au lieu de lui infliger une sanction de substitution.

Le jugement du Tribunal de Copenhague porte sur le montant de l'amende infligée à SKI.

Le Procureur général en charge de la criminalité économique spéciale et de la criminalité internationale (SØIK) a infligé le 15 octobre 2019 une amende de 440 000 DKK à SKI après s'être procuré un avis consultatif de la Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation concernant la détermination du montant des amendes en application de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Il ressort du jugement que le ministère public était d'avis que le montant de l'amende devait être calculé sur la base de la valeur contractuelle estimée par la commission des recours pour les pièces de rechange concernées, soit 22 millions DKK minimum.

SKI était d'avis que le montant de l'amende devait être calculé en tenant compte des circonstances concrètes et de la structure spéciale du marché, et notamment du fait qu'il s'agissait de 63 accords-cadres dotés de dates d'entrée en vigueur successives, et que la valeur des accords pouvant être maintenus pouvait être objectivement calculée sur la base du dossier d'appel d'offres. SKI avait fixé la valeur, à la date de l'appel d'offres, des accords-cadres maintenus à 4 262 941,09 DKK et conclu à ce que l'amende soit calculée à hauteur de 5 % de ce montant.

En référence aux travaux législatifs préparatoires, le Tribunal a indiqué que l'intention était que la sanction économique soit calculée à partir de la valeur estimée de la part du marché pouvant être maintenue malgré la violation des règles. Ainsi, le montant de l'amende devait être fixé sur la base de la partie du marché déjà exécutée au 1<sup>er</sup> avril 2019 et les options non exploitées ne devaient pas être incluses dans la base du calcul.

En outre, le Tribunal a estimé qu'il convenait de tenir compte de la structure spéciale du marché, composé de 63 accords-cadres individuels avec différentes dates d'entrée en vigueur, et du fait que certains accords-cadres n'étaient pas entrés en vigueur et n'avaient donc pas été exécutés, ni en tout ni en partie, au 1<sup>er</sup> avril 2019, raison pour laquelle ils ne devaient pas être inclus dans le calcul du montant de l'amende.

De commun accord, il a été établi qu'il convenait d'appliquer un pourcentage de 5 % pour la catégorisation de l'infraction commise. Dès lors, le Tribunal a fixé le montant de l'amende à 220 000 DKK, cf. article 20, cf. article 22, cf. article 19, al. 2, point 3, cf. article 18, al. 2, point 3, cf. article 17, al. 1<sup>er</sup>, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours.

*Jugement du Tribunal d'Odense du 6 novembre 2020, TC Anlæg A/S contre Assens Spildevand A/S, cf. décision de la commission des recours du 21 février 2019*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et concernant l'exécution d'un projet de construction en entreprise générale. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix et la valeur du marché était estimée à 100 millions DKK. Le recours avait été introduit par un soumissionnaire qui ne s'était pas vu attribué le marché et comportait, devant la commission des recours, plusieurs points relatifs notamment à l'évaluation des offres par l'entité adjudicatrice. Le requérant a été débouté de sa demande sur tous les points.

Le requérant a par la suite saisi la justice et fait valoir entre autres que le soumissionnaire retenu, Per Aarsleff A/S, aurait dû être exclu pour des raisons de conflit d'intérêts, car un chef de projet travaillant pour la société d'ingénieurs-conseils de l'entité adjudicatrice, qui avait joué un rôle central notamment dans le cadre des négociations avec les soumissionnaires et dans l'évaluation des offres, était marié avec une directrice financière du Groupe Per Aarsleff.

Le Tribunal a estimé que l'entité adjudicatrice était dans l'obligation d'exclure le soumissionnaire retenu en application de l'article 136, point 1, de la loi danoise sur la passation des marchés publics et rappelé que l'entité adjudicatrice était chargée de prouver concrètement l'absence de toute impartialité chez l'employé de la société d'ingénieurs-conseils. La charge de la preuve n'avait pas été satisfaite, cf. également l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 12 mars 2015 dans l'affaire C-538/13, eVigolo, motif 43.

Il n'y avait donc pas lieu pour le Tribunal de déterminer si l'offre comportait au demeurant des éléments qui indiqueraient que l'attribution du marché était contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence.

Il n'y avait pas lieu d'établir que l'offre de TC Anlæg, qui avait été jugée conforme au cahier des charges lors de sa soumission, n'était pas conforme au cahier des charges.

Il incombait à Assens Spildevand, qui avait violé les règles de droit en matière de marchés publics en ne rejetant pas l'offre d'Aarsleff, d'établir qu'elle n'aurait pas accepté l'offre de TC Anlæg, mais aurait à la place annulé l'appel d'offres, cf. U.2012.2952H. Lors de l'appréciation des faits, l'accent a notamment été mis sur le fait que la différence de points entre les offres de Per Aarsleff et de TC Anlæg était très modeste et que la charge de la preuve n'avait pas été satisfaite.

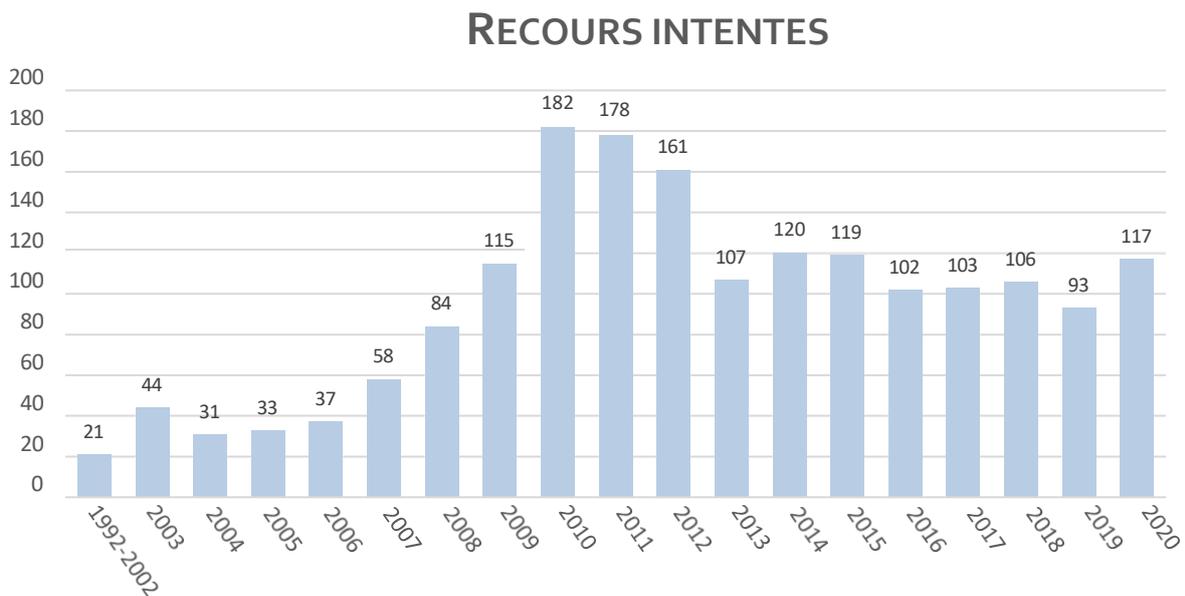
Le Tribunal a condamné Assens Spildevand à verser une indemnité estimée à 5 millions DKK en couverture des pertes subies par TC Anlæg en n'ayant pas obtenu l'attribution du marché.

## 5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2020

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 2020, 117 recours ont été intentés devant la commission. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de recours intentés de 1992 à 2020.



Le nombre de recours intentés en 2020 était plus élevé qu'en 2019, mais toujours largement inférieur aux chiffres de 2010-2012.

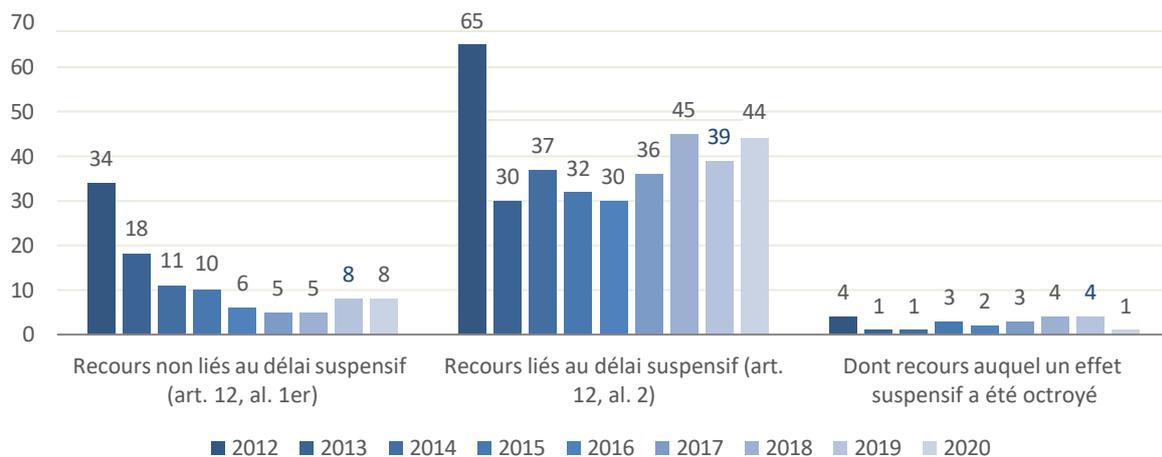
Comme indiqué à la section 4.1 du rapport annuel 2013, la chute considérable du nombre de recours intentés doit être vue à la lumière des modifications apportées en 2013 à la loi danoise d'application des règles en matière de marchés publics (aujourd'hui « loi sur la commission des recours en matière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

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

Comme indiqué ci-après, la commission a rendu en 2020 une décision intermédiaire dans huit recours dans le cadre desquels il lui avait été demandé d'octroyer un effet suspensif au titre de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, ainsi que dans 44 recours intentés durant le délai suspensif (*standstill*) en application de l'article 12, al. 2, de ladite loi, en vertu duquel la commission dispose d'un délai légal de 30 jours pour statuer sur l'octroi d'un effet suspensif. En 2020, un effet suspensif a été octroyé à un seul recours (voir la section 1.4 ci-dessus et la description de la décision au chapitre 2). Dans certains cas, la commission se prononce sur l'octroi de l'effet suspensif sous la forme d'un courrier et pas d'une décision en bonne et due forme. De telles décisions sous forme de courrier sont également incluses dans le calcul.

Le graphique ci-après montre le nombre de décisions rendues concernant des recours intentés durant le délai suspensif et d'autres recours visant l'attribution d'un effet suspensif entre 2012 et 2020.

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



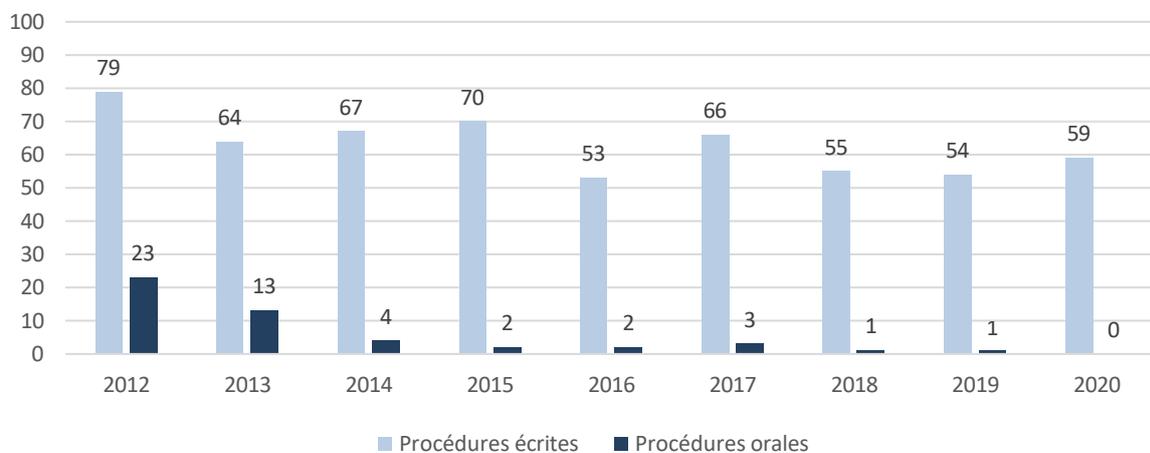
Dans le cadre de plusieurs recours, les décisions de la commission concernant l'attribution d'un effet suspensif ont débouché sur la révocation du recours suite au rendu d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les règles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

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

Les 44 recours dans le cadre desquels la commission a rendu une décision au fond en 2020 (voir section 5.4) ont fait l'objet d'une procédure écrite.

Le graphique ci-dessous montre le nombre de procédures écrites et orales organisées par la commission des recours entre 2012 et 2020.

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



Remarque ! Les chiffres reproduits comprennent également les recours rejetés.

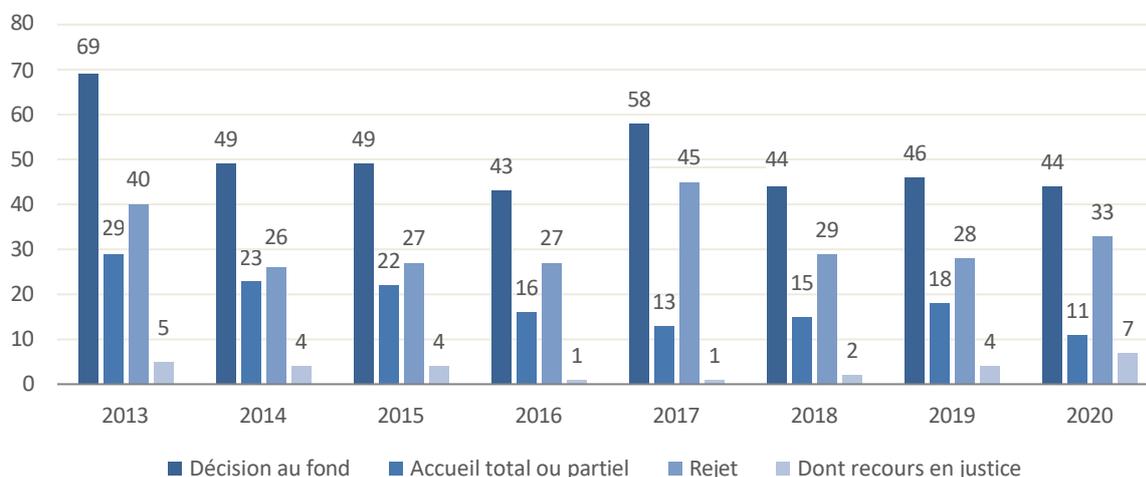
La répartition du nombre de procédures écrites par rapport au nombre de procédures orales montre que seul un petit nombre de recours ont fait l'objet d'une procédure orale. Comme indiqué également à la section 4.3 du rapport annuel 2013, cette chute est conforme à l'intention du législateur. En 2010,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

### 5.4 Recours réglés et issue de ces recours

En 2020, la commission a statué au fond sur 44 recours. Onze requérants ont obtenu entièrement ou partiellement gain de cause, tandis que les 33 restants ont été déboutés de leur demande. Dans la majorité des cas, les décisions de la commission constituent les décisions définitives rendues dans les affaires en question. Sur les 44 décisions, seules sept d'entre elles ont fait l'objet d'un recours devant

les juridictions. Le nombre de décisions ayant fait l'objet d'un recours en justice est légèrement supérieur aux chiffres des années précédentes.

## RECOURS REGLES ET ISSUE DE CES RECOURS



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

Le tableau ci-après montre que le pourcentage de recours accueillis en 2020 s'élevait à 25 % et était donc le plus bas des années 2011-2020.

Les calculs illustrés dans le graphique et le tableau ci-dessous ne comprennent pas les « décisions fumus » passées en force de décisions définitives. En 2020, la commission a rendu 25 « décisions fumus ». Dans trois d'entre elles, la commission a estimé que la condition de justification à première vue (« fumus boni juris ») était remplie. Dans deux affaires, l'entité adjudicatrice a alors annulé l'appel d'offres ou sa décision d'attribution, après quoi le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

Dans les 22 « décisions fumus » restantes, la commission a estimé que la condition « fumus boni juris » n'était pas remplie, suite à quoi, dans 15 recours, le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire est alors devenue la décision définitive de la commission.

Année	Accueil total ou partiel	Rejet
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	26 %	74 %

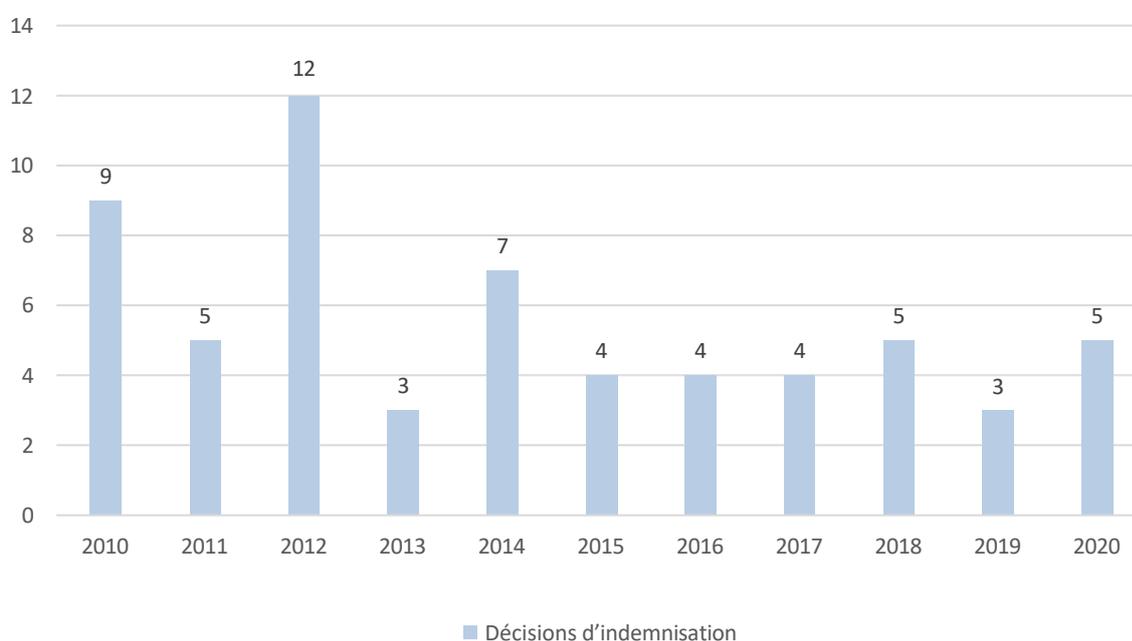
2018	34 %	66 %
2019	39 %	61 %
2020	25 %	75 %

### 5.5 Décisions d'indemnisation prononcées

En 2020, la commission des recours a rendu cinq décisions d'indemnisation.

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

## DECISIONS D'INDEMNISATION PRONONCEES



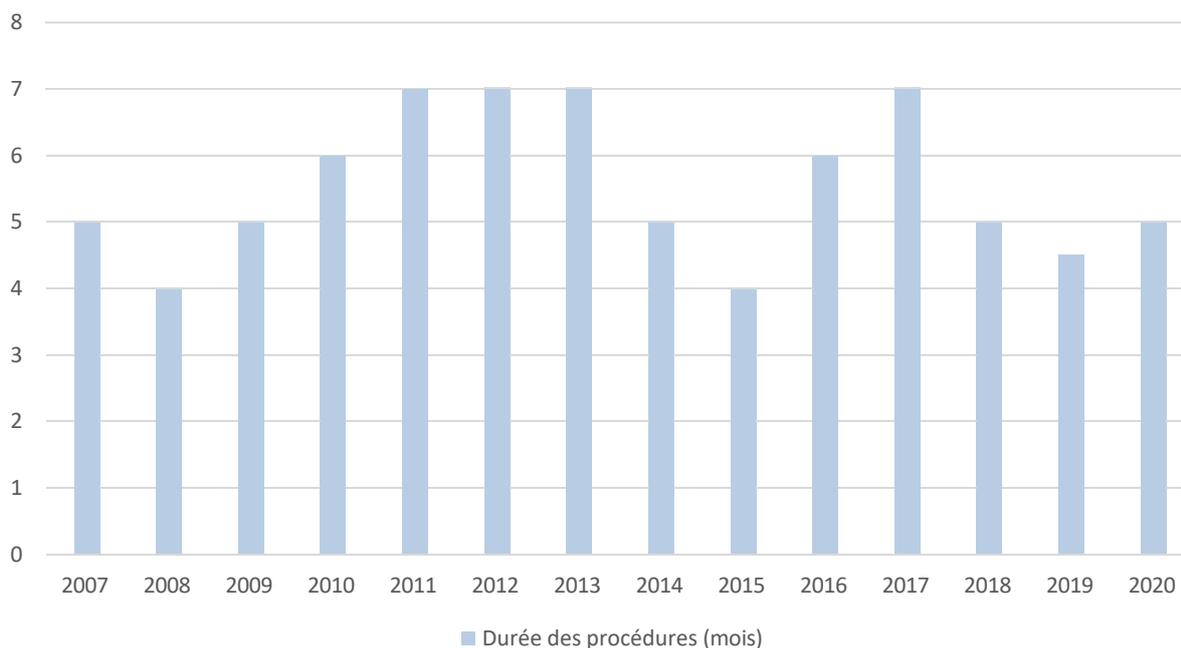
Comme indiqué à la section 4.5 du rapport annuel 2013, l'expérience montre que, dans un grand nombre des recours où le requérant obtient totalement ou partiellement gain de cause lorsque la commission statue au fond, la question d'une indemnisation est réglée en dehors de la commission, si bien que les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

### 5.6 Durée moyenne des procédures

En 2020, la durée moyenne des procédures auprès de la commission des recours était de cinq mois.

Le graphique ci-dessous montre l'évolution de la durée moyenne des procédures pour les recours rejetés et les décisions au fond sur une base mensuelle pour les années 2007-2020.

## DUREE MOYENNE DES PROCEDURES



La durée moyenne, qui, en 2014 et 2015, affichait une tendance à la baisse de sept mois en 2011- 2013 à cinq mois en 2014 et à quatre mois en 2015, est repassée à six mois en 2016 et à sept mois en 2017, soit au même niveau qu'en 2010-2013. La durée des procédures est redescendue à cinq mois en 2018 et à 4,5 mois en 2019.

La durée moyenne est passée à cinq mois en 2020, soit au même niveau qu'en 2007, 2009, 2014 et 2018.

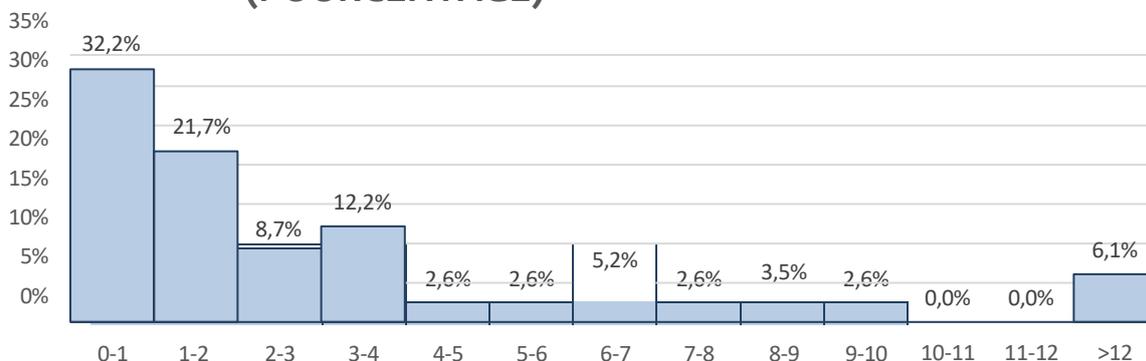
Le nombre d'affaires pendantes fin 2020 s'élevait à 41, ce qui correspond plus ou moins au niveau des années 2017–2019.

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

Le graphique ci-dessous montre pour 2020 le pourcentage de procédures clôturées en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois. Le récapitulatif inclut tous les recours, y compris les recours rejetés et les recours révoqués, notamment après le prononcé d'une « décision fumus » par la commission. Les décisions d'indemnisation, qui sont très rares, ne sont pas incluses. Pour toute remarque supplémentaire, référence est faite à la section 5.8 ci-dessous, qui récapitule la durée des procédures en nombre de mois en pourcentage cumulé.

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

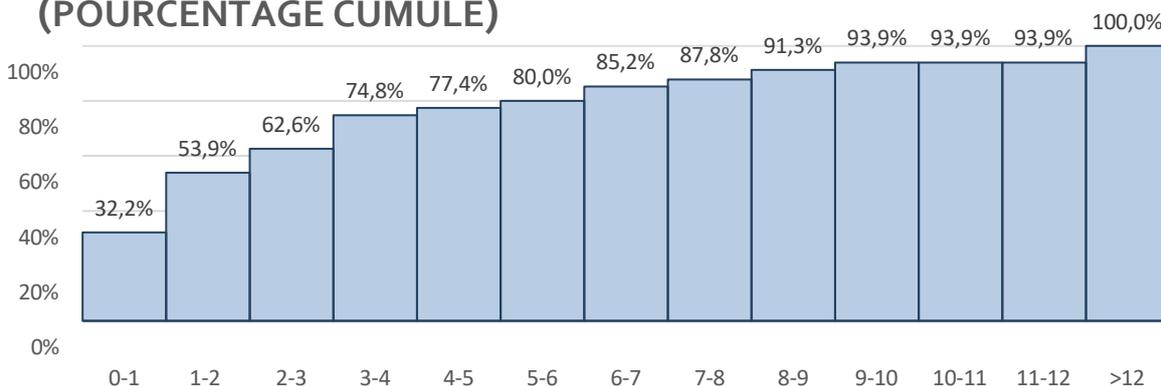
## DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS (POURCENTAGE)



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2020 en pourcentage cumulé.

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



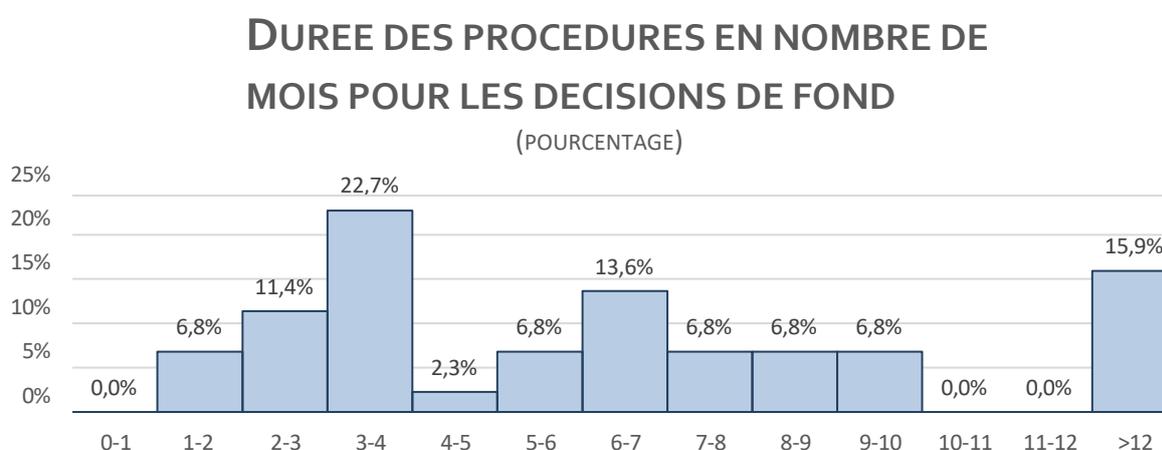
En 2020, quelque 32 % des procédures ont été clôturées au cours du premier mois suivant l'introduction du recours, contre 29 % en 2013, 33 % en 2014, 47 % en 2015, environ 39 % en 2016, environ 27 % en 2017, 33 % en 2018 et env. 27 % en 2019. En 2020, quelque 54 % des procédures ont été clôturées au cours des deux premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 42 % en 2013, 54 % en 2014, 62 % en 2015, env. 53 % en 2016, environ 41 % en 2017, environ 56 % en 2018 et environ 48 % en 2019. Il apparaît en outre qu'environ 63 % de tous les recours introduits en 2020 ont été clôturés au cours des trois premiers mois, contre 49 % en 2013, 60 % en 2014, 69 % en 2015, 61 % en 2016, environ 49 % en 2017, environ 66 % en 2018 et environ 56 % en 2019. Les calculs pour 2020 incluent entre autres 56 recours qui ont été révoqués. Dans plus ou moins un tiers de ces affaires, le requérant s'est désisté à la suite du prononcé d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les règles en matière de marchés publics aient été violées. Par ailleurs, le tableau montre que 80 % des procédures en 2020 ont été clôturées dans les 5-6 premiers mois suivant l'introduction du recours, contre 37 % en 2013, 62 % en 2014, 65 % en 2015, 74 % en 2016, environ 77 % en 2017, environ 81 % en 2018 et environ 84 % en 2019, et qu'environ

94 % des procédures sont clôturées en l'espace de 9 à 10 mois, contre 86 % en 2013, environ 87 % en 2014, 92 % en 2015, 87 % en 2016, 88 % en 2017 et 2018 et environ 97 % en 2019.

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

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

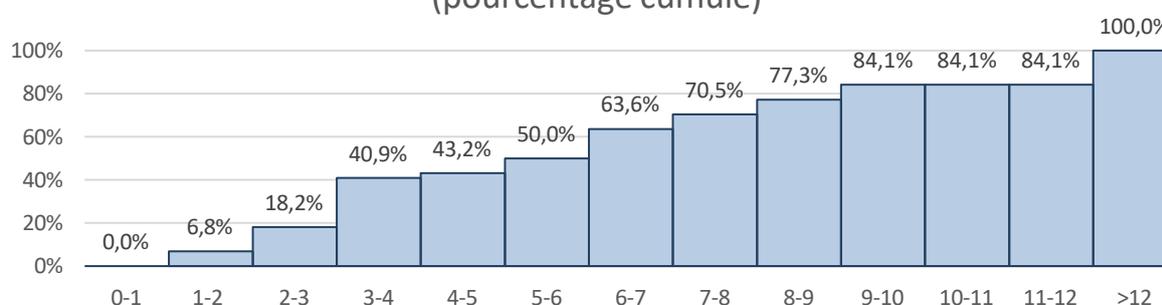
Le graphique ci-dessous montre pour 2020 le pourcentage de décisions au fond qui sont rendues en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois, 2-3 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois.



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2020 pour les décisions au fond en pourcentage cumulé.

### DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS POUR LES DECISIONS au fond (pourcentage cumulé)



Le tableau montre qu'en 2020, une décision au fond a été rendue dans env. 41 % des recours de ce type en l'espace de 3-4 mois, contre 20 % en 2013, 30 % en 2014, 41 % en 2015, 44 % en 2016, 38 %

en 2017, 34 % en 2018 et 37 % en 2019. Par ailleurs, en 2020, une décision au fond a été rendue dans 50 % des recours en l'espace de 5-6 mois, contre 37 % en 2013, 62 % en 2014, 65 % en 2015, 54 % en 2016, 57 % en 2017, 59 % en 2018 et environ 67 % en 2019. Le tableau indique également qu'en 2020, une décision au fond a été rendue après 8-9 mois dans env. 77 % des recours, contre environ 69 % en 2013, 87 % en 2014, 90 % en 2015, 71 % en 2016, 76 % en 2017, environ 70 % en 2018 et 87 % en 2019. D'expérience, on sait que les 23 % restants (31 % en 2013, 13 % en 2014, 10 % en 2015, 29 % en 2016, 24 % en 2017, 30 % en 2018 et 13 % en 2019), qui correspondent à des procédures de plus longue durée, relèvent de la catégorie des affaires d'une portée et complexité en droit et en fait exceptionnelles qui, par la force des choses, prennent plus de temps à traiter. Lorsque l'on envisage la durée des procédures pour les décisions au fond rendues par la commission des recours, il convient de rappeler que le traitement d'un dossier ne consiste pas seulement à préparer une décision au fond. Souvent, des ressources importantes sont consacrées en cours de procédure à la prise de décisions concernant l'octroi d'un effet suspensif et le droit d'accès aux documents conformément à la loi danoise sur la procédure administrative (cf. section 5.2 ci-avant).

## 6. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RE- COURS

Suite à la pandémie de COVID-19, les activités externes de la commission des recours en 2020 ont été limitées par rapport aux années précédentes.

Le 15 juin 2020, la commission des recours et son secrétariat ont participé à une réunion virtuelle du *Network of first instance procurement review bodies*, organisée par la Commission européenne.

Le président de la commission des recours, Nikolaj Aarø-Hansen, a présenté un exposé lors d'une conférence virtuelle sur la passation des marchés publics, organisée par la commission des recours norvégienne, *Klagenemnda for offentlige anskaffelser* (KOFA), le 19 novembre 2020.