

KLAGENÆVNET FOR UDBUD

(COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS)

Rapport annuel 2019

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS.....	3
1. Commission danoise des recours en matière de marchés publics	4
1.1 Base législative et création.....	4
1.2 Composition de la commission des recours	4
1.3 Secrétariat de la commission des recours en matière de marchés publics	6
1.4 Tâches de la commission des recours, y compris ses moyens de réaction et de sanction	6
1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge	10
1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours	11
1.7 Préparation et règlement des dossiers, y compris condamnation aux dépens.....	13
1.8 Affaires liées au droit d'accès aux documents au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration.....	15
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 Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres	17
Décision intermédiaire du 8 janvier 2019, Mølbak Landinspektører A/S contre Banedanmark	17
Décision du 15 mars 2019, Leo Nielsen Trading ApS et Glock Ges.m.b.H contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI).....	18
Décision du 1 ^{er} mai 2019, NetNordic Communication A/S contre Région Sjælland	19
Décision du 14 juin 2019, APCOA PARKING Danmark A/S contre Région Capitale	20
Décision intermédiaire du 12 juillet 2019, Semi-Stål A/S contre Région Capitale	22
Décision intermédiaire du 23 juillet 2019, Urbaser A/S contre Municipalité de Ringkøbing Skjern.....	23
Décision du 25 septembre 2019, e-Boks A/S contre Direction générale de la Numérisation.....	24
Décision intermédiaire du 23 octobre 2019, Hydrema Danmark A/S contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI).....	26
2.2.2 Présélection	27
Décision du 18 janvier 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S contre DSB	27
Décision du 6 février 2019, Brande Buslinier ApS contre Midttrafik	31
Décision du 15 mai 2019, Salini Impregilo S.P.A contre Metroselskabet I/S	32
2.2.3 Motifs d'exclusion	34
Décision intermédiaire du 16 janvier 2019 et décision du 5 décembre 2019, Kailow Graphic A/S contre Direction générale de la Modernisation	34
Décision intermédiaire du 12 mars 2019, edgemo A/S contre Statens og Kommunernes Indkøbscentral (SKI).	36
2.2.4 Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation	37
Décision intermédiaire du 8 janvier 2019, Mølbak Landinspektører A/S contre Banedanmark	37
Décision intermédiaire du 9 janvier 2019, Wedel Installation ApS contre Université de Copenhague	37

Décision du 13 mars 2019, N.T. Falke A/S contre Direction générale de l'Éducation nationale et de la Qualité	38
Décision du 24 avril 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS contre Vores Elnet A/S	40
Décision intermédiaire du 2 octobre 2019, e-Boks A/S contre Direction générale de la Numérisation	41
2.2.5 Marchés de fourniture d'un assortiment de produits.....	43
Décision du 15 février 2019, KONE A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI).....	43
2.2.6 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif (provisoire) et sanctions appliquées par la commission.....	44
Décision du 4 janvier 2019, Apcoa Parking Danmark A/S contre Région Capitale	44
Décision du 5 avril 2019, Dansk Erhverv contre Municipalités de Holstebro, Lemvig et Struer	45
Décision du 7 juin 2019, Pankas A/S contre Municipalité de Haderslev	46
Décision du 25 juin 2019, Justesen Energiteknik A/S contre SK Varme A/S.....	46
Décisions du 19 juillet 2019 et 4 septembre 2019 concernant l'effet suspensif et décision du 11 octobre 2019, Kinnarps A/S contre Région Capitale	47
Décision intermédiaire du 4 octobre 2019, VITRONIC – Dr.- Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH contre Sund & Bælt Holding A/S.....	51
Décision intermédiaire du 2 décembre 2019, Remondis A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S.....	53
Décision intermédiaire du 20 décembre 2019, Smith & Nephew A/S contre Région Jutland du Nord, Région Jutland-Central et Région Sjælland	54
3. DÉCISIONS EN MATIÈRE DE DROIT D'ACCÈS.....	56
3.1 Introduction	56
3.2 Compétence de la commission pour les recours introduits au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration	56
3.3 Documents internes de l'entité adjudicatrice	58
3.4 Refus d'accès à des secrets commerciaux confidentiels	59
3.5 Autres informations sur des offres concrètes	59
3.6. Informations sur les recours traités par la commission.....	60
4. JUGEMENTS PRONONCÉS PAR DES JURIDICTIONS DANOISES SUR DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION	61
5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2019.....	62
5.1 Recours intentés	62
5.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres décisions visant l'attribution d'un effet suspensif	63
5.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours	64
5.4 Recours réglés et issue de ces recours	65
5.5 Décisions d'indemnisation prononcées.....	66
5.6 Durée moyenne des procédures.....	67
5.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage)	67
5.8 Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage cumulé).....	68
5.9 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage).....	69
5.10 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage cumulé)	69
6. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS.....	71

AVANT-PROPOS

Par la présente, la commission danoise des recours en matière de marchés publics (*Klagenævnet for Udbud*) publie son septième 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. À l'été 2019, la préparation des décisions en matière de droit d'accès (une tâche souvent de grande ampleur) a été transférée du secrétariat vers une unité interdisciplinaire au sein de la Direction générale (*Nævnenes Hus*), chargée de traiter les dossiers liés au droit d'accès pour toutes les commissions de recours de la Direction générale. Cela a permis au secrétariat de libérer d'importantes ressources qui ont pu être consacrées à l'élaboration de ses projets de décision dans le domaine des marchés publics.

Le chapitre 2 comprend le résumé d'une série de décisions prononcées par la commission en 2019, qui ont été sélectionnées selon leur caractère de principe ou l'intérêt particulier qu'elles présentent. Un certain nombre de ces décisions concernaient la compréhension des dispositions centrales de la loi danoise sur la passation des marchés publics (*udbudsloven*). Dans ses observations, la commission s'est attachée à mettre l'accent sur les aspects qu'elle a trouvés particulièrement intéressants. Les décisions de la commission des recours sont régulièrement publiées sur son site à l'adresse www.klfu.naevneneshus.dk. Ces décisions portent tantôt sur des cas de violation des règles en matière de marchés publics, tantôt sur l'attribution de dommages et intérêts, tantôt sur l'octroi d'un effet suspensif. La jurisprudence de la commission en matière de droit d'accès aux documents est publiée de manière moins systématique. C'est pourquoi la commission a décidé cette année encore, sur la base des décisions rendues en 2019, d'en décrire certaines parties, cf. chapitre 3.

Le chapitre 4 présente les décisions rendues par les juridictions danoises dans des affaires sur lesquelles la commission avait déjà statué.

Le chapitre 5 comprend des informations statistiques sur les activités de la commission des recours, assorties de commentaires. En 2019, 93 recours ont été intentés devant la commission. Ce chiffre est légèrement inférieur à celui de 2017 et 2018. Dans les décisions rendues par la commission, seuls 39 % des recours ont été accueillis, en tout ou en partie, ce qui est égal à 2018 et légèrement supérieur à 2017. En outre, dans quelque 35 % de ses décisions d'octroi d'effet suspensif (dans le cadre desquelles la commission se prononce sur la condition « *fumus boni juris* », c.-à-d. La condition de justification du recours à première vue), la commission a estimé que cette condition était remplie, suite à quoi les parties ont généralement trouvé une solution impliquant le désistement du requérant.

En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était en 2019 de quatre mois et demi, contre cinq mois en 2018 et sept mois en 2017.

Nikolaj Aarø-Hansen, président

Viborg, juin 2020

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^{er} du décret sur la commission des recours.

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

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

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

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

En 2019, 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 Ellehaug, juge de seconde instance et docteur
- Niels Feilberg Jørgensen, juge de première instance
- Erik P. Bentzen, juge de seconde instance
- LL.M. Katja Høegh, juge de seconde instance
- Poul Holm, juge de première instance (jusqu'au 25 juin 2019)
- Hanne Aagaard, juge de seconde instance
- Jesper Stage Thusholt, juge de première instance
- Charlotte Hove Lasthein, juge de première instance

Experts de la commission de recours en 2019 :

- Michael Jacobsen, conseiller en chef
- Vibeke Steenberg, conseillère en chef
- Pernille Hollerup, Senior Manager, Head of Team Legal Competition & Tender Law
- Henrik Fausing, directeur de projet
- Jan Eske Schmidt, vice-directeur
- Lene Ravnholt, juriste, médiatrice, conseillère de maître d'ouvrage
- Preben Dahl, juriste en chef
- Steen Treumer, professeur, docteur
- Stephan Falsner, avocat
- Helle Carlsen, avocate (jusqu'au 13 mars 2019)
- Palle Skaarup, Legal Manager
- Anette Gothard Mikkelsen, juriste, conseillère en chef
- Jeanet Vandling, directrice des achats et des marchés publics
- Ole Helby Petersen, professeur (MSO), docteur
- Grith Skovgaard Ølykke, conseillère juridique en entreprise, docteur (jusqu'au 13 mars 2019)
- Christina Kønig Mejl, juriste, chef de projet et conseillère spécialisée
- Claus Pedersen, juriste spécialisé dans les marchés publics et les contrats d'entreprise
- Jan Kristensen, Development Manager
- Birgitte Nellemann, chef de bureau en charge des achats stratégiques
- Lise Ridderholm Husted, conseillère en chef (à compter du 3 avril 2018)
- Kurt Helles Bardeleben, avocat (à compter du 13 mars 2019)

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

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

Le président de la commission des recours est le directeur du secrétariat qui, en 2019, se composait de trois juristes et de deux secrétaires. De même, pour une partie de 2019, une stagiaire était rattaché au secrétariat.

Les juristes de la commission préparent les dossiers et aident, dans certaines affaires, les présidents en charge à rédiger un projet de décision. En outre, les juristes assistent le président de la commission des recours dans le cadre de diverses tâches de gestion. 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 2019, le secrétariat se composait des personnes suivantes :

- Maiken Nielsen, HEC spécialisation juridique, conseillère spécialisée
- Julie Just O'Donnell, juriste, assistante
- Tanja Rosendahl Bøtker, juriste, assistante (à compter du 1^{er} juillet 2019)
- Dorthe Hylleberg, assistante administrative
- Heidi Thorsen, assistante administrative
- Katrine Kirkegaard Gade, stagiaire (jusqu'au 10 mai 2019)

Depuis l'été 2019, la préparation des décisions de la commission de recours en matière de droit d'accès, y compris les recours introduits au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration (*offentlighedsloven*) n'est plus assurée par le secrétariat, mais par une unité juridique interdisciplinaire au sein de la Direction générale, également chargée des décisions en matière de droit d'accès de toutes les autres commissions de recours relevant de la Direction générale. Ce type de dossiers est souvent de grande ampleur et donne lieu à de nombreux échanges écrits. Ce changement, qui en général a fonctionné de manière optimale, a permis au secrétariat de la commission de recours de libérer d'importantes ressources qui ont pu être consacrées à l'élaboration de ses projets de décision au fond dans le domaine des marchés publics.

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^{er}, 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^{er}, 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^{er} et 193 de ladite loi ;
- droit communautaire concernant la passation de marchés publics, y compris dans le secteur des services d'utilité publique (réglementation européenne sur la passation des marchés publics) ;
- loi danoise sur la mise en concurrence des marchés publics de travaux (dite « loi sur la passation des marchés publics de travaux »).

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

La plupart des dossiers traités par la commission des recours portent sur la loi danoise sur la passation des marchés publics, qui vise principalement à transposer la nouvelle directive sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE), et les autres règles européennes en matière de marchés publics. Seul un petit nombre de recours concernent la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux.

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

En tant que source de droit, les décisions de la commission des recours sont subordonnées aux décisions des juridictions danoises et de la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, seul un très petit nombre des décisions de la commission font l'objet d'un recours en justice. Ce nombre était de 4 décisions sur 46 en 2019. Aussi, la jurisprudence de la commission (et plus particulièrement les décisions rendues au cours des dix dernières années) doit-elle être considérée comme une source de droit importante pour l'application des règles en matière de marchés publics au Danemark. Il convient en outre de noter que l'avocat général, dans son avis du 18 décembre 2014 dans l'affaire « Ambisig » C-601/13, motif 79, a fait référence à l'une des décisions rendues par la commission. De plus, la commission a l'avantage de pouvoir agir plus rapidement que les juridictions. En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était de quatre mois et demi en 2019. À cet égard, il convient entre autres de noter qu'une grande partie (quelque 56 %) 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^{er}, 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 2019, la commission des recours a, dans quatre cas, octroyé un effet suspensif à un recours : décision du 12 juillet 2019 dans l'affaire Semi-Stål A/S contre Région Capitale ; décision du 4 septembre 2019 dans l'affaire Kinnarps A/S contre Région Capitale ; décision du 4 octobre 2019 dans l'affaire VITRONIC – Dr. Ing.Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH contre Sund & Bælt Holding A/S ; et décision du 20 décembre 2019 dans l'affaire Smith & Nephew A/S contre Région Jutland du Nord, Région Jutland-Central et Région Sjælland (ces décisions sont résumées au chapitre 2).

Il arrive qu'un effet suspensif soit demandé bien qu'un contrat ait déjà été conclu. Dans ce cas, la procédure d'appel d'offres est déjà clôturée et l'effet suspensif n'a donc pas de sens à moins qu'il ne soit demandé de déclarer le contrat conclu dépourvu d'effets.

Si elle estime qu'un recours peut être réglé en l'état, la commission peut, à la place, décider de régler le recours proprement dit au lieu de rendre une décision d'octroi d'effet suspensif. Le cas échéant, les parties ont alors la possibilité de produire des mémoires ampliatifs. Une seule décision de ce type a été rendue en 2019 : décision du 6 novembre 2019, Lotus Behandlingscenter ApS contre Direction générale de l'Administration pénitentiaire.

Autres moyens de sanction

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

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

Parmi ces sanctions, les plus vastes sont l'absence d'effets, combinée aux règles sur l'imposition de sanctions de substitution. L'absence d'effets est uniquement applicable aux cas de violation les plus graves des règles en matière de marchés publics et notamment en cas de passation de marchés de gré à gré et de conclusion d'un contrat pendant le délai suspensif ou durant la période de l'effet suspensif octroyé par la commission des recours.

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

définitive rendue par la commission des recours ou un jugement prononcé en dernier ressort par une juridiction de droit commun.

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

Si l'entité adjudicatrice ne fait pas partie de l'administration publique et n'est donc pas visée par l'article 19, al. 1^{er}, 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), où une plainte a été déposée auprès de la police.

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

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

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

Décisions de la commission des recours

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

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

En 2019, une décision a été rendue sur la base d'un tel élargissement dans trois cas : décision du 15 janvier 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S contre DSB ; décision du 15 février 2019, KONE A/S

contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S ; et décision du 15 mai 2019, Salini Impregilo S.P.A. contre Metroselskabet I/S. Ces trois décisions sont résumées ci-après au chapitre 2.

Décisions du président en charge

Dans les affaires qui sont réglées par écrit et qui ne portent pas sur une question de principe, le président en charge du dossier peut décider de statuer sans la participation d'un expert.

Toutefois, cette option est rarement utilisée, car la contribution des experts est d'une importance décisive. En 2019, seules deux décisions au fond ont ainsi été rendues sans la participation d'un expert : décision du 8 janvier 2019, Finmann VVS/Entreprise ApS contre Udviklingselskabet By & Havn I/S ; et décision du 27 février 2019, Zurich Danmark, Filial Zurich Insurance PLC, Irlande contre Municipalité de Copenhague.

Le président en charge d'un dossier spécifique peut en outre rendre une décision sans la participation d'un expert dans les questions procédurales. Ces décisions portent notamment sur l'octroi d'un effet suspensif, le droit d'accès aux documents et le rejet des recours non recevables.

1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours

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

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

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

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

Le recours, qui doit être rédigé en langue danoise, doit comprendre des conclusions qui décrivent avec précision les violations sur lesquelles la commission devra se prononcer. La commission des recours est liée par les conclusions et les moyens de recours (arguments) des parties. Sa décision ne peut donc pas aller au-delà des conclusions déposées et la commission ne peut pas tenir compte d'arguments qui n'ont pas été formellement produits (art. 10, al. 1^{er}, de la loi sur la commission des recours). Si la commission ne peut pas aider le requérant à formuler des conclusions valables, elle peut néanmoins lui fournir des instructions à cet égard, cf. décision du 21 mars 2018, Scientia Ltd. contre Université d'Aarhus. Si, sur la base de ces instructions, les conclusions déposées par le requérant ne sont pas acceptables pour le traitement de l'affaire, la commission des recours rejette les conclusions en question ou le recours dans son ensemble.

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

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

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

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

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

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

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

Délai de recours pour les accords-cadres : 6 mois

Délai de recours pour les marchés de gré à gré, pour lesquels la procédure définie à l'article 4 a été suivie (avis de marché de gré à gré) : 30 jours calendaires (valable uniquement pour les recours concernant les procédures d'appels d'offres communautaires)

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

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

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

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

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

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

La commission peut autoriser qu'un tiers intervienne dans l'affaire au profit du requérant ou de l'entité adjudicatrice (cf. article 6, al. 3, de la loi sur la commission des recours). Le plus souvent, cela a lieu dans les affaires 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 (*udbudsloven*), 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, cf. à cet égard la décision relative aux dépens du 30 octobre 2018 dans l'affaire *Konsortiet Spropartner contre la Police nationale danoise et al.*

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) (voir, par exemple, la décision susmentionnée du 24 avril 2019 dans l'affaire *Sagemcom Energy & Telecom SAS contre Vores Elnet A/S*). En revanche, en cas d'erreur liée à la procédure d'appel d'offres, la commission ne peut pas se saisir d'office de la question puisque les conclusions et les moyens de recours des parties constituent le cadre exclusif dans lequel elle doit examiner l'affaire (article 10, al. 1^{er}, de la loi sur la commission des recours). Sur ce point, la commission est liée par le principe dispositif, comme le montre par exemple la décision du 6 décembre 2017, *Imatis A/S contre Région Capitale*.

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

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

A priori, lors de la procédure orale, qui est organisée dans les locaux de la Direction générale à Viborg, les conclusions des parties et les pièces centrales du dossier sont examinées. Si des informations complémentaires peuvent être apportées par le biais de déclarations faites durant l'audience, il est néanmoins généralement préférable que les déclarations soient transmises d'avance par écrit à la commission et à la partie adverse. Dans certains cas, la commission peut estimer qu'il est inutile de procéder à la présentation initiale des pièces du dossier, etc. 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 FMI*). L'audience se clôture par la présentation des conclusions finales par les parties ou leurs avocats (plaidoiries), après quoi l'affaire est mise en délibéré. Normalement, le vote a eu lieu dans le prolongement direct de la mise en délibéré. De manière générale, la procédure orale auprès de la commission des recours dure entre quatre et cinq heures. Dans les affaires plus importantes, elle peut prendre un ou deux jours. En 2019, trois affaires ont fait l'objet d'une procédure orale (contre 1 affaire en 2018), tandis que 54 affaires ont été réglées par écrit (contre 55 en 2018). Pour le reste, référence est faite à la vue d'ensemble des procédures écrites et orales organisées par la commission des recours à la section 5.3.

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

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. Cependant, la commission peut contraindre le défendeur à rembourser un montant plus élevé s'il s'agit d'une affaire plus importante, définie selon la valeur du contrat, ou si des circonstances spéciales le justifient. Dans sa décision du 9 février 2018, Dansk Cater A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, la commission a fixé à 100 000 DKK le montant des dépens attribués à la partie ayant obtenu gain de cause.

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 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 et 2018 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. Comme il a été dit, depuis l'été 2019, les décisions de la commission des recours en matière de droit d'accès sont préparées par une unité juridique interdisciplinaire au sein de la Direction générale, chargée entre autres de traiter les dossiers liés au droit d'accès pour toutes les commissions de recours de la Direction générale.

2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES

2.1 Introduction

Toutes les décisions au fond et les décisions d'indemnisation sont publiées sur le site web de la commission des recours (www.klfu.naevneneshus.dk). Les décisions intermédiaires concernant l'octroi d'un effet suspensif et les décisions en matière du droit d'accès aux documents sont elles aussi publiées si elles présentent un intérêt général. Ce chapitre décrit une série de décisions rendues en 2019, qui ont toutes été publiées sur le site www.klfu.naevneneshus.dk. Certaines décisions portent sur des questions de principe. D'autres concernent des problèmes qui, en dépit de leur nature, sont susceptibles de présenter un intérêt pour le grand public.

Les décisions sont réparties selon les catégories suivantes :

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

2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions définitives

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

Décision intermédiaire du 8 janvier 2019, Mølbak Landinspektører A/S contre Banedanmark

L'entité adjudicatrice était en droit, durant l'évaluation des offres soumises dans le cadre de la mise en concurrence d'un accord-cadre de quatre ans, de ne pas inclure une option de reconduction de quatre années supplémentaires. Certaines exigences minimales techniques étaient légales et non discriminatoires.

Le recours portait sur la mise en concurrence au titre de la directive européenne sur les services spéciaux d'un accord-cadre de quatre ans visant le scannage de 3 125 km de voies ferrées et autres et le traitement des données scannées. Une option de reconduction de quatre années supplémentaires était rattachée au marché.

Mølbak Landinspektører a invoqué, entre autres, que Banedanmark avait agi contrairement à l'article 82, al. 2, de la directive européenne sur les services spéciaux et au principe de transparence (cf. article 36, al. 1^{er}) en appliquant une méthode de calcul du prix d'évaluation qui n'incluait que les prix pour les quatre premières années de l'accord-cadre, bien que la durée maximale de l'accord-cadre ait été de huit ans en cas d'exercice de ladite option. En outre, le requérant a invoqué que, du fait que le calcul du prix de la concurrence était basé sur quatre ans au lieu de huit, une plus grande importance était accordée dans le calcul global au prix des prestations de la première année.

La commission des recours a indiqué qu'il ressortait de manière claire et précise du cahier des charges comparé à la liste de l'offre que seuls les prix des quatre premières années seraient inclus dans l'évaluation basée sur le critère d'attribution « Prix le plus bas » et que le prix d'évaluation ne comprendrait donc pas l'option de reconduction de quatre années supplémentaires. La commission a en outre précisé qu'une entité adjudicatrice était en droit (et dans l'obligation) d'effectuer son évaluation sur la base exclusive du prix pour la période contractuelle ordinaire lorsque cela est défini dans le cahier des charges (voir à cet égard la décision de la commission du 30 mars 2017 dans l'affaire Euro Therm A/S contre Hinnerup Fjernvarmeværk A.m.b.a.).

La commission a ajouté qu'il convenait d'établir qu'en cas d'exercice de l'option de reconduction, les prestations seraient rémunérées selon les mêmes prix unitaires que ceux applicables pour la période contractuelle ordinaire et inclus dans l'évaluation de Banedanmark conformément à la description figurant dans le dossier d'appel d'offres. Ainsi, la commission a souligné que les prix (unitaires) applicables en cas de reconduction du marché suite à l'exercice de l'option avaient été mis en concurrence dans le cadre de l'appel d'offres.

Par ailleurs, la commission a indiqué qu'un pouvoir adjudicateur était en droit de déterminer par estimation le montant des exigences et spécifications techniques qu'il juge nécessaires ou opportunes dans le cadre de la mise en concurrence d'un marché et qui sont liées à l'objet du marché (voir à cet égard l'article 60 de la directive européenne sur les services spéciaux). Au terme d'une évaluation provisoire, la commission n'a pas estimé qu'il y avait lieu de supposer que les exigences techniques minimales liées à la catégorie des nuages de points (*point cloud*) ni l'exigence concernant le matériel roulant étaient contraires à l'exigence d'égalité d'accès pour les opérateurs économiques ou avaient pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence (cf. article 60, al. 2, de la directive). L'évaluation de la commission a tenu compte du fait que Banedanmark avait précisé les raisons à l'origine des exigences minimales et qu'aucune information n'avait été transmise à la commission qui prouvait ou indiquait que les exigences avaient été spécifiquement adaptées au soumissionnaire retenu.

Dès lors, la condition de justification à première vue (« *fumus boni juris* ») n'était pas remplie et la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif. Le requérant s'est ensuite désisté et la décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

Décision du 15 mars 2019, Leo Nielsen Trading ApS et Glock Ges.m.b.H contre Direction générale des Achats et des Équipements du ministère danois de la Défense nationale (FMI)

Procédure d'appel d'offres restreinte lancée au titre de la directive sur la défense et la sécurité et concernant un accord-cadre visant la fourniture d'un nouveau pistolet à l'armée danoise. Il a été constaté après démonstration lors de la procédure orale que le soumissionnaire retenu ne répondait pas à une exigence minimale concernant le pistolet et que l'entité adjudicatrice avait donc violé le principe d'égalité de traitement sanctionné à l'article 4 de la directive. Par conséquent, la décision d'attribution a été annulée.

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres restreinte lancée au titre de la directive sur la défense et la sécurité et concernant un accord-cadre de sept ans visant la fourniture d'un nouveau pistolet à l'armée danoise. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix. La pondération était de 30 % pour le prix et de 70 % pour la qualité. Le cahier des charges comprenait entre autres une série d'exigences techniques minimales, dont l'exigence n° 79 selon laquelle « *no parts of the pistol shall be possible to mount incorrectly or in the wrong places* » (aucune pièce du pistolet ne doit pouvoir être montée de manière incorrecte ou au mauvais endroit). Il était indiqué que cette exigence serait vérifiée dans le cadre d'un essai. FMI a reçu des offres de cinq soumissionnaires, dont le requérant.

L'une des offres a été évaluée de manière non conforme au cahier des charges, en ce sens qu'un silencieux n'a pas été utilisé lors de l'essai. Le contrat a ensuite été attribué à un soumissionnaire qui avait proposé un pistolet Sig Sauer. À la suite des objections du requérant, FMI a révoqué sa première décision d'attribution. FMI a ensuite pris une nouvelle décision d'attribution, dans le cadre de laquelle le marché a été attribué au même soumissionnaire. FMI a indiqué en outre que deux des autres offres n'étaient pas conformes au cahier des charges, dont celle du requérant. FMI a précisé notamment que le requérant ne remplissait pas l'exigence n° 79.

Le requérant a alors saisi la commission. À cet égard, il a invoqué que FMI a violé le principe d'égalité de traitement sanctionné à l'article 4 de la directive, étant entendu que le pistolet Sig Sauer sélectionné ne répondait pas à l'exigence n° 79. Cela a été contesté par FMI, qui a fait valoir qu'il n'y avait pas lieu de réfuter son évaluation suite à l'essai méticuleux réalisé auprès d'utilisateurs. FMI a rappelé que le but de l'exigence minimale était de garantir la sécurité des soldats dans des situations opérationnelles difficiles. Le requérant a contesté l'idée que l'exigence minimale dût être interprétée de telle manière qu'elle ne s'appliquait qu'au niveau des utilisateurs. En outre, le requérant a rappelé qu'il était impossible de ne pas monter correctement son pistolet et que FMI avait été plus loin dans son essai du pistolet du requérant que le simple désassemblage au niveau des utilisateurs. Des dessins techniques détaillés et des vidéos de démonstration ont été présentés dans le cadre des mémoires échangés. Dans une décision intermédiaire, la commission des recours a indiqué qu'il ne ressortait pas des spécifications des exigences que l'exigence minimale était uniquement valable au niveau des utilisateurs. De même, elles ne précisait pas que l'essai serait uniquement réalisé par des utilisateurs.

Lors d'une procédure orale, les pistolets concernés ont été démontrés, y compris le désassemblage et l'assemblage des pièces concernées. À cet égard, FMI a indiqué que tous les soldats danois étaient formés pour désassembler et assembler un pistolet composé de ces pièces.

Sur la base de la démonstration, la commission des recours a constaté que le pistolet Sig Sauer pouvait être assemblé sans outils spéciaux ni force particulière, bien qu'une pièce fut orientée dans le mauvais sens par rapport à son évidement. De plus, la commission a établi que l'erreur de montage n'était pas manifeste et que le pistolet ainsi assemblé pouvait malgré tout tirer plusieurs balles caoutchouc avant de se bloquer. Sur cette base, la commission a établi que le pistolet sélectionné par FMI ne répondait pas à l'exigence n° 79, suite à quoi FMI a violé le principe d'égalité de traitement sanctionné à l'article 4 de la directive sur la défense et la sécurité. La demande d'annulation de la décision d'attribution du requérant a dès lors été admise.

Décision du 1^{er} mai 2019, NetNordic Communication A/S contre Région Sjælland

Le recours a été introduit par un soumissionnaire évincé et portait entre autres sur le fait que l'entité adjudicatrice n'avait pas, comme requis à l'article 164, al. 2, de la loi danoise sur les marchés publics (article 67, al. 4, de la directive 2014/24/UE), vérifié concrètement si l'offre retenue remplissait les exigences minimales après que le requérant lui avait posé la question.

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 visant la fourniture de services de dépannage et de support pour du matériel de visioconférence existant, sur l'acquisition de matériel de visioconférence et sur la fourniture de services apparentés. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères « Prix » (60 %) et « Qualité » (40 %). La valeur estimée de l'accord-cadre était de 10 millions DKK.

Après avoir été autorisé à accéder à l'offre du soumissionnaire retenu (KMD), NetNordic s'est adressé aux autorités régionales pour leur demander si l'offre de KMD, qui ne semblait pas répondre à une série d'exigences minimales, était bien conforme au cahier des charges. Les autorités régionales ont présenté les vues de NetNordic à KMD, qui a indiqué que son offre remplissait les exigences minimales en question.

NetNordic a saisi la commission des recours et fait valoir que l'offre de KMD n'était pas conforme au cahier des charges, car elle ne remplissait pas les exigences minimales concernées et que les autorités régionales avaient violé l'article 164, al. 2, de la loi danoise sur les marchés publics (article 67, al. 4, de la directive 2014/24/UE) et les principes d'égalité de traitement et de transparence sanctionnés à l'article 2, al. 1^{er}, de ladite loi (article 18, al. 1^{er}, de ladite directive) en ne contrôlant pas concrètement, malgré la demande de NetNordic, si les produits offerts par KMD répondaient aux exigences minimales définies dans le dossier d'appel d'offres.

Après la saisine de la commission des recours par NetNordic, les autorités régionales se sont de nouveau adressées à KMD, qui a laissé entendre que son offre remplissait les exigences minimales concernées et en a rendu compte. Les autorités régionales ont conclu au rejet du recours.

La commission a indiqué que, même si un soumissionnaire soumettait une offre sans réserve et précisait que les exigences minimales étaient remplies, une entité adjudicatrice était tenue, en cas de doute, de contrôler concrètement les informations et la documentation liées à une offre (voir l'article 164, al. 2, de la loi danoise sur les marchés publics [article 67, al. 4, de la directive 2014/24/UE]) et que l'entité adjudicatrice ne pouvait pas conclure le marché avec le soumissionnaire retenu si elle était informée, avant la conclusion du marché, que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges. Le doute suscité suite à la demande de NetNordic était tel que les autorités régionales étaient dans l'obligation, conformément à l'article 164, al. 2, de la loi danoise sur les marchés publics (article 67, al. 4, de la directive 2014/24/UE), de contrôler concrètement si l'offre de KMD était bien conforme aux exigences minimales sur lesquelles NetNordic avait attiré leur attention. À la base, il appartient à l'entité adjudicatrice de déterminer comment elle entend répondre à l'exigence d'un contrôle concret, y compris déterminer les examens à mettre en œuvre. Dans les circonstances concrètes, il était suffisant pour l'entité adjudicatrice de demander au soumissionnaire retenu de confirmer une nouvelle fois que les exigences (minimales) étaient bien remplies et de lui demander d'en rendre compte ou de le prouver. Les exigences liées au compte rendu ou aux preuves éventuelles fournies par le soumissionnaire retenu dépendent, au reste, des circonstances concrètes, dont la nature des objections formulées par le requérant, la possibilité pour le soumissionnaire retenu de fournir des preuves concrètes avant l'entrée en vigueur du marché ainsi que l'expérience de l'entité adjudicatrice dans le domaine concerné par le marché mis en concurrence et ses propres examens.

La commission a ensuite passé en revue les différentes exigences minimales que KMD, selon NetNordic, ne remplissait pas et établi alors que les autorités régionales, en s'adressant au fournisseur pour obtenir les réponses qu'il en a reçues, avait suffisamment fait pour s'assurer que l'offre était conforme au cahier des charges. La commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu de considérer l'offre de KMD comme non conforme au cahier des charges sur les points concernés.

Décision du 14 juin 2019, APCOA PARKING Danmark A/S contre Région Capitale

Il n'existe pas de conflit d'intérêts pour l'employé de l'entité adjudicatrice autrefois employé chez le requérant. L'entité adjudicatrice n'avait pas transmis d'informations confidentielles au soumissionnaire retenu concernant une offre antérieure du requérant. L'entité adjudicatrice avait omis dans le dossier

d'appel d'offres de préciser la méthode appliquée pour calculer la valeur estimée de la concession mise en concurrence, mais cela n'a pas permis d'annuler l'appel d'offres.

Le recours portait sur un appel d'offres pour l'attribution d'un contrat de concession concernant l'activité d'opérateur de stationnement dans les hôpitaux de la Région Capitale. Il s'agit du premier recours depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle directive sur l'attribution de contrats de concession.

Le requérant, un soumissionnaire évincé, a fait valoir entre autres que les autorités régionales avaient violé l'article 35 de la directive sur les concessions en impliquant dans le déroulement de la procédure d'attribution de concession une personne qui était susceptible d'en influencer l'issue et qui, directement ou indirectement, possédait un intérêt personnel pouvant être perçu par le requérant comme compromettant son impartialité et son indépendance dans le cadre de la procédure d'attribution de concession. À cet égard, le requérant a indiqué que l'un des employés des autorités régionales, qui a participé à l'évaluation en compagnie de trois autres personnes, était un ancien employé du requérant. Ce dernier a ainsi fait valoir que l'employé en question, lors de sa démission, s'était dit mécontent de son ancien chef et directeur du requérant, que ledit employé avait laissé entendre que le requérant n'était pas certain de remporter le marché, que ledit employé aurait dit à un ancien collègue qu'il avait eu des réunions avec le soumissionnaire retenu et que ledit employé avait laissé entendre à plusieurs employés du requérant qu'il trouvait les solutions techniques du soumissionnaire retenu meilleures que celles du requérant. Les autorités régionales ont présenté des déclarations de deux personnes avec lesquelles ledit employé avait collaboré dans le cadre de l'évaluation. Ils ont déclaré qu'à leurs yeux, celui-ci ne s'était pas montré partial. En outre, les autorités régionales ont fait valoir que ledit employé avait lui-même démissionné chez le requérant, qu'il n'y avait, à l'heure de l'appel d'offres, aucun litige financier entre lui et le requérant et que ledit employé s'était réuni, dans le cadre du dialogue de marché préalable, avec plusieurs opérateurs, dont le requérant et le soumissionnaire retenu. Le requérant a été débouté de cette partie de son recours. À cet égard, la commission a indiqué qu'un ancien contrat de travail n'entraînait pas a priori l'existence d'un conflit d'intérêts au sens de l'article 35 de ladite directive et que rien ne permettait en l'espèce de conclure à l'impartialité dudit employé.

Par ailleurs, le requérant a invoqué que l'entité adjudicatrice avait violé l'article 28 de ladite directive en ayant transmis au soumissionnaire retenu tout ou partie d'une offre soumise par le requérant concernant une prestation identique dans le cadre d'un appel d'offres qui avait été annulé peu de temps avant le lancement de l'appel d'offres dénoncé et que de ce fait, la solution décrite dans l'offre du soumissionnaire retenu était pratiquement identique à celle décrite dans l'offre du requérant. Les conclusions du requérant ont été rejetées sur ce point, car les preuves produites n'ont pas permis d'établir que les autorités régionales avaient transmis au soumissionnaire retenu des informations sur l'offre soumise par le requérant dans le cadre de l'appel d'offres annulé.

De plus, le requérant a fait valoir que les autorités régionales avaient violé l'article 8, al. 2 et 3, de ladite directive en n'indiquant pas dans l'avis de concession une valeur estimée pour la concession ni la méthode de calcul de celle-ci. La commission a établi qu'il ressortait de l'article 8, al. 3, de ladite directive que l'entité adjudicatrice devait, dans les documents de concession, décrire la méthode objective appliquée pour calculer la valeur estimée de la concession, laquelle est utilisée pour déterminer si la concession est soumise à l'obligation d'appel d'offres (cf. article 8, al. 1^{er}). La commission a ainsi constaté que les autorités régionales n'avaient pas rempli cette exigence.

Il s'agit du seul point sur lequel le requérant a obtenu gain de cause. Toutefois, du fait que la violation était de nature purement formelle et ne pouvait pas être considérée comme ayant impacté la procédure d'appel d'offres, rien ne justifiait une annulation de la décision d'attribution.

Décision intermédiaire du 12 juillet 2019, Semi-Stål A/S contre Région Capitale

L'offre du soumissionnaire retenu comprenait une incertitude notable et une réserve claire et nette concernant les exigences minimales. Ce faisant, elle n'était pas conforme au cahier des charges, même s'il était confirmé dans l'offre que les exigences minimales étaient remplies. Le soumissionnaire avait en outre, contrairement au cahier des charges, modifié la liste de l'offre. Certaines exigences minimales avaient été supprimées par les autorités régionales pour permettre audit soumissionnaire de soumettre une offre. Une telle modification d'un élément fondamental ne pouvait pas avoir lieu sans une remise en concurrence. La commission a octroyé un effet suspensif au recours vu que la condition d'urgence était, elle aussi, 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, de deux lots visant la fourniture de tunnels de lavage pour lits, etc. à l'hôpital de Herlev et à l'hôpital Nordsjælland de Hillerød. Les deux lots ont été attribués à Weber Hospital Systems BV (ci-après « WHS »). Semi-Stål a introduit son recours durant le délai suspensif (*standstill*) et demandé l'octroi d'un effet suspensif. Dans le cadre du recours, les autorités régionales ont révoqué la décision d'attribution et en ont pris une nouvelle, dans le cadre de laquelle les lots ont de nouveau été attribués à WHS.

Selon son évaluation provisoire, la commission a estimé que l'offre de WHS pour le lot 1 (hôpital de Herlev) laissait apparaître une incertitude notable quant aux caractéristiques des systèmes offerts et à leur capacité à répondre à une exigence minimale concernant le nombre de lits et matelas (exigence de capacité) tout en répondant à une exigence d'hygiène concernant l'eau/vapeur utilisée (température exigée supérieure à 90 °C). Le texte de l'offre avait le caractère d'une réserve claire et nette concernant les exigences minimales. Cette offre était donc non conforme au cahier des charges, même s'il était confirmé ailleurs dans le texte que les exigences minimales étaient remplies. S'agissant des exigences de capacité et d'hygiène convergentes dans les deux lots, la commission a estimé que l'offre liée au lot 2 (hôpital de Hillerød) devait, elle aussi, être considérée comme comprenant une réserve concernant les exigences minimales et donc comme non conforme au cahier des charges.

En outre, la commission a considéré que WHS avait modifié la liste de l'offre, en ce sens que les 320 lits par jour figurant dans le texte original étaient devenus 160 lits par jour. La commission a estimé que suite au changement de la liste de l'offre opéré par l'entreprise, l'offre était contraire aux dispositions du cahier des charges, en vertu desquelles il était clairement établi que la liste de l'offre devait simplement être complétée et que son contenu ne pouvait donc pas a fortiori être modifiée, en ce compris les conditions préalables concernant les coûts d'exploitation et le nombre de lits. Dès lors, l'offre et la liste de l'offre de WHS ne pouvaient pas servir de base à l'évaluation selon les critères définis.

Durant l'appel d'offres, les autorités régionales ont décidé de supprimer certaines exigences minimales du dossier d'appel d'offres. La commission a estimé qu'il convenait d'admettre, selon les informations disponibles, qu'une exigence minimale concernant l'époussetage automatique des matelas pouvait empêcher des entreprises de soumettre une offre. Un changement de cette exigence, tel que sa suppression, a donc permis d'élargir de manière générale le nombre de soumissionnaires potentiels. La commission a souligné que ce changement avait été opéré quelque deux mois après la publication de l'avis de marché et après l'expiration de la date limite initiale pour la soumission des offres, mais peu de temps avant l'expiration de la date limite prolongée. Le but était de permettre à WHS, qui ne pouvait pas répondre aux exigences, de soumettre une offre, comme cela a été le cas par la suite. Dans ces circonstances, la commission a estimé que les autorités régionales n'avaient pas prouvé que la modification de l'exigence minimale, conformément aux éléments de base clairement définis dans les

travaux préparatoires de la loi danoise sur la passation des marchés publics, ne correspondait pas à la modification d'un élément fondamental, qui ne pouvait pas avoir lieu sans une remise en concurrence.

Dès lors, la commission a estimé qu'il était envisageable que le requérant obtiendrait gain de cause (« *fumus boni juris* »).

Par ailleurs, après avoir entendu les informations indiquant que plusieurs fautes graves avaient été commises durant l'appel d'offres, la commission a estimé que Semi-Stål avait prouvé que le recours était justifié à première vue (« *fumus boni juris* ») et que l'entreprise n'était pas tenue de prouver qu'elle subirait un préjudice irréparable si l'effet suspensif n'était pas octroyé au recours. La condition d'urgence était donc remplie, elle aussi.

Finalement, la commission a estimé qu'à la lumière d'une mise en balance des intérêts des parties, il convenait d'octroyer l'effet suspensif au recours. Cette évaluation se basait notamment sur les erreurs commises, la nature de ces erreurs ainsi que les intérêts auxquels les autorités régionales faisaient référence, à savoir leur intérêt à pouvoir conclure le marché afin de pouvoir entamer la fourniture et l'installation du matériel dans les meilleurs délais.

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

Décision intermédiaire du 23 juillet 2019, Urbaser A/S contre Municipalité de Ringkøbing Skjern

Procédure d'appel d'offres ouverte lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et visant la collecte de déchets, etc. Le recours a été introduit par un soumissionnaire dont l'offre a été rejetée du fait que l'entreprise ne répondait pas à l'exigence liée au ratio de solvabilité. Le requérant a été débouté de son recours concernant le rejet de son offre. En revanche, la commission a établi que les motifs du rejet n'étaient pas suffisants, mais cela n'a pas permis d'annuler la décision d'attribution.

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres ouverte visant la collecte et le transport de déchets organiques dans la commune de Ringkøbing-Skjern. Le requérant (anciennement RenoNorden A/S), un soumissionnaire évincé, a notamment fait valoir que l'exigence minimale liée à la capacité économique et financière des soumissionnaires en termes de chiffre d'affaires (30 millions DKK), de capitaux-propres (3 millions DKK) et de ratio de solvabilité (15 %) (conformément aux trois derniers rapports annuels audités et approuvés) était contraire à l'article 152, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 60, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE), cf. article 154 de ladite loi (article 60, al. 3, de ladite directive), à l'article 140, al. 2 de ladite loi (article 58, al. 1^{er} et 5, de ladite directive), à l'article 142 de ladite loi (article 58, al. 3, de ladite directive) et à l'article 154 de ladite loi (article 60, al. 3, de ladite directive). En outre, le requérant a invoqué que la société remplissait bien l'exigence, en ce sens qu'elle avait indiqué qu'elle se baserait sur la capacité de sa société mère, et que les motifs du rejet ne remplissaient pas l'exigence définie à l'article 171, al. 2, de ladite loi (article 55, al. 1^{er} et 2, de ladite directive).

La commission a établi que la manière dont l'exigence minimale liée à la capacité économique et financière des soumissionnaires était formulée dans l'avis de marché ne pouvait pas être entendue de telle sorte que les soumissionnaires n'avaient pas la possibilité de présenter, pour des raisons justifiées, d'autres éléments de référence pertinents, cf. article 154, al. 2, de ladite loi (article 60, al. 3, de ladite directive). Les exigences liées aux capitaux-propres et à la solvabilité devaient en outre être

considérées comme objectives et proportionnelles et n'empêchaient pas les jeunes entreprises de participer.

Le requérant, qui ne remplissait pas les exigences liées à la capacité économique et financière, avait indiqué dans son offre qu'il se basait sur sa société mère norvégienne. Toutefois, la société mère était une jeune entreprise et n'était en mesure de prouver qu'elle répondait aux exigences que pour un seul exercice. Néanmoins, elle avait présenté d'autres éléments de référence pour prouver qu'elle répondait aux exigences. La commission a estimé dans sa décision intermédiaire du 12 avril 2019 que les autorités municipales avaient agi contrairement à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 144 de ladite loi (article 63 de ladite directive) en rejetant l'offre d'Urbaser au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges sans avoir inclus les informations de la société mère dans l'évaluation de la capacité. Dans la décision définitive, il a toutefois été jugé prouvé que les autorités municipales avaient inclus les éléments de référence de la société mère concernant sa capacité économique et financière et qu'elles avaient estimé que ces éléments n'étaient pas appropriés, cf. article 154, al. 2, de ladite loi (article 60, al. 3, de ladite directive). La commission n'a pas trouvé lieu de réfuter cette évaluation.

Étant donné que la décision de rejet n'indique pas comment ou dans quelle mesure les autorités municipales ont inclus les informations sur la capacité économique et financière de la société mère, les motifs étaient insuffisants par rapport aux exigences définies à l'article 171, al. 4, n° 1, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 55, al. 2, de la directive 2014/24/UE). Il s'agit du seul point sur lequel le requérant a obtenu gain de cause. Néanmoins, conformément à la jurisprudence de la commission, une telle absence de motifs n'a pas permis d'annuler la décision d'attribution.

Décision du 25 septembre 2019, e-Boks A/S contre Direction générale de la Numérisation

Le recours a été introduit par un soumissionnaire évincé et comprenait plusieurs points. Le requérant a obtenu gain de cause sur certains d'entre eux. Toutefois, la commission ne s'est pas prononcée sur la demande d'annulation, car l'entité adjudicatrice avait annulé l'appel d'offres après l'introduction du recours. L'entité adjudicatrice avait conclu au rejet du recours suite à l'annulation, mais la commission l'a déboutée de sa demande.

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 le développement (en ce compris la conversion), l'exploitation, la maintenance, le support et le perfectionnement du service « Digital Post ». Le marché était décrit comme un marché sur la prochaine génération de solutions de messagerie électronique pour l'État danois. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères Prix (25 %), Qualité (35 %), Méthodes, processus et outils (25 %) et Respect des délais de livraison (15 %).

Dans son recours, e-Boks a fait valoir que la Direction générale de la Numérisation (*Digitaliseringsstyrelsen*) avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en organisant des réunions avec le soumissionnaire retenu (Netcompany) après la soumission des offres définitives et avant la décision d'attribution, que la Direction avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence ainsi que l'article 159, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 56, al. 3, de la directive 2014/24/UE) en ayant demandé à Netcompany de préciser la manière dont elle remplissait une exigence minimale, que l'offre de Netcompany n'était pas conforme au cahier des charges du fait qu'elle ne remplissait pas ladite exigence minimale, que la Direction avait de toute évidence commis une erreur dans son évaluation des offres concernant

certaines sous-critères qualitatifs et que la Direction avait violé l'article 171, al. 4, de ladite loi (article 55, al. 2, de ladite directive) ainsi que les principes d'égalité de traitement et de transparence en ne soulignant pas dans la communication transmise à e-Boks concernant la décision d'attribution les raisons pour lesquelles la Direction n'était pas certaine que l'offre de Netcompany remplissait les exigences définies dans le dossier d'appel d'offres.

La Direction a reçu une offre initiale d'e-Boks (qui était le fournisseur initial de la solution de messagerie électronique de l'État danois) et de Netcompany. La Direction a négocié avec les soumissionnaires et ceux-ci ont soumis leurs offres finales. Avant de décider de l'attribution du marché, la Direction a demandé à Netcompany de confirmer qu'une formulation figurant dans son offre ne pouvait pas être entendue comme une limitation des moyens mis à la disposition de la Direction pour résilier le contrat en cas d'échec d'un essai donné. Ces moyens étaient définis comme une exigence minimale, qui figurait dans le dossier d'appel d'offres. Netcompany a confirmé le même jour à la Direction que la formulation figurant dans l'offre ne devait pas être entendue comme une limitation.

La Direction a rédigé un projet de note d'évaluation. Un projet de note définitif a été daté le 2 octobre 2018. Ce projet de note indiquait que l'offre de Netcompany présentait le meilleur rapport qualité-prix. Le 12 octobre 2018, la Direction a rédigé une note d'évaluation définitive correspondant au projet de note. Entre le 31 octobre et le 14 novembre 2018, la Direction a été en contact avec Netcompany pour discuter de l'exécution du marché. La Direction et Netcompany ont correspondu par voie électronique et une réunion a été organisée le 9 novembre 2018. Le 13 novembre 2018, la Direction a décidé de conclure le contrat avec Netcompany et e-Boks en a été informé le même jour.

e-Boks a saisi la commission des recours le 7 décembre 2018. Dans un avis de marché du 20 décembre 2018, la Direction a annoncé que l'appel d'offres avait été annulé et devait être relancé, car elle avait constaté des inexactitudes ou des réserves dans les deux offres reçues et doutait donc de la conformité des offres au cahier des charges. Sur cette base, la Direction a fait valoir que le recours devait être rejeté, car e-Boks ne possédait plus d'intérêt légitime.

La commission a indiqué qu'e-Boks possédait un intérêt légitime à ce que le recours soit réglé malgré l'annulation de l'appel d'offres.

Ainsi, la commission a établi que des réunions avaient eu lieu entre Netcompany et la Direction après la soumission de la dernière offre, mais avant la prise de la décision d'attribution. Vu que Netcompany avait ainsi eu réellement la possibilité d'améliorer son offre et qu'il n'était pas possible d'exclure que cela ait influé sur l'évaluation, la Direction avait agi contrairement à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE). Il était exigé que les offres respectent de manière claire et précise les exigences définies. La Direction, ayant constaté que l'offre était imprécise, n'était donc pas en droit de demander à Netcompany de « confirmer » son évaluation concernant l'interprétation d'une formulation figurant dans son offre, car la société a ainsi eu la possibilité d'améliorer son offre. Par ailleurs, la commission a établi que rien dans l'article 171, al. 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 55, al. 2, de la directive 2014/24/UE) ni dans les travaux préparatoires dudit article ne permettait d'y lire une obligation pour l'entité adjudicatrice de rendre compte de son évaluation de la conformité de l'offre sélectionnée au cahier des charges lorsque l'entité adjudicatrice en était arrivée à la conclusion que ladite offre était conforme au cahier des charges ou lorsque des imprécisions étaient clarifiées en application de l'article 159, al. 5, de ladite loi (article 56, al. 3, de ladite directive).

La Direction ayant déjà annulé l'appel d'offres, la commission ne s'est pas prononcée sur la demande d'annulation.

Décision intermédiaire du 23 octobre 2019, 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.

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 visant la fourniture de services, de pièces de rechange et d'accessoires pour machines et matériel d'entrepreneur et pour tracteurs, dont la valeur était estimée à 12 millions DKK. Il s'agissait en partie d'une remise en concurrence d'un accord-cadre visant la fourniture de services, de pièces de rechange et d'accessoires pour machines et matériel d'entrepreneur et pour tracteurs, dont la valeur était estimée à 3 millions DKK. Le critère d'attribution était « Prix ».

L'appel d'offres antérieur avait été lancé par FMI le 30 novembre 2017. FMI a entre autres reçu des offres d'Hydrema et de United Military Services (UMS). Le 31 janvier 2018, FMI a décidé d'attribuer le marché à Hydrema. UMS a ensuite demandé le droit d'accéder à l'offre d'Hydrema. UMS s'est vu octroyer le droit de consulter l'offre, y compris la liste de l'offre d'Hydrema. Sur cette base, UMS a saisi la commission en concluant à la non-conformité de l'offre d'Hydrema au cahier des charges, car Hydrema n'avait pas indiqué de prix pour toutes les lignes de marchandises dans la liste de l'offre. FMI a annulé l'appel d'offres et UMS s'est désisté.

Hydrema a demandé le droit d'accéder aux documents qui avaient été transmis à UMS dans le cadre de la demande d'accès introduite par UMS à la liste de l'offre d'Hydrema. Lorsqu'il a examiné les documents auxquels FMI a autorisé UMS d'accéder, Hydrema a pu constater qu'UMS, à première vue, avait eu la possibilité de consulter une série de prix unitaires bien que ceux-ci fussent biffés. Hydrema était d'avis que les prix pouvaient être lus sur quatre des pages de la liste de l'offre.

FMI a lancé un nouvel appel d'offres le 4 juin 2019 et a reçu à l'expiration de l'échéance des offres d'UMS et d'Hydrema. FMI a décidé d'attribuer le marché à UMS, qui avait soumis l'offre la plus basse. Hydrema a saisi la commission et fait valoir notamment que FMI aurait dû exclure UMS, car UMS avait bénéficié, dans le cadre du nouvel appel d'offres, d'un avantage concurrentiel indu que FMI n'avait pas compensé ou pu compenser. FMI a invoqué qu'UMS n'avait pas bénéficié d'un avantage concurrentiel dans le cadre du nouvel appel d'offres suite au droit d'accès qu'il avait obtenu sur les prix unitaires d'Hydrema et que même si UMS avait bénéficié d'un tel avantage, celui-ci avait été compensé par la manière dont FMI avait organisé le nouvel appel d'offres, lequel se différençait du premier sur plusieurs points.

La commission a indiqué que FMI était tenue, du fait de l'erreur commise concernant le droit d'accès octroyé dans le cadre du premier appel d'offres, de veiller durant le second appel d'offres à ce que l'avantage dont UMS avait bénéficié en ayant eu accès à certains prix unitaires d'Hydrema soit compensé. Selon l'évaluation provisoire de la commission, cela avait bien eu lieu. La commission a souligné que plus d'un an s'était écoulé entre les deux appels d'offres, que le deuxième appel d'offres concernait un nombre beaucoup plus grand d'unités que le premier et présentait notamment une valeur quatre fois supérieure à celle du premier appel d'offres et qu'il n'avait été possible de consulter

les prix que pour 18 des 168 unités visées par le premier appel d'offres. Sur cette base, UMS n'a pas bénéficié d'un avantage concurrentiel suite à l'erreur commise dans le cadre du droit d'accès octroyé.

La commission estimant qu'il n'y avait pas lieu non plus de donner gain de cause à Hydrema concernant un autre point du recours, la condition « fumus boni juris » n'était pas remplie et la commission n'a pas octroyé d'effet suspensif au recours.

Le recours a été réglé définitivement par la décision du 22 avril 2020, dans le cadre de laquelle la commission, à quelques ajouts près concernant les motifs indiqués, a maintenu qu'il n'y avait pas lieu de donner gain de cause à Hydrema.

2.2.2 Présélection

Décision du 18 janvier 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S contre DSB

En vertu de l'article 79, al. 2, 2^e paragraphe, de la directive sur les services spéciaux (2014/25/UE), l'entité adjudicatrice doit exiger que l'opérateur économique remplace une entité qui ne remplit pas un critère de sélection applicable. Une entreprise présélectionnée, qui se basait sur d'autres unités pour répondre à une exigence minimale de capacité économique, a découvert une erreur dans le formulaire DUME concernant l'une des unités de soutien et demandé le droit de remplacer cette unité de soutien par une autre, sans quoi l'entreprise ne répondrait pas à l'exigence minimale. Vu que ces dispositions étaient d'application et que le principe d'égalité de traitement n'empêchait pas le remplacement en question, la commission a annulé le refus de l'entité adjudicatrice d'octroyer ledit remplacement.

La Société nationale danoise des chemins de fer DSB a organisé une procédure d'appel d'offres négociée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux concernant la fourniture et l'entretien de trains pour une valeur estimée à 50 milliards DKK. Alstom s'est portée candidate à la présélection et a indiqué qu'elle se basait sur quatre unités de soutien, dont « AT Holland », en vue de répondre aux exigences minimales liées à la capacité économique et financière. Le formulaire DUME pour Alstom et les quatre unités de soutien étaient joints en annexe. DSB a présélectionné quatre des cinq candidats répondant au cahier des charges, dont Alstom, et demandé à recevoir des éléments de référence prouvant que les exigences minimales définies étaient remplies. Alstom s'est alors rendu compte qu'il y avait une erreur dans le formulaire DUME concernant « AT Holland » et qu'une exigence minimale liée au taux d'endettement moyen total n'était pas remplie. Alstom a donc demandé l'autorisation de remplacer « AT Holland » par « AT Holdings » afin de pouvoir répondre à l'exigence minimale liée au taux d'endettement. DSB a rejeté cette demande et Alstom a saisi la commission le 12 décembre 2018. Le recours a été traité en urgence.

Alstom a fait valoir que DSB était tenue d'appliquer l'article 79, al. 2, de la directive et d'accepter le remplacement. À cet égard, Alstom a rappelé les dispositions similaires de l'article 63, al. 1^{er}, de la directive sur la passation des marchés publics (2014/24/UE), telles que transposées à l'article 144, al. 4 et 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, ainsi que les travaux préparatoires y afférents. À cet égard, la société a indiqué que les dispositions étaient d'application dans un cas comme celui en présence, où Alstom pouvait identifier « AT Holland » comme étant l'unité responsable du fait que le critère applicable n'était pas rempli, et où Alstom, en remplaçant « AT Holland » par « AT Holdings » pouvait garantir la satisfaction dudit critère tout en assurant que les autres exigences liées à la capacité économique et financière continuaient d'être remplies. Alstom aurait également été présélectionnée si la société, dès le début, avait basé sa capacité économique et financière sur « AT Holdings » (en plus de « AT Polen », « AT UK » et « AT Espagne »). Le libellé de l'article 79, al. 2, de la directive ne donne pas lieu de supposer que les dispositions visent uniquement à réglementer une

situation où l'unité de soutien, après le dépôt de la candidature, perd la capacité requise pour remplir le critère applicable. En outre, il n'est pas présumé que l'unité de soutien, à l'heure de la candidature à la présélection, possédait la capacité requise pour remplir le critère de sélection applicable. Les dispositions doivent être vues à la lumière des objectifs visés par l'introduction de nouvelles règles en matière de marchés publics, dont la création d'une plus grande flexibilité dans l'exécution des marchés publics et la garantie d'une plus grande concurrence. Enfin, DSB ne pouvait pas limiter l'application de l'article 79, al. 2, de ladite directive en arrêtant au point 10 du cahier des charges qu'un remplacement n'était possible que s'il était dû à des « circonstances indépendantes de la volonté du candidat » (voir à cet égard l'article 147, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la passation des marchés publics). Une situation comme celle en présence est en revanche réglementée par l'article 144, al. 5, de ladite loi (article 63 de la directive 2014/24/UE).

DSB a invoqué qu'elle avait justement appliqué l'article 79, al. 2. Vu qu'il n'existe pas de jurisprudence ni de pratique administrative concernant le champ d'application des nouvelles dispositions, celui-ci devait être établi sur la base du libellé de l'article, de son contexte et des conséquences envisageables. À cet égard, DSB a indiqué que l'article 79, al. 2, de par son libellé, visait les situations où des exigences minimales étaient définies pour la capacité des unités de soutien (capitaux-propres positifs, par exemple). Dès lors, les dispositions ne s'appliquent pas aux situations comme celle en présence, où aucune exigence minimale n'est définie pour la capacité de l'unité de soutien, mais uniquement pour la capacité du candidat. Les dispositions n'ont jamais eu pour but de favoriser les candidats qui se basent sur des unités de soutien par rapport aux candidats qui ne se basent pas sur de telles unités. Une interprétation contraire signifierait que les candidats peuvent librement choisir les unités de soutien qu'ils souhaitent remplacer pour remplir l'exigence minimale. Le libellé de l'article, qui précise que c'est l'entité adjudicatrice qui doit exiger le remplacement d'une unité de soutien spécifique, montre en outre que les dispositions ne s'appliquent pas aux situations où il n'est pas possible d'identifier les unités de soutien à remplacer, le cas échéant. Au vu de son contexte, l'article 79, al. 2, ne s'applique pas aux cas où le remplacement requis tient d'une erreur commise par le candidat, notamment lorsque cette erreur implique que le candidat n'a jamais rempli les exigences minimales et n'aurait donc pas dû être présélectionné du tout. Une candidature peut uniquement être modifiée après l'expiration de l'échéance si la modification peut être opérée dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence (voir l'article 76, al. 4, de la directive sur les services spéciaux et l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire C-336/12, *Manova*). Rien dans le libellé de l'article ni dans le préambule de la directive ou autre ne prouve que l'article vise à créer une plus grande flexibilité dans l'exécution des marchés publics ou une plus grande concurrence en la matière. En outre, il convient de présumer qu'un remplacement ne peut avoir lieu en vertu de cet article que si cela est conforme aux règles applicables en matière de marchés publics, dont le principe d'égalité de traitement. A priori, un remplacement serait contraire à ce principe. À cet égard, DSB a notamment rappelé qu'elle avait établi au point 10 du cahier des charges qu'un remplacement ne pouvait avoir lieu que s'il tenait à des circonstances indépendantes de la volonté du candidat. Cela n'était clairement pas le cas. Dès lors, nonobstant l'article 79, al. 2, de la directive, il serait contraire au principe d'égalité de traitement que DSB autorise le remplacement. Par ailleurs, DSB a indiqué qu'« il en fallait bien plus » que le simple fait de constater qu'Alstom aurait également été présélectionné avec « AT Holdings » comme unité de soutien. Enfin, DSB a rappelé les conséquences que cela aurait si le remplacement était autorisé, dont le risque d'abus. Deux autres candidats, qui avaient indiqué des informations correctes dans le formulaire DUME et qui, sur cette base, ne remplissaient pas les exigences minimales définies pour la capacité économique et financière, n'ont pas bénéficié de la même possibilité qu'Alstom pour modifier leur candidature.

Tout d'abord, la commission a rendu compte de la base juridique et a reproduit l'article 79, al. 2, 2^e paragraphe, de la directive sur les services spéciaux dans les versions française, anglaise, allemande,

suédoise, italienne et néerlandaise. Ensuite, la commission a constaté que ni le préambule de la directive sur les services spéciaux ni le préambule de la directive sur la passation des marchés publics ne semblaient comprendre des considérations rendant compte de l'objet des dispositions de l'article 79, al. 2, de la directive sur les services spéciaux et de l'article 63, al. 1^{er}, de la directive sur la passation des marchés publics. Ensuite, la décision reproduisait l'article 144, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, qui porte transposition de l'article 63, al. 1^{er}, 2^e paragraphe, de la directive sur la passation des marchés publics et les remarques spéciales liées à ces dispositions. Enfin, la décision reproduisait un extrait du rapport de la commission en charge d'élaborer la loi danoise sur la passation des marchés publics concernant les dispositions de l'article 63, al. 1^{er}, 2^e paragraphe, de ladite directive.

La commission s'est alors prononcée en premier lieu sur la question de savoir si les dispositions de l'article 79, al. 2, de la directive sur les services spéciaux s'appliquaient à une situation où Alstom, à titre de candidat, se batisait sur des unités de soutien pour remplir les exigences minimales définies en matière de capacité financière et où Alstom avait indiqué dans le formulaire DUME pour l'une des unités de soutien des informations incorrectes si bien que le candidat ne remplissait pas les exigences minimales définies.

La commission a établi que les dispositions réglementaient explicitement les situations où un critère de sélection applicable n'était pas rempli. Dans une telle situation, le principe de départ voulait que la candidature soit considérée comme non conforme au cahier des charges. En vertu du nouvel article, l'entité adjudicatrice est toutefois tenue de demander au candidat de remplacer l'entreprise sur laquelle il a indiqué se baser pour répondre à l'une des exigences minimales si ladite entreprise ne remplissait pas cette exigence. Au vu du fond de l'article et de son emplacement systématique dans la directive, notamment parmi les dispositions définissant l'interaction entre les règles visant l'utilisation des informations des formulaires DUME comme éléments provisoires prouvant que les candidats/soumissionnaires répondent aux exigences minimales en matière de capacité, il convient de supposer que l'objet de l'article est d'éviter le risque de perte des frais de transaction courus tant par les entités adjudicatrices que les soumissionnaires s'il n'est constaté qu'à stade avancé de la procédure d'appel d'offres qu'un ou plusieurs soumissionnaires ne remplissent pas les exigences de capacité à cause d'éléments liés à une unité de soutien et doivent donc être exclus au termes de l'article 76, al. 1^{er}, sous a), de la directive.

La commission a souligné que le libellé de l'article 79, al. 2, 2^e paragraphe, de la directive sur les services spéciaux n'était pas très clair, en tous cas dans certaines versions linguistiques, dont la version danoise. L'expression « critère de sélection » figurant à l'article 76, al. 1^{er}, sous a et b, de la directive (cf. article 80, cf. article 58 de la directive sur la passation des marchés publics) concerne les exigences minimales liées à l'aptitude requise pour participer à l'appel d'offres auxquelles les candidats et les soumissionnaires doivent répondre. Les critères de sélection ne sont pas (du moins, pas directement) des exigences imposées aux entreprises sur lesquelles les candidats doivent se baser pour pouvoir remplir les critères de sélection, mais uniquement aux opérateurs économiques qui souhaitent eux-mêmes participer à titre de candidats ou de soumissionnaires. La commission n'a donc pas pu se rallier à l'interprétation opérée par DSB, selon laquelle les dispositions s'appliquent uniquement aux situations où l'entité adjudicatrice a défini des exigences minimales spéciales pour les unités de soutien. De telles exigences ne pourraient pas être considérées comme des « critères de sélection ». S'agissant des critères de sélection, l'article implique donc que l'entité adjudicatrice est tenue de demander le remplacement d'une unité de soutien dans le cas où le candidat, sans cela, ne remplirait pas le critère de sélection dont l'unité concernée est dite soutenir la satisfaction.

Rien dans le libellé de l'article ni dans son emplacement systématique ne justifie une interprétation restrictive, de telle sorte que l'article serait uniquement d'application jusqu'à la présélection ou que l'article ne s'appliquerait pas aux cas où il s'avère que les informations figurant dans le formulaire DUME sont erronées. Enfin, rien ne permet d'établir que l'article s'appliquerait non pas aux erreurs initiales dans les informations du formulaire DUME, mais uniquement aux erreurs commises par la suite. Quoi qu'il en soit, dans la situation en présence, où il s'est avéré que les informations du formulaire DUME concernant une unité de soutien spécifique (« AT Holland ») étaient erronées et où cette erreur, prise isolément, a incontestablement conduit à ce que le candidat ne remplissait pas l'exigence de capacité minimale applicable, il était possible de déterminer clairement que cette unité était bien celle dont DSB aurait dû exiger le remplacement aux termes de l'article invoqué.

DSB est donc tenue de demander à Alstom de remplacer « AT Holland » comme unité de soutien.

En deuxième lieu, la commission s'est prononcée sur la question de savoir si le principe d'égalité de traitement empêchait le remplacement d'« AT Holland » par « AT Holdings ».

À cet égard, la commission a indiqué qu'il convenait de considérer que les dispositions de l'article 79, al. 2, 2^e paragraphe, de la directive sur les services spéciaux présupposaient que le fait qu'un candidat, qui se base sur d'autres unités pour remplir des exigences de capacité minimales, ait la possibilité de modifier sa candidature pour répondre à l'exigence qui lui est imposée par l'entité adjudicatrice de remplacer une unité de soutien n'est pas en soit contraire aux principes fondamentaux du droit des marchés publics, dont les principes d'égalité de traitement et de transparence. La commission n'a donc pas pu se rallier à l'exigence de DSB qui estimait qu'« il en fallait bien plus ».

Ainsi, la commission a indiqué que la question de savoir si le principe d'égalité de traitement empêchait concrètement d'autoriser le remplacement concerné devait reposer sur les circonstances spécifiques de l'appel d'offres concerné, et notamment à quel moment de la procédure l'entité adjudicatrice est tenue de demander le remplacement et par quelle entreprise le candidat/soumissionnaire souhaite remplacer l'unité concernée.

L'article 79, al. 2, 2^e paragraphe, de la directive sur les services spéciaux ne comprend pas de condition selon laquelle une unité peut uniquement être remplacée dans la mesure où le remplacement tient à des circonstances indépendantes de la volonté du candidat. Cela suffit pour conclure pour le point 10 du cahier des charges ne pouvait pas empêcher le remplacement. Cette évaluation ne saurait être remise en cause par le fait qu'Alstom ait lui-même soulevé la question du remplacement.

Pour savoir si la participation d'Alstom avec « AT Holdings » comme unité de soutien au lieu d'« AT Holland » était contraire au principe d'égalité de traitement, il convenait de déterminer si le remplacement entraînait une détérioration de la situation concurrentielle des autres candidats/soumissionnaires.

À cet égard, la commission a tout d'abord noté que tous les candidats/soumissionnaires potentiels avaient eu la possibilité de tenir compte de l'article 79, al. 2, 2^e paragraphe, de la directive dans le cadre de leurs réflexions en marge de leur participation à l'appel d'offres. De plus, tous les candidats/soumissionnaires avaient eu la possibilité de tenir compte de cet article lors de l'élaboration de leur candidature/offre. Il était incontesté qu'Alstom aurait également été présélectionné s'il s'était basé sur « AT Holdings » au lieu d'« AT Holland ». Alstom n'avait donc pas bénéficié d'un avantage concurrentiel indu par rapport aux candidats non présélectionnés. En référence à la décision de la commission des recours du 20 juin 2017 (MT Højgaard A/S et Züblin A/S contre Banedanmark, décrite dans le rapport annuel 2017, page 23), la commission a enfin noté que la situation concurrentielle des

autres soumissionnaires ne pouvait pas être considérée comme détériorée du simple fait que le nombre de soumissionnaires ne pouvait pas être réduit en cas de disqualification d'Alstom.

Vu qu'il était prouvé sur cette base qu'en remplaçant « AT Holland » par « AT Holdings », Alstom ne bénéficierait pas d'un avantage concurrentiel indu, DSB était tenue d'autoriser le remplacement. C'est pourquoi la commission a annulé la décision de DSB de rejeter la demande de remplacement.

Le recours a été traité par deux membres de la présidence et deux experts (cf. article 10, al. 4, de la loi sur la commission des recours [*klagenævnsloven*], en vertu de laquelle le président de la commission peut exceptionnellement décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et d'experts devant participer à la procédure).

Décision du 6 février 2019, Brande Buslinier ApS contre Midttrafik

Il ne pouvait y avoir aucun doute pour toute entreprise normalement informée, expérimentée et raisonnablement diligente que ses références et leur contenu seraient inclus dans les éléments servant de base à la sélection. De même, il ne pouvait y avoir aucun doute concernant le fond de certains critères de sélection définis. La coche de la case « Non » était, au regard des circonstances, une erreur évidente dont l'entité adjudicatrice, à juste titre, n'a pas tenu compte.

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la directive sur les services spéciaux et concernant deux lots visant l'exploitation des lignes Aarhus - Aéroport de Billund et Aarhus - Aéroport d'Aarhus, avec un total de 24 000 heures de trajet environ par an.

Dans le cadre de la présélection, Brande Buslinier a demandé à ce que la commission se prononce sur l'octroi d'un effet suspensif. La commission a rejeté cette demande. Après l'attribution du marché par Midttrafik à Keolis Danmark A/S (Keolis), Brande Buslinier a introduit un recours accessoire. La commission a rendu une décision définitive au lieu de se prononcer sur l'effet suspensif.

Dans sa décision, la commission a rappelé le rejet antérieur de la demande d'octroi d'effet suspensif. La commission a estimé que le dossier d'appel d'offres indiquait de manière suffisamment claire la base sur laquelle la sélection serait opérée parmi les candidats ainsi que les critères de cette sélection. Ainsi, il ne pouvait y avoir aucun doute pour toute entreprise normalement informée, expérimentée et raisonnablement diligente que ses références seraient incluses dans les éléments servant de base à la sélection et que l'accent serait mis sur le contenu de ces références. De même, au vu de la manière dont les critères de sélection sont formulés par rapport au caractère des marchés mis en concurrence, il ne pouvait y avoir aucun doute quant au contenu des critères liés à l'ampleur des trajets et à l'expérience en matière d'initiatives orientées client et de participation à des projets visant à mettre en place de nouvelles initiatives de transport par bus. Il appartenait donc à chacun des candidats de rédiger sa liste de références sur la base des critères de sélection définis.

Dans le formulaire DUME transmis, Keolis avait coché, à la section V « Limitation du nombre de candidats qualifiés », la case « Non » à l'invitation de déclarer qu'elle remplissait les critères de sélection. Brande Buslinier a indiqué que l'offre de Keolis aurait donc dû être rejetée. La commission a rappelé que l'entreprise avait complété les autres sections du formulaire DUME liées à la présélection, dont la section IV « Critères de sélection », de telle manière qu'elle cherchait à montrer qu'elle remplissait les critères de sélection. Au regard des circonstances, la candidature de Keolis devait donc être interprétée de telle sorte que la coche de la case « Non » était une erreur manifeste. Toute autre interprétation n'aurait eu aucun sens. Même si Midttrafik n'a pas contacté Keolis en vue de faire rectifier l'erreur (ce que Midttrafik aurait pu faire), la coche de la case « Non » dans l'affaire en

présence n'a pas conduit Midttrafik à considérer la candidature à la présélection comme non conforme au cahier des charges. Dans les circonstances décrites, cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 10 octobre 2013 dans l'affaire C-336, Manova. Dès lors, la commission a débouté le requérant de sa demande.

Par la suite, Brande Buslinier a intenté un recours devant les juridictions.

Décision du 15 mai 2019, Salini Impregilo S.P.A contre Metroselskabet I/S

Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la directive sur les services spéciaux (2004/17/CE), quatre entreprises ont été présélectionnées et ont toutes soumis des offres par la suite. Le requérant, qui n'a pas remporté le marché, a contesté plusieurs éléments, dont le fait que le prix de l'offre retenue était anormalement bas, que le soumissionnaire retenu n'était pas identique à l'entreprise présélectionnée, que différentes infractions à la législation avaient été commises lors de l'évaluation de la capacité économique du soumissionnaire retenu et que la concurrence avait été faussée en ce sens que le conseiller du soumissionnaire retenu était également le conseiller de l'entité adjudicatrice. Le requérant a été débouté de sa demande sur tous les points.

Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la directive sur les services spéciaux (2004/17/CE) et concernant le projet de construction de métro « Cityringen – branch off to Sydhavnen » (dit appel d'offres « Sydhavnslinjen »), Metroselskabet a présélectionné en 2016 quatre entreprises, dont le consortium TUNN3L JV I/S (composé de MT Højgaard A/S, Hochtief Infrastructure GmbH et VINCI Construction Grand Projects) et Salini-Impregilo.

En juin 2017, TUNN3L JV a demandé à Metroselskabet d'approuver le retrait de MT Højgaard A/S du consortium, qui serait alors composé de Hochtief et VINCI. Conformément au cahier des charges, Metroselskabet a évalué si TUNN3L JV aurait également été présélectionné sans la participation de MT Højgaard et a alors accepté que TUNN3L JV reste présélectionné.

Toutes les entreprises présélectionnées ont soumis une offre. Le 27 novembre 2017, Metroselskabet a décidé de conclure un contrat avec TUNN3L JV. Salini a saisi la commission le 7 décembre 2017, mais aucun effet suspensif n'a été octroyé au recours et le contrat a été conclu le 8 mars 2018.

Les points contestés par Salini concernaient plusieurs infractions à l'article 10 et al. de la directive sur les services spéciaux et peuvent être résumés comme suit :

2.2.2.1 L'offre de TUNN3L JV était anormalement basse et donc irrecevable. Salini basait ses vues sur le fait que le prix de l'offre de Salini, qui était la plus élevée, était supérieure de 22,8 % au prix de l'offre de TUNN3L JV qui, selon Salini, n'aurait pas pu, avec le prix offert, couvrir ses coûts et une marge bénéficiaire respectable. La commission a établi que Metroselskabet n'était pas tenue de considérer l'offre de TUNN3L JV comme anormalement basse.

2.2.2.2 Metroselskabet avait attribué le marché à TUNN3L JV, qui n'était pas identique au soumissionnaire présélectionné. Ce point du recours portait sur le fait que MT Højgaard A/S avait quitté le consortium. La commission a rappelé l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 24 mai 2016 dans l'affaire C-396/14, MT Højgaard contre Banedanmark, et noté que le requérant avait uniquement fait valoir que le consortium n'aurait pas été présélectionné sans la participation de MT Højgaard A/S puisqu'un autre candidat, MS4, aurait alors été mieux qualifié. La commission a débouté le requérant de sa demande sur ce point. À cet égard, la commission a tout d'abord souligné que MS4, qui

était le candidat le plus à même de contester la réévaluation de la décision de présélection, n'avait pas saisi la commission.

Ensuite, Metroselskabet avait, dans le cahier des charges, décrit la démarche qui serait appliquée en cas de demande de changement dans la composition des consortiums présélectionnés et, conformément à cette démarche, avait soigneusement cherché à déterminer si les conditions étaient remplies (notamment en ce qui concerne les références, la capacité organisationnelle du consortium et la capacité économique et financière des candidats) avant d'autoriser le changement. Sur cette base, la commission a concrètement examiné les objections formulées par Salini et établi qu'il n'y avait pas lieu de lui donner gain de cause sur ce point.

2.2.2.3 Metroselskabet avait basé l'évaluation de la candidature à la présélection de TUNN3L JV et sa réévaluation après le départ de MT Højgaard A/S sur les ressources économiques de la société mère de Hochtief sous la forme d'une convention dite DPLTA (*Domination and Profit and Loss Transfer Agreement*) conclue entre Hochtief et sa société mère. Selon les informations disponibles sur la législation allemande en matière de conventions DPLTA, la commission a débouté le requérant de sa demande sur ce point.

2.2.2.4 La concurrence avait été faussée, en ce sens que le conseiller économique de TUNN3L JV, Arup, en tant que conseiller de Metroselskabet depuis de nombreuses années (notamment dans le cadre des appels d'offres antérieurs « Cityringen » et « Nordhavnslinjen »), possédait des connaissances particulières. Les mesures de précaution prises par Metroselskabet (notamment en transmettant des instructions spéciales à Arup) n'étaient pas suffisantes. La commission n'a pas estimé qu'il était établi qu'Arup, en tant que conseiller de Metroselskabet dans le cadre des appels d'offres « Cityringen » et « Nordhavnslinjen », avait connaissance des informations directement liées à l'appel d'offres « Sydhavnslinjen ». La commission a souligné que Metroselskabet avait, notamment via son système de gestion de documents, veillé à ce que les employés d'Arup n'aient pas accès aux informations concernant l'appel d'offres

« Sydhavnslinjen ». Dès lors, il n'existait pas de risque réel et plausible que la concurrence ait été sensiblement faussée.

2.2.2.5 Sur plusieurs points, l'offre de TUNN3L JV n'était pas conforme aux éléments fondamentaux du cahier des charges. Ce point du recours se basait sur une série de descriptions figurant dans l'offre retenue, en ce sens que le requérant a fait valoir, en référence à un avis de spécialiste qu'il s'était procuré, que l'offre ne répondait pas sur plusieurs points aux exigences minimales spécifiques du cahier des charges. La commission a établi que l'offre portait sur un contrat d'entreprise générale (« *design and build* »), dont les exigences spécifiées étaient essentiellement des exigences fonctionnelles. La phase de projection devait seulement avoir lieu après la conclusion du contrat et les descriptions demandées dans le dossier d'appel d'offres avaient uniquement pour but de permettre aux soumissionnaires de démontrer leur compréhension des exigences. Il ne s'agissait donc pas d'une solution définitive. TUNN3L JV avait indiqué dans l'offre qu'aucune réserve n'était émise quant aux exigences définies dans le dossier d'appel d'offres, qu'il n'avait pas l'intention d'émettre de telles réserves (et ce, même si certaines parties de l'offre auraient pu être interprétées dans ce sens) et qu'il entendait répondre à tous les exigences définies. Pour cette simple raison, la commission a débouté le requérant de sa demande concernant la non-conformité de l'offre de TUNN3L JV au cahier des charges.

De même, elle a débouté le requérant de sa demande d'annulation de la décision d'attribution.

Le recours a été traité par deux membres de la présidence et deux experts (cf. article 10, al. 4, de la loi sur la commission des recours [*klagenævnsloven*], en vertu de laquelle le président de la commission peut exceptionnellement décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et d'experts devant participer à la procédure).

Par la suite, Salini a intenté un recours devant les juridictions.

2.2.3 Motifs d'exclusion

Décision intermédiaire du 16 janvier 2019 et décision du 5 décembre 2019, Kailow Graphic A/S contre Direction générale de la Modernisation

Un soumissionnaire évincé a contesté notamment que l'un des trois soumissionnaires détenait partiellement une autre société faisant partie de l'un des autres soumissionnaires retenus – un consortium composé de 13 sociétés. Légalité du consortium au vu du droit de la concurrence. Motif d'exclusion non obligatoire aux termes de l'article 137, al. 1^{er}, point 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, al. 4, sous d, de la directive 2014/24/UE).

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 visant l'achat de services d'imprimerie, de copie et d'impression pour l'État danois, pour une valeur d'environ 200 millions DKK. L'accord-cadre devait être attribué aux trois soumissionnaires soumettant les offres les plus avantageuses économiquement sur la base du critère d'attribution « Prix ».

S'agissant de la question de l'effet suspensif (décision intermédiaire du 16 janvier 2019), Kailow a fait valoir à l'égard de la commission qu'une annexe centrale au dossier d'appel d'offres était trop vague pour servir de base à l'offre, que la décision d'attribution n'était pas entièrement motivée et que la condition, selon laquelle il n'était possible que de soumettre une seule offre par entreprise, avait été violée. Ainsi, il s'est avéré que l'un des soumissionnaires retenus (A) détenait la totalité des actions dans une autre société (E), qui faisait indirectement partie d'un autre soumissionnaire retenu (B) (un consortium composé de 13 sociétés), en ce sens que (E) détenait 50 % de l'une des sociétés de (B). (A) détenait en outre 25 % d'une autre société (J) du consortium (B). Le directeur général de (A) était président du conseil d'administration de (E) et membre du conseil d'administration de (J).

La commission a établi que le cahier des charges était clair sur le point contesté et que les exigences de motivation étaient remplies. S'agissant de la dernière question (un soumissionnaire ne pouvait soumettre qu'une seule offre), la commission a indiqué que la Direction générale de la Modernisation avait précisé dans le cahier des charges qu'elle pouvait (dans la mesure où une même unité faisait partie de plusieurs offres ou participaient de toute autre manière à plusieurs offres) demander aux soumissionnaires de « prouver » que cette double participation n'avait pas entraîné « une restriction de la concurrence contrairement au droit de la concurrence, y compris prouver qu'elle n'avait pas permis aux différents soumissionnaires d'influencer réciproquement le contenu de leurs offres ». Ainsi, la Direction générale avait constaté qu'une société (J), qui faisait partie du consortium retenu (B), était détenue à 25 % par l'un des autres soumissionnaires (A) et demandé aux trois parties impliquées de lui transmettre un avis. Après avoir étudié le contenu des avis reçus (qui expliquaient notamment que les participations partielles indiquées étaient de nature financière et qu'elles n'avaient aucune communication présentant un intérêt pour l'affaire), la commission a établi que rien ne permettait de constater que lesdites participations avaient entraîné une limitation de la concurrence en influençant le contenu des offres des deux soumissionnaires ou que cela aurait lieu en cas de mise en concurrence réduite à l'avenir. Dès lors, la commission n'a pas octroyé d'effet suspensif au recours.

Suite à la décision intermédiaire de la commission concernant l'effet suspensif, Kailow a retiré ses conclusions initiales et déposé de nouvelles conclusions, lesquelles ont fait l'objet de la décision du 5 décembre 2019. Ainsi, Kailow a invoqué que (A) et (B) auraient dû être exclus en application de l'article 137, al. 1^{er}, point 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, al. 4, sous

d, de la directive 2014/24/UE). En outre, (A) et (B) auraient violé le droit de la concurrence. Enfin, Kailow a conclu à ce que (A) et (B) soient exclus de l'appel d'offres.

Le dossier d'appel d'offres indiquait notamment que le motif d'exclusion non obligatoire défini à l'article 137, al. 1^{er}, point 4, de ladite loi (article 57, al. 4, sous d, de ladite directive) serait appliqué. En vertu de ces dispositions, une entité adjudicatrice doit indiquer dans l'avis de marché si un soumissionnaire sera exclu d'une procédure d'appel d'offres dans la mesure où elle dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le soumissionnaire a conclu un accord avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

La commission a indiqué que, selon les informations produites, il n'était pas possible d'établir que la détention par (A) de 25 % des actions dans (J) (qui faisait partie du consortium [B]) avait entraîné une restriction de la concurrence en influençant le contenu des offres. La commission a fait référence aux informations transmises par le directeur général de (A), selon lesquelles il participait à deux-trois réunions annuelles du conseil d'administration de (J) et pas à la direction quotidienne de (J). La commission a rappelé que ces informations avaient été confirmées par le directeur général de (J).

S'agissant de (B), Kailow a invoqué que l'article 137 de la loi danoise sur la passation des marchés (article 57, al. 4, sous d, de la directive 2014/24/UE) et le droit de la concurrence avaient été violés, en ce sens que (B) avait via sa composition compromis la transparence et faussé la concurrence. La Direction générale a conclu au rejet des conclusions, car elles portaient sur une violation du droit de la concurrence qui ne relevait pas de la compétence de la commission. La commission a débouté la Direction générale de sa demande de rejet et indiqué qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur le respect du droit de la concurrence, mais que, lorsque la Direction générale avait précisé dans le cahier des charges qu'elle pouvait (dans la mesure où une même unité faisait partie de plusieurs offres ou participaient de toute autre manière à plusieurs offres) demander aux soumissionnaires de « prouver » que cette double participation n'avait pas entraîné une restriction de la concurrence contrairement au droit de la concurrence, la question pouvait être traitée par la commission dans le cadre de l'évaluation opérée pour déterminer si le soumissionnaire était visé par le motif d'exclusion arrêté entre autres à l'article 137, al. 1^{er}, point 4, de ladite loi (article 57, al. 4, sous d, de ladite directive).

Ainsi, la commission a indiqué que l'entité adjudicatrice n'était pas tenue de déterminer si le consortium formé par (B) était de manière générale contraire aux règles de la concurrence et qu'elle était, comme indiqué, tenue par le cahier des charges de contrôler s'il existait des éléments suffisamment plausibles pour conclure qu'un soumissionnaire avait conclu un accord avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence, cf. article 137, al. 1^{er}, point 4, de ladite loi (article 57, al. 4, sous d, de ladite directive).

(B), impliqué dans le recours à titre d'intervenant, avait indiqué qu'il ne contestait pas que certains membres du consortium remplissaient eux-mêmes les exigences minimales du cahier des charges et disposaient d'un appareil de production qui, dans une certaine mesure, permettait de fournir les services sollicités. Cela pouvait indiquer que le consortium était illégal. Toutefois, la commission n'a pas trouvé lieu de réfuter l'évaluation de la Direction générale, selon laquelle il n'existait pas d'éléments suffisants pour conclure que le consortium avait été formé en vue de fausser la concurrence ou que sa formation avait entraîné une distorsion de la concurrence. La commission a insisté sur les informations disponibles (notamment celles transmises par (B) concernant la possibilité pour le consortium d'optimiser son offre) et rappelé que la Direction générale avait reçu, en plus de l'offre de (B), des offres de sept autres soumissionnaires et que (B) avait soumis l'offre avec le

deuxième prix le plus bas. Ainsi, par sa composition, (B) n'avait pas compromis la transparence ni faussé la concurrence.

La demande de Kailow visant à exclure (A) et (B) de l'appel d'offres a été rejetée, car la commission, en vertu de l'article 13 de la loi danoise sur la commission des recours, n'est pas compétente pour exclure des soumissionnaires d'une procédure d'appel d'offres.

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

Par la suite, Kailow a intenté un recours devant les juridictions.

Décision intermédiaire du 12 mars 2019, edgemo A/S contre Statens og Kommunernes Indkøbscentral (SKI).

Lors de la mise en concurrence d'un accord-cadre à conclure avec plusieurs fournisseurs visant la livraison de matériel informatique, plusieurs entreprises ont fait acte de candidature à la présélection. Parmi celles-ci figurait ATEA A/S, qui avait été condamnée pour pots-de-vin et était donc visée par l'article 135, al. 1^{er}, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, al. 1^{er}, sous b, de la directive 2014/24/UE) concernant les motifs d'exclusion obligatoires. ATEA a transmis les preuves requises pour démontrer sa fiabilité, conformément à l'article 138, al. 2, de ladite loi danoise (article 57, al. 6 et 7, de ladite directive) et a ensuite été présélectionné. Organisation non illégale de la procédure d'appel d'offres de manière à tenir tout spécialement compte d'ATEA (cf. principe d'égalité de traitement défini à l'article 2 de ladite loi [article 18, al. 1^{er}, de ladite directive]) en ajournant l'entrée en vigueur du contrat. L'effet suspensif n'a pas été octroyé au recours, car la condition « fumus boni juris » (de même que la condition d'urgence) n'était pas remplie.

SKI a mis en concurrence, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreinte au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, un accord-cadre avec plusieurs fournisseurs visant la livraison de matériel informatique et autre pour une valeur estimée à 700 millions DKK. L'entrée en vigueur était attendue au 1^{er} janvier 2019. Avant l'échéance du 17 août 2018, SKI a reçu 12 candidatures à la présélection, dont celles d'edgemo et d'ATEA. Cette dernière avait été condamnée pour pots-de-vin le 27 juin 2018. Le 2 juillet 2018, ATEA a fourni des preuves afin de démontrer sa fiabilité. Le 13 septembre 2019, SKI a présélectionné huit candidats, dont edgemo et ATEA. La date limite pour la soumission des offres a été reportée au 23 octobre 2018 (puis, au 29 octobre 2018) « suite à différentes questions ». Le 3 octobre 2019, SKI a indiqué sur son site web que l'entrée en vigueur de l'accord-cadre serait reportée au 1^{er} mars 2019.

Tous les candidats présélectionnés ont soumis une offre. Quatre offres ont été considérées comme non conformes au cahier des charges, dont l'offre d'edgemo. Le 1^{er} février 2019, SKI a attribué le marché aux quatre soumissionnaires dont l'offre était conforme au cahier des charges. edgemo a alors saisi la commission le 13 février 2019 et invoqué que la procédure d'appel d'offres, contrairement à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE), avait été organisée en tenant indûment compte de la situation interne d'ATEA, en ce sens que la procédure d'appel d'offres avait été momentanément interrompue en attendant une décision dans l'affaire ATEA. Le report de l'entrée en vigueur au 1^{er} mars 2019 a eu un impact significatif sur l'assortiment de produits d'edgemo. Le requérant a également invoqué que les quatre offres retenues n'étaient pas conformes au cahier des charges, en ce sens qu'edgemo avait identifié des erreurs sur 1 341 positions dans les listes de produits. SKI a contesté avoir violé les règles du droit de la concurrence et déploré que le report de l'entrée en vigueur ait été communiqué, par erreur, sur

le site de SKI dès le 3 octobre, alors qu'il n'avait été annoncé que le 16 octobre 2018 sur le portail des appels d'offres Ethics (à la demande d'edgemo).

La commission a établi que le fait que SKI avait dû honorer son obligation aux termes de l'article 138, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 57, al. 6 et 7, de la directive 2014/24/UE) d'octroyer à ATEA un délai suffisant pour lui transmettre les preuves requises de sa fiabilité ne signifiait pas que l'appel d'offres avait été organisé de manière illégale de manière à tenir tout spécialement compte d'ATEA. Le jugement était connu du public et tous les opérateurs économiques devaient s'attendre à ce qu'ATEA exerce son droit à documenter sa fiabilité, avec le report des dates limites que cela implique. Par ailleurs, un report de deux mois de l'entrée en vigueur du contrat, nécessaire notamment du fait que l'ampleur de l'évaluation de la conformité des offres au cahier des charges était plus grande que prévu, était une pratique courante, notamment pour les appels d'offres aussi vastes et complexes que celui-ci. Le report n'avait pas affecté la possibilité pour edgemo d'élaborer son offre. Selon le compte rendu très détaillé de l'évaluation opérée par SKI, les quatre offres retenues étaient toutes conformes au cahier des charges, y compris en tenant compte des remarques ultérieures d'edgemo.

Ainsi, la condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif. La commission a noté que la condition d'urgence n'était pas elle non plus remplie, vu que l'offre d'edgemo n'était pas conforme au cahier des charges.

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

2.2.4 Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation

Décision intermédiaire du 8 janvier 2019, Mølbak Landinspektører A/S contre Banedanmark

L'entité adjudicatrice était en droit, durant l'évaluation des offres soumises dans le cadre de la mise en concurrence d'un accord-cadre de quatre ans, de ne pas inclure une option de reconduction de quatre années supplémentaires. Certaines exigences minimales techniques étaient légales et non discriminatoires.

La décision est décrite plus avant à la section 2.2.1 « Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres ».

Décision intermédiaire du 9 janvier 2019, Wedel Installation ApS contre Université de Copenhague

Le cahier des charges, en vertu duquel le degré de pente du modèle d'évaluation des prix serait déterminé après la réception des offres, était contraire à l'article 160, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, car il n'indiquait pas les éléments qui seraient privilégiés par l'entité adjudicatrice lors de la détermination définitive du modèle.

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'accords-cadres visant la fourniture de services d'électricien. Le requérant, un soumissionnaire évincé et fournisseur initial de l'entité adjudicatrice, a notamment fait valoir que la description figurant dans le cahier des charges concernant le modèle appliqué pour l'évaluation des prix ne répondait pas aux exigences définies à l'article 160, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la passation des marchés publics. En vertu du libellé initial de cet article, une entité adjudicatrice devait indiquer dans le dossier d'appel d'offres les critères d'attribution, décrire la méthode d'évaluation et préciser les

éléments privilégiés dans l'évaluation des offres. En vertu des motifs de cet article, l'entité adjudicatrice était donc tenue de décrire « la systématique utilisée pour évaluer les offres en vue d'identifier l'offre la plus avantageuse économiquement », et le but poursuivi en définissant une méthode d'évaluation au préalable était notamment de garantir que l'entité adjudicatrice ne disposerait pas d'une liberté inconditionnée de choix lors de l'évaluation. Selon les motifs de l'article, le but consistait en outre à garantir que les soumissionnaires disposent de la base nécessaire pour déterminer s'ils souhaitent affecter des ressources à l'élaboration d'une offre et pour optimiser leurs offres. Enfin, il ressort des motifs que le but était de garantir que les soumissionnaires aient de meilleures possibilités pour contrôler la manière dont l'entité adjudicatrice évalue les offres.

Il ressortait du cahier des charges que les prix offerts seraient évalués selon un modèle d'évaluation linéaire, dont le milieu serait calculé comme la moyenne des offres soumises et dont les extrémités seraient déterminées à partir de la moyenne « +/- [x] % ». Après avoir reçu les offres, l'entité adjudicatrice a fixé, sur la base de l'un des cinq accords-cadres mis en concurrence, cet intervalle à +/- 20 % de la moyenne.

La commission a indiqué que le degré de pente ne pouvait pas en soi être considéré comme subjectif ni inhabituel. Comme établi entre autres dans la décision de la commission du 8 août 2017, Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation contre la Région Jutland-Central (voir le rapport annuel 2017, page 26), il n'était pas en soi contraire aux dispositions initiales de l'article 160, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la passation des marchés publics que l'entité adjudicatrice n'ait pas au fixé d'avance le pourcentage de degré de pente du modèle à points linéaire. Toutefois, le cahier des charges ne précisait pas les éléments qui seraient pris en compte dans la fixation de l'intervalle de 20 % et n'indiquait pas notamment si le niveau de prix attendu et/ou la variabilité des prix effectivement reçus, par exemple, seraient pris en compte, si ceux-ci seraient corrigés de tout prix anormalement bas ou anormalement haut et si, comme cela semblait être le cas, le même degré de pente serait appliqué pour tous les cinq lots, indépendamment des différences au niveau de la variabilité des prix pour les différents lots. Il n'apparaissait pas clairement que les informations manquantes à ce sujet n'avaient pas influencé sur les réflexions des soumissionnaires en marge de leur décision de soumettre une offre ou d'optimiser leurs offres. Ainsi, la commission a établi que les exigences de l'article 160, al. 1^{er}, n'étaient pas remplies. La condition d'urgence n'étant pas jugée remplie, la commission n'a toutefois pas octroyé l'effet suspensif.

L'entité adjudicatrice a par la suite annulé la décision d'attribution, suite à quoi le requérant s'est désisté. Les dispositions de l'article 160, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la passation des marchés publics ont ensuite été modifiées, de telle sorte que toutes les parties d'un modèle d'évaluation doivent être indiquées dans le dossier d'appel d'offres. Cela vaut donc aussi pour le degré de pente des modèles à points linéaires.

Décision du 13 mars 2019, N.T. Falke A/S contre Direction générale de l'Éducation nationale et de la Qualité

Mise en concurrence, au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un accord-cadre visant la fourniture d'un service, avec le critère d'attribution « Meilleur rapport qualité-prix ». Le recours a été introduit par un soumissionnaire évincé et comprenait plusieurs points remettant en cause l'évaluation des offres par l'entité adjudicatrice. Le requérant a été débouté de sa demande sur tous les points.

La Direction générale de l'Éducation nationale et de la Qualité a mis en concurrence, au titre de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics, un accord-cadre visant la fourniture

d'une aide personnelle aux étudiants à mobilité réduite. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères suivants : 1) « Prix » (25 %), 2) « Qualité » (40 %) et 3) « Respect des délais de livraison » (35 %). Des offres ont été soumises par deux soumissionnaires, suite à quoi l'entité adjudicatrice a décidé de conclure un contrat avec l'un des soumissionnaires, lequel était son fournisseur initial du service mis en concurrence. L'autre soumissionnaire, N.T. Falke A/S, a ensuite saisi la commission et invoqué que la Direction générale n'avait pas correctement évalué les offres.

La commission a débouté le requérant de son recours sur tous les points et établi tout d'abord que la Direction générale n'avait été contrainte d'exécuter une procédure aux termes de l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE), y compris de définir des critères d'attribution et de prendre une décision d'attribution conformément à la procédure arrêtée (voir l'article 186 de ladite loi [article 74 de ladite directive] et l'article 188 [article 76]), que du fait que l'appel d'offres était lancé au titre de la section III de ladite loi (articles 74-76 de ladite directive). Toutefois, la Direction générale était tenue et contrainte de suivre la méthode d'évaluation qu'elle avait elle-même définie et publiée.

En outre, la commission a motivé comme suit sa décision :

Il n'est pas exigé que le prix et la qualité soient évalués selon le même modèle. Dès lors, il est possible d'utiliser différentes catégorisations lexicales pour le prix et les sous-critères qualitatifs, mais il doit apparaître clairement si la pondération définie est remplie, ce qui présuppose à la base une conversion des catégorisations lexicales.

L'offre du soumissionnaire retenu était moins chère et de meilleure qualité selon les deux sous-critères qualitatifs que celle de N.T. Falke. Il n'était donc pas nécessaire pour l'entité adjudicatrice de calculer la pondération relative des sous-critères, puisque le calcul de la pondération des sous-critères n'aurait eu d'importance pour l'évaluation que si un soumissionnaire avait obtenu le meilleur score sur un ou plusieurs critères, mais pas sur tous.

Vu qu'il ressortait du dossier d'appels que l'évaluation selon le sous-critère « Prix » se basait sur le prix horaire offert, la Direction générale n'avait pas été dans l'obligation de préciser la méthode d'évaluation qui serait appliquée pour le montant total de l'offre. Sur cette base, la Direction générale n'était pas tenue d'estimer la consommation attendue. De même, elle n'était pas tenue de communiquer le prix horaire du soumissionnaire retenu, cette information devant être considérée comme visée par l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration, cf. également l'article 172 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 55, al. 3, de la directive 2014/24/UE).

Il n'est pas exigé que l'entité adjudicatrice indique dans le dossier d'appel d'offres une description détaillée et exhaustive des éléments privilégiés lors de l'évaluation selon les critères qualitatifs. En vertu de la section III de la loi danoise sur la passation des marchés publics, les exigences liées à cette description sont encore moins rigoureuses. Ainsi, il est possible de mettre l'accent sur des éléments qui ne sont pas expressément indiqués dans le dossier d'appel d'offres. Cela présuppose toutefois que les sous-critères le justifient. En revanche, il est exigé que l'entité adjudicatrice indique les éléments qu'il serait, au sens normal du critère concerné, anormal de privilégier.

Une entité adjudicatrice doit rédiger un rapport d'évaluation écrit, qui montre comment elle est arrivée à la décision d'attribution. Le rapport d'évaluation doit, entre autres, pouvoir servir de preuves et de motivation dans le cadre des informations transmises par l'entité adjudicatrice aux

soumissionnaires évincés. Il n'est pas exigé que le rapport d'évaluation reproduise tous les détails de l'évaluation et l'entité adjudicatrice n'est pas tenue de fournir une motivation à l'échelle des sous-critères, à moins que le sous-critère n'ait eu une influence déterminante sur l'issue de l'évaluation.

La commission a estimé que tous les éléments évalués ou privilégiés (au positif comme au négatif) étaient indiqués dans le dossier d'appel d'offres ou pouvaient en être déduits par tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent. La Direction générale n'avait donc pas inclus, dans l'évaluation des offres, d'éléments ne relevant pas du cadre de ses vastes estimations. De même, rien ne permettait de supposer que la Direction générale avait agi de manière subjective.

Décision du 24 avril 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS contre Vores Elnet A/S

Le recours portait sur la décision prise par la compagnie d'électricité défenderesse d'annuler la décision d'attribuer au requérant un accord-cadre visant la fourniture de compteurs et sur la décision subséquente de ladite compagnie, publiée par avis de marché de gré à gré, de conclure le contrat concernant les compteurs avec son fournisseur initial.

Après l'introduction du recours, la compagnie d'électricité a annoncé qu'elle ne conclurait pas le contrat avec son fournisseur initial, qui était (toujours) le fournisseur du logiciel de commande avec lequel les compteurs du requérant allaient devoir fonctionner.

Suite notamment à une série de questions posées par la commission et à l'exigence de cette dernière de recevoir le matériel, dont la communication entre la compagnie d'électricité et son fournisseur initial, il s'est avéré toutefois que la compagnie et le fournisseur avaient conclu un accord (oral) concernant la fourniture des compteurs. Ainsi, la compagnie d'électricité avait, après l'expiration du contrat avec le fournisseur ainsi que durant le recours, réceptionné un très grand nombre de compteurs pour une valeur non négligeable.

La compagnie d'électricité a fait référence aux dispositions dérogatoires visées à l'article 50, sous e, de la directive sous les services spéciaux, lesquelles permettent d'attribuer directement les livraisons complémentaires effectuées par un fournisseur initial lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques disproportionnées. La compagnie d'électricité a fait valoir l'existence de très gros problèmes d'intégration entre les compteurs à livrer par le requérant et le logiciel de commande fourni par le fournisseur initial. La compagnie d'électricité s'est également prévalu de l'article 50, sous d, qui permet une attribution directe lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour l'entité adjudicatrice ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures et que les circonstances invoquées ne sont pas imputables à l'entité adjudicatrice.

La commission a estimé que la compagnie d'électricité n'avait pas prouvé que les conditions d'application des dispositions dérogatoires concernant les difficultés techniques étaient remplies. Les suppositions concernant les problèmes d'intégration se basaient uniquement sur les informations fournies à la compagnie par le fournisseur initial concernant le montant élevé de ses honoraires et les risques potentiels courus lorsque le fournisseur serait invité à l'assister dans le cadre de l'intégration. Les conditions d'application des dispositions dérogatoires concernant les circonstances impérieuses imprévisibles n'étaient pas remplies, elles non plus.

Sur cette base, la commission a donné gain de cause au requérant en ce qui concerne l'annulation de la décision prise par l'entité adjudicatrice d'annuler la décision d'attribution. En outre, le requérant a

obtenu gain de cause concernant la conclusion induite du contrat et l'accord conclu oralement a été déclaré dépourvu d'effets pour l'avenir. La commission a déposé plainte auprès de la police pour que la compagnie d'électricité soit condamnée à payer une amende pour la période de validité de l'accord oral (voir l'article 18, al. 3, de la loi danoise sur la commission des recours). La compagnie d'électricité, qui était une société anonyme, ne faisait pas partie de l'administration et n'a donc pas pu être condamnée à une autre sanction par la commission.

Cette affaire est la seule récemment à avoir débouché sur l'annulation d'une décision d'annuler une décision d'attribution. Le caractère subjectif de la décision (que seules justifiaient les déclarations du fournisseur initial et sa réticence à aider l'entité adjudicatrice dans le cadre de l'intégration) était toutefois d'une évidence éclatante. En outre, la décision montre, comme tant d'autres exemples, que la charge de la preuve qui pèse sur les entités adjudicatrices qui se prévalent des dispositions dérogatoires est lourde quand il s'agit de prouver que les conditions d'application desdites dispositions sont remplies.

Décision intermédiaire du 2 octobre 2019, e-Boks A/S contre Direction générale de la Numérisation

À sa réception, la commission a octroyé au recours un effet suspensif provisoire. Le recours avait été introduit par un soumissionnaire évincé et portait sur plusieurs questions, dont celle visant à déterminer si le modèle d'évaluation, dit modèle différentiel, convenait pour identifier l'offre la plus avantageuse économiquement et si la date limite fixée pour la soumission des offres était appropriée. L'effet suspensif n'a pas été octroyé au recours, car la condition de justification à première vue (« fumus boni juris ») n'était pas remplie.

Le recours portait sur une remise en concurrence, au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un contrat de développement (en ce compris la conversion), l'exploitation, la maintenance, le support et le perfectionnement du service « Digital Post ». Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base des sous-critères Prix (25 %), Qualité de la solution (35 %), Méthodes, processus et outils (25 %) et Respect des délais de livraison (15 %). Voir également la décision de la commission du 25 septembre 2019 à la section 2.2.1.

e-Boks, qui était le fournisseur initial, a contesté la décision de la Direction générale de la Numérisation d'attribuer le marché à Netcompany. e-Boks a notamment fait valoir que les délais fixés pour la soumission des offres dans le cadre de l'appel d'offres précédent étaient, à la lumière de la complexité du service mis en concurrence, trop courts, que la méthode d'évaluation ne convenait pas, car elle permettait de désigner plusieurs offres différentes comme étant les meilleures, que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges ou, à titre subsidiaire, avait bénéficié d'une évaluation trop favorable et que l'offre d'e-Boks n'avait de toute évidence pas été correctement évaluée.

Entre autres, il ressortait de la communication transmise par la Direction générale concernant la décision d'attribution qu'elle avait indiqué qu'en application de l'article 3, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la commission des recours, un délai suspensif (*standstill*) de dix jours serait d'application et qu'elle ne pourrait donc pas signer le contrat avant l'expiration dudit délai. La commission a été saisie avant l'expiration du délai suspensif et e-Boks avait en même temps demandé à ce que l'effet suspensif soit octroyé au recours.

La Direction générale avait initialement lancé une procédure ouverte, avant de passer à une procédure négociée sans publication d'un avis de marché (voir l'article 61, al. 1^{er}, point 2, et al. 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics). Le recours portait sur la décision d'attribution en application de cette procédure.

En vertu de l'article 3, al. 3, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours, les alinéas 1^{er} et 2 de l'article concernant respectivement les délais suspensifs obligatoires et non obligatoires ne sont pas d'application dans les cas, entre autres, où un marché est attribué via une procédure d'appel d'offres sans publication préalable. Tel est le cas, entre autres, pour les procédures négociées lancées en application de l'article 61, al. 1^{er}, point 2, et al. 4, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 26, al. 4, sous b, et al. 6, de la directive 2014/24/UE, cf. article 32). Par conséquent, les dispositions de l'article 12, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours concernant l'octroi automatique de l'effet suspensif aux recours introduits entre autres durant un délai suspensif en vertu de l'article 3, al. 1^{er} ou 2, de ladite loi, ne sont pas non plus d'application.

Le président de la commission des recours a toutefois décidé, sur la base des informations disponibles concernant le déroulement de l'affaire, qui montraient que la Direction générale, dans sa lettre de rejet adressée à e-Boks, avait indiqué qu'un délai suspensif était d'application en vertu de l'article 3, al. 1^{er}, de ladite loi et qu'e-Boks aurait pu s'y préparer, d'octroyer au recours un effet suspensif provisoire jusqu'à ce que la commission se soit prononcée sur la demande d'e-Boks de maintenir l'effet suspensif jusqu'au prononcé de la décision définitive de la commission. La décision a été prise en application de l'article 12, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la commission des recours.

e-Boks a fait valoir que la Direction générale avait violé l'article 57, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 27, al. 1^{er}, 2^e paragraphe, et al. 2 à 4, de la directive 2014/24/UE), l'article 93, al. 1^{er}, de ladite loi (article 47 de ladite directive) et le principe de proportionnalité en fixant un délai trop court pour la réception des offres dans le cadre de la procédure ouverte. La commission n'a pas donné gain de cause à e-Boks et a indiqué que le délai minimum en application de l'article 57 de ladite loi était de 30 jours (voir les alinéas 2 et 4 dudit article [article 27, al. 1^{er}, 2^e paragraphe, et al. 4, de la directive 2014/24/UE) et que le délai de soumission des offres fixé par la Direction générale pour la procédure ouverte était de 39 jours. Bien qu'il s'agisse d'un appel d'offres complexe accompagné d'un vaste dossier, rien ne permettait à la commission de réfuter les vues de la Direction générale en ce qui concerne la fixation du délai de soumission des offres. À cet égard, la commission a rappelé que le délai fixé était supérieur de 9 jours au délai minimum, que la Direction possédait des connaissances du marché suite à l'appel d'offres antérieur (ensuite annulé) et qu'aucun soumissionnaire potentiel autre qu'e-Boks et Netcompany ne s'était adressé.

La Direction générale avait évalué les offres selon le modèle dit différentiel qui, de manière générale, consiste à rapprocher les différences de pourcentages entre les points des offres pour le sous-critère « Prix » des différences de pourcentages entre leurs points pour leurs sous-critères qualitatifs. Le modèle était décrit dans le cahier des charges. e-Boks a fait valoir que le modèle d'évaluation ne convenait pas pour identifier l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix et que l'entreprise avait effectué des calculs qui montraient que le modèle pouvait déboucher sur des résultats contraires dans certains cas. La commission n'a pas donné gain de cause à e-Boks, car le cahier des charges contenait une description du modèle, l'évaluation avait été réalisée en conséquence et le modèle avait concrètement permis d'identifier la meilleure offre.

La commission n'a pas estimé non plus qu'il y avait lieu de donner gain de cause à e-Boks sur les autres points du recours. La condition de justification à première vue n'était donc pas remplie et la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours. e-Boks s'est ensuite désisté.

2.2.5 Marchés de fourniture d'un assortiment de produits

Décision du 15 février 2019, KONE A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)

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 composé de trois lots et visant des prestations dans le domaine des réparations et de l'entretien pour un nombre d'ascenseurs allant jusqu'à 4 500. Le marché englobait en outre l'achat de marchandises à utiliser dans le cadre des opérations d'entretien, de réparation et de modernisation. Jusqu'à 250 000 pièces différentes étaient visées par cet achat de marchandises. Cette partie du marché avait donc le caractère d'un assortiment de produits spécifique. L'autre partie avait le caractère d'un appel d'offres traditionnel visant l'achat d'un nombre limité de prestations différentes (des services, en substance) pour lesquelles la concurrence portait sur le prix, dont différents tarifs horaires. L'achat de pièce de rechange correspondait à pas moins de 10 % de la valeur estimée globale du marché, soit minimum 22 millions DKK au total.

Le recours visait à déterminer si la méthode d'évaluation appliquée par SKI convenait pour identifier les offres les plus avantageuses économiquement, en ce sens qu'aux yeux du requérant, le « prix de scénario » inclus dans l'évaluation n'était pas représentatif des achats attendus concernant l'assistance requise en cas d'alarme. Le requérant a été débouté de sa demande, car le cahier des charges comprenait des informations claires et précises concernant les achats attendus et le modèle d'évaluation avec un prix de scénario avait été fixé de manière claire et précise dans le cahier des charges. En outre, il n'y avait pas lieu d'établir que SKI avait fait preuve de considérations tendancieuses lors de la fixation des estimations des achats attendus.

Par ailleurs, le requérant contestait le fait que les clients doivent également s'engager, lors de l'achat des prestations, à acheter les pièces de rechange requises et que les offres ne comprennent pas le prix de certaines pièces de rechange. À quelques exceptions près, ces prix n'avaient donc pas été inclus dans l'évaluation et, partant, mis en concurrence. SKI avait estimé que le « modèle » le plus fidèle et le plus adéquat consistait, d'une part, à faire du prix une « exigence minimale » avec une « mesure de contrôle efficace » et, d'autre part, à garantir une mise en concurrence des pièces de rechange en organisant par la suite une procédure de mise en concurrence réduite et à inclure l'achat de certaines pièces de rechange dans le cadre de la mise en concurrence de la prestation « entretien obligatoire ».

La commission a indiqué qu'il était sans importance lors de l'évaluation des offres soumises pour l'accord-cadre de savoir s'il y aurait une certaine mise en concurrence des achats de pièces de rechange lors du lancement d'une procédure de mise en concurrence réduite par la suite (à l'avenir). De plus, la commission a indiqué que SKI n'avait pas précisé les règles ni prouvé au demeurant que les conditions pour la conclusion d'un contrat de fourniture de pièces de rechange sans appel d'offres (et, partant, sans mise en concurrence) étaient remplies en ce qui concerne les pièces de rechange contestées. En revanche, il convenait d'établir qu'un tel contrat d'achat serait soumis à l'obligation d'appel d'offres. La forme d'appel d'offres choisie entraînait l'achat effectif de pièces de rechange dans le cadre d'un accord-cadre contraignant, pour une valeur globale non négligeable sans mise en concurrence de cet achat. De telles pièces de rechange se démarquaient largement des services évalués et rien ne permettait de supposer que le prix des services reflétait le prix des pièces de rechange. Les conditions du marché mis en concurrence concernant la livraison des pièces de rechange au « prix du marché » et selon une « clause de faveur » entraînaient non pas une mise en concurrence effective, mais uniquement une régularisation indirecte en définissant un cadre pour les prix définitifs des fournisseurs pour les pièces de rechange, en ce sens qu'il appartenait, dans les limites dudit cadre, aux fournisseurs de fixer les prix pendant la durée du contrat. SKI ne faisait pas référence à des catégories de produits dans le dossier d'appel d'offres, de telle sorte qu'une telle référence aurait clairement

permis aux soumissionnaires potentiels d'identifier dans les catégories concernées les produits qui seraient concrètement visés par l'accord-cadre, comme le requiert l'article 45, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la passation des marchés publics. SKI n'avait pas non plus effectué l'évaluation sur la base d'un échantillon représentatif de produits comparables de l'assortiment des soumissionnaires (voir l'article 45, al. 2, de ladite loi). Dans ces circonstances, la commission a estimé que l'évaluation ne pouvait pas, de manière générale, être considérée comme représentative des achats attendus dans le cadre de l'accord-cadre. L'exigence fondamentale de mise en concurrence dans une situation comme celle en présence, définie dans les règles du droit de la concurrence, n'était pas contraire à un principe de proportionnalité. À cet égard, la commission a rappelé la règle moins rigoureuse arrêtée à l'article 45 de ladite loi concernant les marchés de fourniture d'assortiments de produits, que SKI avait eu la possibilité d'appliquer.

Le requérant avait conclu à l'absence d'effets. En référence au fait que l'achat des pièces de rechange n'était pas indiqué dans l'avis de marché, ne pouvait pas en être déduit et ne pouvait pas être considéré comme implicitement indiqué dans ledit avis, la commission a estimé que les marchés attribués relevaient de l'article 17, al. 1^{er}, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours pour ce qui concerne la partie portant sur l'achat des pièces de rechange, exception faite des pièces de rechange liées aux entretiens obligatoires. L'article 17, al. 3, de ladite loi, lequel permet de ne pas considérer un marché comme étant dépourvu d'effets, n'a pas été jugée applicable. Dès lors, le requérant a obtenu gain de cause concernant l'absence d'effets pour les parties des accords portant sur les pièces de rechange, exception faite des pièces de rechange liées aux entretiens obligatoires, à compter du 1^{er} avril 2019 (inclus). SKI ne relevant pas de l'article 19, al. 1^{er}, de ladite loi, la commission a déposé plainte auprès de la police, en application de l'article 18, al. 3, de ladite loi, au lieu de lui infliger une autre sanction. Sur la base d'une motivation concrète, la commission a donné gain de cause au requérant pour l'annulation de la décision d'attribution en ce qui concerne le reste de l'appel d'offres.

Le recours a été traité par deux membres de la présidence et deux experts (cf. article 10, al. 4, de la loi sur la commission des recours [*klagenævnsloven*], en vertu de laquelle le président de la commission peut exceptionnellement décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et d'experts devant participer à la procédure).

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

Décision du 4 janvier 2019, Apcoa Parking Danmark A/S contre Région Capitale

Effet suspensif provisoire octroyé au recours.

Le recours portait sur la mise en concurrence de services de stationnement au titre de la directive sur l'attribution de contrats de concession. Le requérant était un soumissionnaire évincé. Dans les documents de concession et la lettre d'attribution, les autorités régionales avaient indiqué qu'un délai suspensif (*standstill*) habituel serait d'application, et le recours a été introduit durant ce délai. Toutefois, en vertu de l'article 3 de la loi danoise sur la commission des recours, aucun délai suspensif n'est d'application pour les appels d'offres visant l'attribution d'un contrat de concession et les règles en la matière n'ont pas non plus été rendues applicables conformément au décret portant transposition. En référence aux modifications de la directive sur les procédures de recours concernant la mise en place d'un tel délai suspensif, apportées par les dispositions finales de la directive sur l'attribution des contrats de concession, la commission a décidé, en application de l'article 12, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la commission des recours, quelques jours seulement après la réception du

recours, d'attribuer un effet suspensif provisoire à ce dernier, de manière à pouvoir déterminer (dans le délai habituel de 30 jours) si les conditions habituelles pour (le maintien de) l'effet suspensif étaient remplies. Dans sa décision intermédiaire du 1^{er} février 2019, la commission a décidé ne pas attribuer un effet suspensif au recours du fait que la condition de justification à première vue (« *fumus boni juris* ») n'était pas remplie. Le recours a été réglé définitivement par la décision du 14 juin 2019, décrit ci-avant à la section 2.2.1 « Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres ».

Décision du 5 avril 2019, Dansk Erhverv contre Municipalités de Holstebro, Lemvig et Struer

Aucun délai n'était d'application pour le recours intenté contre un appel d'offres annulé, suite à quoi les municipalités avaient repris la charge des prestations. La décision d'annulation n'était pas tendancieuse. Le fait que les informations sur l'ampleur de l'appel d'offres aient été délibérément fixées à un niveau trop bas dans le dossier d'appel d'offres constituait une infraction à la législation.

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres ouverte lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et visant l'exploitation, etc. d'un dépôt de matériel d'aide dans les trois communes susmentionnées. Après avoir reçu les offres, les autorités municipales ont choisi d'annuler l'appel d'offres au motif que les coûts d'exploitation seraient supérieurs aux coûts initiaux. Les autorités municipales ont fini par reprendre la charge des prestations et établi à la place un groupement de communes, aujourd'hui chargé de l'exploitation du dépôt.

Les autorités municipales avaient dans un premier temps conclu au rejet du recours, invoquant principalement que le délai de recours arrêté à l'article 7, al. 2, point 1, de la loi danoise sur la commission des recours avait été dépassé. Toutefois, elles n'ont pas obtenu gain de cause. En vertu dudit article, la commission des recours doit être saisie dans un délai de 45 jours calendaires après la publication par l'entité adjudicatrice d'un avis de marché au Journal Officiel de l'Union européenne indiquant que le marché a été attribué. Le délai est calculé à partir du jour suivant le jour de publication de l'avis. Après avoir examiné le libellé de l'article, les travaux préparatoires et la législation européenne sous-jacente, la commission a établi qu'en l'espèce (où aucune décision d'attribution n'avait été prise), aucun délai de recours n'était d'application. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que l'avis d'annulation de l'appel d'offres publié par les autorités municipales au Journal Officiel de l'Union européenne, soit intitulé « Avis d'attribution de marché ».

Dansk Erhverv, qui, à titre d'organisation interprofessionnelle, avait qualité pour agir du requérant, a notamment fait valoir que la décision d'annulation était tendancieuse, en ce sens qu'il serait largement moins cher d'accepter l'offre la plus basse que de reprendre la charge des prestations, et que les autorités municipales de Holstebro notamment faisaient preuve d'une réticence tendancieuse à l'égard du soumissionnaire le moins cher. En outre, il a été invoqué que la motivation était contraire au principe de coopération loyale du droit des obligations, en ce sens que les autorités municipales avaient en réalité décidé d'avance de s'attribuer la charge des prestations. Enfin, il a été invoqué que les estimations de consommation figurant dans le dossier d'appel d'offres, contrairement au principe d'égalité de traitement, avaient été délibérément fixées à un niveau trop bas et que le modèle d'évaluation des prix appliqué pour ces estimations ne permettait pas de contribuer à désigner l'offre la plus avantageuse économiquement.

Conformément à sa jurisprudence, la commission a indiqué que, sauf indication contraire dans le cahier des charges ou circonstances contraires, un pouvoir adjudicateur était a priori en droit d'annuler l'appel d'offres, de telle sorte qu'aucune offre soumise n'était acceptée. Néanmoins, une annulation ne peut avoir pas des finalités contraires au principe d'égalité de traitement défini dans les règles du

droit de la concurrence ou susceptibles d'être jugées tendancieuses. La charge de la preuve de telles considérations tendancieuses pèse sur le requérant. La commission a établi que les motifs économiques invoqués par les autorités municipales n'étaient pas tendancieux et que la décision ne reposait pas sur une base insuffisante. À cet égard, la commission a indiqué que la décision d'annulation d'un appel d'offres présente un autre caractère que les évaluations opérées par une entité adjudicatrice en vue de prendre une décision d'attribution et que l'entité adjudicatrice n'est pas, dans sa décision d'annuler un appel d'offres, tenue de ne mettre l'accent que sur le contenu des offres soumises. Par ailleurs, il n'était pas prouvé que les autorités avaient agi sur la base de considérations tendancieuses, ni que l'appel d'offres n'avait pas été organisé de bonne foi.

En revanche, la commission a établi, après avoir examiné les chiffres et calculs produits ainsi que les informations disponibles durant la procédure de recours, que les estimations de consommation figurant dans le cahier des charges étaient si basses qu'il était impossible que les chiffres indiqués fassent l'objet d'une estimation raisonnable. En outre, il convenait d'établir que cela avait été opéré délibérément afin de ne pas décevoir la future partie contractuelle. Dès lors, le requérant a obtenu gain de cause s'agissant des estimations, qui étaient si basses qu'elles étaient contraires au principe d'égalité de traitement, en ce sens qu'elles auraient pu dissuader des soumissionnaires potentiels de soumettre une offre. Le modèle d'évaluation n'ayant pas servi à identifier le soumissionnaire retenu (uniquement à annuler l'appel d'offres), le requérant n'a pas obtenu gain de cause concernant l'inadéquation du modèle d'évaluation des prix.

Décision du 7 juin 2019, Pankas A/S contre Municipalité de Haderslev

Le requérant a obtenu l'indemnisation de son intérêt positif matériel.

Dans sa décision du 30 août 2018, la commission a établi que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges et que l'entité adjudicatrice avait donc agi de manière fautive vis-à-vis du requérant, un soumissionnaire évincé. Dans le cadre de l'action en réparation, les autorités municipales ont notamment fait valoir que si le cahier des charges devait être entendu tel que l'avait établi la commission dans sa décision au fond, l'offre du requérant était elle aussi non conforme au cahier des charges. Toutefois, sur la base d'une motivation détaillée, la commission n'a pas donné gain de cause aux autorités municipales. L'offre du requérant était dès lors l'offre conforme la plus basse qui ait été soumise dans le cadre de l'appel d'offres dont le critère d'attribution était le plus bas prix. Les autorités municipales n'avaient pas établi qu'elles auraient annulé l'appel d'offres, en ce sens qu'elles ont uniquement fait valoir qu'elles n'étaient pas tenues d'accepter l'offre du requérant. Ainsi, la commission a établi que le requérant avait droit à une indemnisation de son intérêt positif matériel. Le requérant avait conclu à la somme de 1,6 millions DKK environ, mais ne s'est vu octroyer que 600 000 DKK, le montant de l'indemnisation devant être fixé forfaitairement.

Décision du 25 juin 2019, Justesen Energiteknik A/S contre SK Varme A/S

Le requérant a obtenu l'indemnisation de son intérêt positif matériel.

Dans sa décision du 13 novembre 2018, la commission a établi que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges. L'entité adjudicatrice était donc tenue d'indemniser le requérant, un soumissionnaire évincé. L'offre du requérant était alors la seule offre conforme au cahier des charges. La commission a établi que l'entité adjudicatrice n'avait pas prouvé qu'elle aurait annulé l'appel d'offres et remis les prestations en concurrence pour garantir la concurrence. À cet égard, la commission a notamment souligné qu'il s'agissait d'une remise en concurrence, que l'offre du requérant avait été jugée presque aussi bonne que l'offre retenue et qu'entre les deux appels d'offres,

l'une des trois entreprises initialement soumissionnaires avait fait faillite. Dès lors, la commission a établi que le requérant était en droit de percevoir une indemnisation de son intérêt positif matériel. Le requérant avait conclu à la somme de 7,6 millions DKK, mais la commission a forfaitairement fixé le montant à 1 million DKK.

Décisions du 19 juillet 2019 et 4 septembre 2019 concernant l'effet suspensif et décision du 11 octobre 2019, Kinnarps A/S contre Région Capitale

Mise en concurrence réduite par système d'acquisition dynamique. Décision concernant l'effet suspensif provisoire et décision concernant le maintien de l'effet suspensif, de telle sorte que l'entité adjudicatrice ne pouvait pas recevoir de livraisons conformément aux contrats conclus ni prendre de quelconques mesures en vue de la mise en œuvre des contrats. Dans sa décision au fond, la commission a constaté que l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE), l'article 40, al. 4, de ladite loi (article 42, al. 2, de ladite directive) et l'article 42 de ladite loi (article 42, al. 4 de ladite directive) (proportionnalité, fabrication, marques, etc.) avaient été violés. Les marchés n'ont pas été déclarés dépourvus d'effets (voir l'article 17, al. 3, de la loi danoise sur la commission des recours), mais une sanction alternative a été imposée.

Décision du 19 juillet 2019

Les autorités de la Région Capitale ont établi en 2018 deux systèmes d'acquisition dynamiques au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics en vue de l'acquisition de « dispositifs d'éclairage pour bureaux, cantines, salles d'attente, salles de réunion et autres » et de « mobilier ordinaire pour bureaux, cantines, salles d'attente, salles de réunion et certains meubles destinés aux patients, tels que du mobilier de repos ». En juin 2019, les autorités régionales ont lancé trois procédures d'appel d'offres réduites via les systèmes d'acquisition dynamiques concernant des lampes (procédure réduite 1) et des meubles (procédures réduites 2 et 3) destinés au nouveau bâtiment « Nordfløjen » de l'Hôpital universitaire de Copenhague. Le 1^{er} juillet 2019, les autorités régionales ont décidé d'attribuer le marché à Holmrís B8 A/S pour les trois procédures réduites. Les autorités régionales avaient précisé qu'après l'attribution, un délai suspensif serait d'application pendant qu'elles se procuraient les documents nécessaires. Dans leurs décisions d'attribution, elles avaient indiqué que les délais suspensifs expireraient le 11 juillet 2019 à 23h59. Le 9 juillet 2019, Kinnarps ApS a saisi la commission en lui demandant d'octroyer l'effet suspensif à son recours.

Dans un premier temps, la commission a donné aux autorités régionales un délai pour se prononcer sur la question de l'effet suspensif et ce délai a été, sur demande, prolongé jusqu'à la semaine 32 en 2019. Toutefois, sur la base du délai et après avoir examiné les informations disponibles en l'espèce, la commission a estimé que des raisons particulières justifiaient qu'un effet suspensif provisoire soit octroyé au recours jusqu'à ce qu'elle ait déterminé s'il convenait de maintenir l'effet suspensif jusqu'au prononcé de sa décision définitive. La commission a ainsi décidé d'octroyer un effet suspensif provisoire au recours. Dans sa décision, la commission a tout d'abord rappelé que les parties, à la lumière des informations indiquées concernant le délai suspensif dans le cahier des charges et des communications transmises concernant l'attribution des marchés, étaient jugées devoir s'attendre à ce que l'introduction d'un recours avant l'expiration du délai suspensif indiqué entraînerait l'octroi automatique de l'effet suspensif au recours jusqu'à ce que la commission ait déterminé s'il convenait de maintenir l'effet suspensif pendant toute la durée du recours. En outre, la commission a indiqué que la condition d'urgence n'empêchait pas d'octroyer l'effet suspensif, en ce sens que Kinnarps n'avait pas eu la possibilité, pour les raisons décrites dans le recours (cf. ci-dessous), de soumettre une offre dans le cadre des procédures réduites. La condition de justification à première vue (« *fumus boni juris* ») était également remplie. Le recours portait sur une série d'exigences minimales et souhaits

spécifiques (concernant les spécifications techniques, le design et la garantie produit de 5-10 ans) liés aux lampes, aux bureaux sur pieds et aux bureaux suspendus ainsi que sur des délais que Kinnarps ne pouvait pas respecter. Les marchés visés par les procédures réduites 1, 2 et 3 ont été attribués à Holmrís qui, selon les informations disponibles, était le fournisseur initial des autorités régionales. Sur cette base, la commission a estimé qu'il incombait aux autorités régionales de prouver que les exigences très spécifiques qui devaient être remplies dans des délais très brefs étaient légales, y compris proportionnelles. La commission a estimé qu'avant qu'elle ne puisse établir si la charge de la preuve avait été satisfaite, des échanges de mémoires supplémentaires étaient indispensables pour clarifier les vues des parties ainsi que les informations techniques et autres en l'espèce. Ainsi, rien que sur cette base provisoire, la charge de la preuve n'était déjà pas satisfaite. Du fait que les parties devaient s'attendre à ce qu'un recours introduit durant un délai suspensif se verrait octroyer un effet suspensif provisoire, la condition de mise en balance des intérêts était elle aussi remplie.

La décision d'octroi de l'effet suspensif provisoire empêchait les autorités régionales de signer un contrat avant que la commission n'ait décidé du maintien éventuel de l'effet suspensif pendant toute la durée du recours.

Décision du 4 septembre 2019

Dans sa décision du 19 juillet 2019, la commission a indiqué qu'elle s'efforcerait de se prononcer sur le maintien éventuel de l'effet suspensif au plus tard le 21 août 2019, laquelle échéance a ensuite été reportée au 5 septembre 2019. Le 3 septembre 2019 à 18h28, les autorités régionales ont toutefois annoncé qu'elles avaient déjà conclu un contrat avec Holmrís le 14 août 2019 concernant les trois marchés visés par le recours, de manière à ce que les meubles et les lampes puissent être livrés dans les délais indiqués dans les appels d'offres réduits. Les autorités régionales ont indiqué que les délais indiqués correspondaient à la finition et à la mise en service du bâtiment « Nordfløjen » de l'Hôpital universitaire de Copenhague et que la question de l'effet suspensif n'était plus d'actualité. L'avocat des autorités régionales a par la suite (le 19 septembre 2019) indiqué que suite à une erreur administrative dans son cabinet, ni les autorités régionales ni lui n'avaient reçu la communication relative à la décision de la commission du 19 juillet 2019 concernant l'effet suspensif provisoire avant que Kinnarps ne leur envoie un courrier électronique le 4 septembre 2019. Le 4 septembre 2019 à 10h53, Kinnarps a indiqué, en réponse au courrier électronique des autorités régionales du 3 septembre 2019, qu'elle s'attendait à ce que la commission des recours prenne sans attendre les mesures nécessaires pour empêcher les autorités régionales de réaliser, contrairement à la décision de la commission du 19 juillet 2019 sur l'effet suspensif, les acquisitions prévues. Parallèlement, Kinnarps a conclu à ce que les marchés attribués soient immédiatement déclarés dépourvus d'effets en application de l'article 16, point 2, de la loi danoise sur la commission des recours. Kinnarps a indiqué qu'il était toujours nécessaire que la commission se prononce sur le maintien de l'effet suspensif. Dans un second temps, Kinnarps a demandé à ce qu'il soit précisé dans la décision de maintien de l'effet suspensif qu'aucune autre livraison ne pouvait avoir lieu dans le cadre des contrats conclus, car il était envisageable que les contrats (pour peu que l'entreprise obtienne gain de cause) seraient déclarés dépourvus d'effets pour toute livraison future en application de l'article 17, al. 1, point 2, de la loi danoise sur la commission des recours. Par ailleurs, Kinnarps a conclu à la condamnation des autorités régionales à une sanction économique en application de l'article 19 de ladite loi. La commission a décidé *le même jour* de maintenir l'effet suspensif octroyé au recours. Dans sa motivation, elle indiquait que les autorités régionales avaient conclu un contrat le 14 août 2019, c.-à-d. à une date à laquelle le recours s'était vu octroyé un effet suspensif provisoire et les autorités régionales n'étaient donc pas autorisées à conclure un tel contrat. La date de livraison pour les trois procédures réduites était fixée au 1^{er} octobre 2019. Sur cette base, et pour les autres motifs indiqués dans sa décision du 19 juillet 2019 sur l'effet suspensif provisoire, la commission a décidé de maintenir

l'effet suspensif pendant toute la durée du recours (voir l'article 12, al. 1^{er}, de la loi danoise sur la commission des recours). La décision de maintien de l'effet suspensif impliquait expressément que les autorités régionales ne pouvaient pas réceptionner de livraisons au titre des contrats conclus et qu'elles ne pouvaient pas prendre de quelconques mesures en vue de la mise en œuvre des contrats.

Décision au fond du 11 octobre 2019

De l'automne 2018 au mois de juin 2019, les autorités régionales ont lancé quatre séries de procédures réduites visant l'acquisition identique de meubles et de lampes, mais toutes ces procédures avaient été annulées pour différentes raisons liées au contenu du dossier d'appel d'offres. La série de procédures visée par le recours a été lancée le 4 juin 2019. Le dossier d'appel d'offres contenait un échéancier. Le délai pour les questions des soumissionnaires était fixé au 12 juin, la date de réponse au 14 juin, la date limite pour la soumission des offres le 17 juin et le délai pour la livraison des échantillons de meubles et de lampes au 19 juin 2019. Le 13 juin 2019, Kinnarps a indiqué aux autorités régionales qu'elle n'était pas en mesure de soumettre une offre concurrentielle et conforme au cahier des charges, car les spécifications techniques étaient définies de telle sorte qu'elles pouvaient uniquement être satisfaites par des produits d'une marque ou d'un design spécifiques, à savoir les produits acquis initialement par les autorités régionales. En outre, le délai pour la livraison des échantillons de meubles était si court que seul le fournisseur initial pourrait le respecter.

Tout d'abord, la commission a souligné que Holmrís, qui, selon les informations disponibles, faisait partie des fournisseurs initiaux des autorités régionales, était le seul soumissionnaire à avoir soumis une offre dans le cadre de la procédure réduite 1, que deux entreprises, Holmrís et EFG Bondo A/S, avaient soumis une offre dans le cadre des procédures réduites 2 et 3 et que tous les marchés avaient été attribués à Holmrís. Il ressortait du rapport d'évaluation pour les procédures réduites 2 et 3 que les offres des deux soumissionnaires avaient été évaluées de la même manière selon le sous-critère « Qualité et design » (50 %), en ce sens que les mêmes produits avaient été offerts. L'évaluation déterminante fut donc celle selon le sous-critère « Prix » (50 %). En outre, les confirmations de commande présentées par les autorités régionales à la commission concernant les procédures réduites 2 et 3 indiquaient que des meubles de rangement Montana, des bureaux à réglage en hauteur Montana ainsi que des bureaux suspendus à réglage en hauteur HiLow Wall 1 et 2 avaient été commandés.

S'agissant de l'acquisition des *lampes*, le recours cherchait à établir si les autorités régionales avaient agi contrairement à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE) et à l'article 40, al. 4, de ladite loi (article 42, al. 2, de ladite directive), en vertu desquels les spécifications techniques doivent donner aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation de marché et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. La question était en outre de savoir si les autorités régionales avaient agi contrairement à l'article 42 de ladite loi (article 42, al. 4, de ladite directive) concernant l'interdiction pour les spécifications de faire référence à une fabrication, une marque ou autre élément spécifique. La commission a souligné que cette procédure réduite portait sur l'acquisition de lampes pour mobilier ordinaire destinées au bâtiment « Nordfløjen » de l'Hôpital universitaire de Copenhague. S'agissant des exigences minimales et souhaits détaillés pour l'acquisition des lampes, pour lesquelles les autorités régionales avaient inclus dans le dossier d'appel d'offres une « liste d'inspiration » spécifiant les lampes et suspensions Flos, la commission a estimé que les souhaits et exigences définis avaient permis de limiter la concurrence dans le cadre de la procédure réduite. Dans ces circonstances concrètes, il incombait aux autorités régionales de prouver qu'il existait des raisons objectives et proportionnelles à l'origine de ces dispositions du dossier d'appel d'offres (voir les motifs de l'article 40 de la loi danoise sur la passation

des marchés publics [article 42, al. 1^{er} et 2, de la directive 2014/24/UE]). La charge de la preuve à cet égard n'avait pas été satisfaite. Par ailleurs, la commission a estimé que les autorités régionales n'avaient pas prouvé qu'il existait des circonstances spéciales telles qu'il avait été nécessaire de faire référence aux lampes Flos pour obtenir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché (voir l'article 42, al. 2, de ladite loi [article 42, al. 4, de ladite directive]).

S'agissant de l'acquisition des *meubles*, la commission a estimé, pour ce qui est des exigences minimales et souhaits détaillés pour l'acquisition de « meubles ordinaires » tels que des bureaux et des meubles de rangement, qu'à la lumière des dispositions du cahier des charges exigeant une garantie de longue durée pour les meubles et le court délai imparti pour la soumission des offres et des échantillons, les exigences et souhaits définis avaient permis, en combinaison avec les délais fixés, de limiter la concurrence dans le cadre des procédures réduites. Dans ces circonstances concrètes, il incombait aux autorités régionales de prouver qu'il existait des raisons particulières à l'origine de ces dispositions du dossier d'appel d'offres et que les exigences étaient proportionnelles. La commission a estimé que les autorités régionales n'avaient pas prouvé que l'exigence de proportionnalité était remplie. Les réflexions concernant les besoins des autorités régionales, sur lesquelles elles se fondaient pour justifier les exigences contestées, ne prouvaient pas qu'il avait été nécessaire de définir des exigences aussi précises, notamment en ce qui concerne le matériau d'âme des meubles ; des exigences qu'il convenait de comparer aux autres exigences liées à la garantie de longue durée des produits. Dès lors, dans les circonstances concrètes, les exigences devaient être considérées comme disproportionnées (voir l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics [article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE]).

S'agissant de l'*absence d'effets*, la commission a estimé que les acquisitions visées par la procédure réduite 3 faisaient partie de l'acquisition générale de meubles et lampes, dont la valeur était supérieure au seuil fixé pour les procédures d'appel d'offres et qui, par conséquent, avaient été mis en concurrence conformément aux règles de la loi danoise sur la passation des marchés publics concernant les systèmes d'acquisition dynamiques en vue d'octroyer des marchés d'acquisition spécifiques en vertu de ces dispositions. Les autorités régionales avaient incontestablement conclu trois marchés durant une période où, en application de la décision de la commission, un effet suspensif avait été octroyé au recours (voir l'article 12 de la loi danoise sur la commission des recours). Les marchés visés par la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics pouvaient donc être déclarés dépourvus d'effets (voir l'article 16, point 2, de ladite loi). Étant donné que les autorités régionales avaient en même temps violé la loi danoise sur la passation des marchés publics de manière telle que les chances pour Kinnarps de se voir attribuer les marchés avaient été compromises (en ce sens que les violations avaient empêché l'entreprise de soumettre une offre), l'article 17, al. 1^{er}, point 2, 2^e partie, de la loi danoise sur la commission des recours exigeait que les marchés attribués soient déclarés dépourvus d'effets.

Cependant, en application des dispositions spéciales de l'article 17, al. 3, de la loi danoise sur la commission des recours, la commission a décidé de ne pas déclarer les marchés dépourvus d'effets. À cet égard, la commission a rappelé que les procédures réduites portaient sur l'acquisition de bureaux, de meubles de rangement et de lampes destinés à la nouvelle section « Nordfløjen » de l'Hôpital universitaire de Copenhague, laquelle devait recevoir plus de 200 lits, un grand nombre de salles d'opération, un service de soins intensifs et plusieurs autres fonctions apparentées. Il était prévu que les meubles soient livrés entre le 1^{er} et le 15 octobre 2019, et les premiers patients étaient attendus dans « Nordfløjen » à partir de janvier 2020. Très tôt, Kinnarps avait attiré l'attention des autorités régionales sur les problèmes à la base du recours. Au total, les autorités régionales avaient lancé cinq séries de procédures réduites depuis octobre 2018 concernant les mêmes acquisitions. Quatre de ces séries avaient été annulées par les autorités régionales en référence à des irrégularités et des erreurs

commises dans le dossier d'appels d'offres et au fait que les appels d'offres avaient été lancés sous le mauvais système d'acquisition dynamique. Enfin, la commission a rappelé les motifs de l'article 17, al. 3, de la loi danoise sur la commission des recours (projet de loi n° 110, Parlement danois 2009-10). Certaines considérations économiques invoquées par les autorités régionales ne pouvaient pas être prises en compte dans l'évaluation aux termes de l'article 17, al. 3, de ladite loi. En revanche, il existait un intérêt supérieur à éviter les conséquences qu'une absence d'effets aurait pour les patients. Des raisons impérieuses d'intérêt général exigeaient donc que les effets des marchés soient maintenus. Cette décision de la commission est la première qui soit liée à l'application de l'article 17, al. 3, de la loi danoise sur la commission des recours. La commission a informé la Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation et la Commission européenne de sa décision (voir l'article 17, al. 4, de ladite loi). La commission a imposé une sanction alternative de 460 000 DKK. En référence notamment au déroulement spécial de l'affaire et à son issue ainsi qu'à l'ampleur de l'assistance juridique requise (notamment dans le cadre des questions sur l'effet suspensif), la commission a condamné les autorités régionales à verser à Kinnarps 70 000 DKK à titre de dépens.

Décision intermédiaire du 4 octobre 2019, VITRONIC – Dr.- Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH contre Sund & Bælt Holding A/S

Procédure restreinte lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics et visant un système de reconnaissance automatique des plaques minéralogiques. Une fois la décision d'attribution prise, l'entité adjudicatrice a publié un avis de marché de gré à gré au Journal Officiel de l'Union européenne, indiquant qu'elle envisageait de conclure le contrat avec le soumissionnaire retenu après y avoir apporté des modifications spécifiques par rapport aux informations figurant dans l'appel d'offres. Durant le délai suspensif suivant la publication de l'avis de marché de gré à gré, un autre soumissionnaire a saisi la commission des recours en contestant les modifications envisagées et fait valoir qu'elles présupposaient une remise en concurrence. Dans sa décision intermédiaire, la commission a octroyé l'effet suspensif au recours. Sund & Bælt Holding A/S a annulé la décision d'attribution et le requérant s'est désisté.

Les règles relatives à la modification des marchés soumis à l'obligation d'appel d'offres ultérieurement à la procédure d'appel d'offres ne s'appliquaient pas à cette situation où il était question de conclure le contrat initial sur la base d'un appel d'offres dont le contenu avait été modifié. En revanche, la question essentielle, pour déterminer si de telles modifications pouvaient être autorisées, était de savoir si elles portaient sur des éléments fondamentaux, c.-à-d. si elles avaient pu influencer sur la participation d'opérateurs potentiels à l'appel d'offres ou fausser la concurrence. Du fait qu'elles portaient sur des éléments fondamentaux, ces modifications n'étaient pas autorisées et exigeaient donc une remise en concurrence du marché.

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 visant un accord-cadre sur un système de reconnaissance automatique des plaques minéralogiques sur les véhicules étrangers en vue du recouvrement des péages routiers. L'appel d'offres portait sur un système à livrer dans l'immédiat, dit « Deliverable A », et un autre système à livrer à la demande de Sund & Bælt, dit « Deliverable B ». Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix.

Des offres ont été soumises par des soumissionnaires présélectionnés et le 17 juin 2019, Sund & Bælt a décidé d'attribuer le marché à l'un des soumissionnaires. Parallèlement, Sund & Bælt a rejeté l'offre d'un autre soumissionnaire, VITRONIC, comme étant non conforme au cahier des charges. Ce rejet a fait l'objet d'un autre recours auprès de la commission.

Le 18 juin 2019, la Cour de Justice de l'Union européenne s'est prononcée dans l'affaire C-591/17, République d'Autriche contre République fédérale d'Allemagne, concernant les péages routiers dus par les véhicules étrangers en Allemagne. À cette occasion, Sund & Bælt a publié en août 2019, en application de l'article 4 de la loi danoise sur la commission des recours, un avis de marché de gré à gré au Journal Officiel de l'Union européenne indiquant qu'elle envisageait de modifier le contrat à conclure avec le soumissionnaire sélectionné par rapport aux informations figurant dans l'appel d'offres. L'avis de marché de gré à gré contenait une description des modifications, y compris que certaines livraisons liées au « Deliverable A » seraient reportées.

VITRONIC a introduit un nouveau recours auprès de la commission durant le délai suspensif au titre de l'avis de marché de gré à gré. Le requérant invoquait que Sund & Bælt avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE) en attribuant un marché au soumissionnaire retenu avec le contenu décrit dans l'avis de marché de gré à gré, en ce sens qu'il s'agissait d'une modification d'un élément fondamental, ce qui exigeait une nouvelle procédure de passation de marché.

S'agissant des conditions requises pour l'octroi de l'effet suspensif, la commission a indiqué pour ce qui est de la condition de justification à première vue (« *fumus boni juris* ») que la modification ne relevait pas des principes définis pour autoriser la modification des marchés, etc. aux articles 178-184 de ladite loi (article 72, al. 1^{er}, 1^{er} paragraphe, sous a-d, al. 1^{er}, et 2^e paragraphe, et al. 3-5 de ladite directive) vu que ces dispositions visaient le cas spécifique où la question était de savoir si l'entité adjudicatrice était tenue d'organiser une nouvelle procédure de passation de marché et, en conséquence, de résilier tout ou partie d'un marché existant. La commission a estimé qu'il n'était pas possible d'élargir l'application des règles à un cas comme celui en présence, où le recours avait été introduit durant le délai suspensif, avant la conclusion du contrat.

Ainsi, l'essentiel était de savoir si la modification avait le caractère d'une modification d'un élément fondamental, contrairement aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 2 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 18, al. 1^{er}, de la directive 2014/24/UE), en ce sens qu'une entité adjudicatrice, comme indiqué dans les motifs dudit article, ne pouvaient apporter des modifications substantielles au dossier d'appel d'offres pendant que la procédure était en cours. De telles modifications requièrent l'organisation d'une nouvelle procédure de passation de marché.

En référence à l'article 24, point 37, de la loi danoise sur la passation des marchés publics, qui définit plus précisément ce qui est entendu par une modification d'un élément fondamental, et aux travaux préparatoires dudit article, la commission a indiqué qu'il avait été décidé, lors de la modification, de reporter pour une durée indéterminée une partie de la livraison que le fournisseur était censé, en vertu du cahier des charges, livrer immédiatement après la conclusion de l'accord-cadre (portails physiques pour péages périodiques), de telle sorte que cette partie de la livraison ne serait effectuée que lorsque Sund & Bælt en ferait la commande. Le délai de livraison pour une partie non négligeable du « Deliverable A » a ainsi été prolongé. Cette modification, si elle avait été apportée durant l'appel d'offres, aurait permis à des soumissionnaires potentiels d'envisager s'ils souhaitaient participer à l'appel d'offres dans la mesure où ils n'avaient pas la possibilité de fournir cette partie de la livraison dans les délais impartis. En outre, il convenait de supposer que la modification aurait pu influencer sur l'élaboration des offres.

Il incombait à Sund & Bælt de prouver qu'en dépit des informations ci-avant, il ne s'agissait pas d'une modification d'un élément fondamental et la charge de la preuve n'a pas été satisfaite.

Par ailleurs, la commission a jugé qu'il était envisageable que certaines demandes d'annulation de la décision d'attribution etc. seraient admises. À cet égard, elle a rappelé que Sund & Bælt ne pouvait pas apporter la modification concernée sans organiser une nouvelle procédure de passation de marché et que l'attribution correspondait dès lors à une attribution directe. L'attribution correspondant en réalité à une attribution directe du marché, la commission a également estimé que la condition d'*urgence* était remplie pour l'octroi de l'effet suspensif. Enfin, la commission a estimé que la condition de *mise en balance des intérêts* était également remplie pour l'octroi de l'effet suspensif.

Sund & Bælt a par la suite annulé la décision d'attribution et le requérant s'est désisté. La décision intermédiaire est donc devenue la décision définitive de la commission.

Décision intermédiaire du 2 décembre 2019, Remondis A/S contre Silkeborg Genbrug og Affald A/S

La première condition pour l'octroi de l'effet suspensif (« fumus boni juris ») était remplie. La deuxième condition (urgence) n'empêche pas l'octroi de l'effet suspensif en cas de recours concernant une attribution directe illégale et dépourvue d'effets. La troisième condition (mise en balance des intérêts) n'était pas remplie, en ce sens que le requérant avait lui-même résilié un contrat en cours avec l'entité adjudicatrice concernant les prestations et que des raisons d'intérêt général essentielles exigeaient qu'il soit garanti que la collecte de déchets continuerait d'être assurée dans la commune après l'expiration du contrat résilié. Pas d'effet suspensif.

Le recours portait sur l'attribution d'un contrat de collecte de déchets dans la commune de Silkeborg. Suite à une procédure d'appel d'offres lancée en 2016, la société Silkeborg Genbrug og Affald A/S (« SGA ») a conclu un contrat en janvier 2017 avec Remondis visant la collecte de déchets pour une période de six ans. Le 27 février 2019, Remondis a résilié le contrat sur un préavis de dix mois. Les parties étaient en désaccord quant au bien-fondé de la résiliation. Le 30 avril 2019, SGA a remis le marché en concurrence, mais annulé l'appel d'offres pour des raisons techniques liées à la procédure. En juin 2019, SGA a lancé une nouvelle procédure d'appel d'offres ouverte, en prévoyant de nouveau l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2020, c.-à-d. environ six mois après le lancement de l'appel d'offres. Le 5 août 2019, SGA a décidé d'attribuer le marché à HCS A/S Transport & Spedition. Le 13 septembre 2019, la commission a rendu une décision intermédiaire suite à un recours introduit par Remondis. La commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'annuler la décision d'attribution, mais n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours. Le 30 septembre 2019, SGA a annulé la décision d'attribution et l'appel d'offres. Le 27 septembre 2019, SGA a conclu un contrat avec HCS sans publication d'un avis de marché de gré à gré (voir l'article 4 de la loi danoise sur la commission des recours). Le 25 octobre 2019, Remondis a introduit un recours concernant l'attribution directe et demandé à ce que l'effet suspensif soit octroyé. Le requérant concluait à ce que le marché soit déclaré dépourvu d'effets.

Le recours cherchait à déterminer si SGA avait attribué le marché légalement en application de l'article 80, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 32, al. 2, de la directive 2014/24/UE), en vertu duquel une entité adjudicatrice peut recourir à la procédure négociée sans publication préalable dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour l'entité adjudicatrice ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation. Dans sa décision concernant l'effet suspensif, la commission a rappelé l'article 32, al. 2, et le considérant 80 de la directive 2014/24/UE ainsi que les motifs généraux et spéciaux de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Il en ressort notamment que la proposition de loi doit être interprétée conformément à la directive européenne. La directive (de même que les motifs de l'article 80, al. 5 de la loi danoise

[article 32, al. 2, de la directive]) indique à titre d'exemple d'application des dispositions dérogatoires que les catastrophes naturelles requièrent une action immédiate. En outre, il ressort des motifs de la loi danoise que la condition selon laquelle l'entité adjudicatrice n'a pas pu prévoir l'urgence impérieuse invoquée doit être entendue de telle manière que l'entité adjudicatrice ne doit pas avoir pu prévoir ladite urgence. Il incombait dès lors à SGA de prouver que le marché conclu avec HCS pouvait légalement être conclu sans mise en concurrence. Après avoir concrètement évalué les circonstances, la commission a estimé que la charge de la preuve n'était pas satisfaite. La commission a noté que SGA avait eu suffisamment de temps pour lancer une procédure d'appel d'offres. La première condition pour l'octroi de l'effet suspensif (« *fumus boni juris* ») était donc remplie. S'agissant de la deuxième condition (*urgence*), la commission a noté que cette condition ne l'empêchait pas d'octroyer l'effet suspensif lorsque le recours portait sur une attribution directe illégale et dépourvue d'effets.

S'agissant de la troisième condition (*mise en balance des intérêts*), la commission a noté que l'évaluation devait tenir compte du fait que Remondis s'était vu attribuer, suite à l'appel d'offres de 2016/2017, un marché de six ans visant la collecte de déchets à Silkeborg. Le contrat a ainsi été conclu en janvier 2017, mais résilié par Remondis en février 2019 (expiration au 31 décembre 2019). Il convenait en outre de tenir compte du fait que SGA était responsable de toute la collection de déchets dans la commune de Silkeborg. Dès lors, des raisons d'intérêt général essentielles exigeaient qu'il soit garanti que la collecte de déchets continuerait d'être assurée dans la commune après l'expiration du contrat résilié fin 2019. Une mise en balance des intérêts contradictoires des parties sur cette base a permis de conclure que l'intérêt de Remondis à obtenir l'effet suspensif n'était pas supérieur à l'intérêt de SGA à ce que l'effet suspensif ne soit pas octroyé. La condition de mise en balance des intérêts n'était donc pas remplie et la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours.

Décision intermédiaire du 20 décembre 2019, Smith & Nephew A/S contre Région Jutland du Nord, Région Jutland-Central et Région Sjælland

*Les autorités des Régions Jutland du Nord, Jutland-Central et Sjælland ont publié un avis de marché de gré à gré au Journal Officiel de l'Union européenne indiquant qu'elles envisageaient, sans lancer de procédure d'appel d'offres, de conclure un contrat avec un fournisseur spécifique concernant la livraison de matériel médical au motif que ledit matériel ne pouvait être livré que par le fournisseur en question et que l'absence de concurrence était donc due à des raisons techniques (voir l'article 80, al. 3, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics [article 32, al. 2, de la directive 2014/24/UE]). Durant le délai suspensif (*standstill*) faisant suite à la publication de l'avis de marché de gré à gré, une entreprise a introduit un recours concernant la conclusion dudit contrat sans mise en concurrence. La décision portait sur l'octroi de l'effet suspensif au recours. Les autorités régionales ont annulé la décision d'attribution et le requérant s'est désisté.*

Les autorités régionales ont publié ensemble un avis de marché de gré à gré au Journal Officiel de l'Union européenne concernant une procédure négociée sans publication préalable en application de l'article 80, al. 3, point 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 32, al. 2, de la directive 2014/24/UE). L'avis indiquait que les autorités régionales avaient l'intention de conclure un accord-cadre d'une valeur estimée à 40 millions DKK avec une entreprise spécifique en vue de la livraison de matériel NPWT (*Negative Pressure Wound Therapy*).

Dans l'avis de marché de gré à gré, les autorités régionales motivaient leur décision par le fait qu'elles estimaient, après avoir réalisé une étude de marché, qu'il n'existait qu'un seul fournisseur capable de répondre à leur besoin global et que le marché, pour des raisons techniques, serait attribué à ce fournisseur. En résumé, un groupe d'experts professionnels, composé de représentants des trois régions, avait estimé qu'il existait, suite au lien entre les produits, des nécessités globales différentes

afin de garantir un traitement optimal et efficace. L'avis de marché de gré à gré énumérait ces nécessités sous la forme d'une description des différentes caractéristiques des produits.

Durant le délai suspensif faisant suite à la publication de l'avis de marché de gré à gré, Smith & Nephew a introduit un recours concernant la conclusion du contrat par les autorités régionales sans mise en concurrence, car les conditions requises à cette fin n'étaient pas remplies.

S'agissant de la condition de justification à première vue (« *fumus boni juris* »), la commission a indiqué qu'il incombait aux autorités régionales de prouver que les conditions d'attribution directe du marché étaient remplies. Néanmoins, les autorités régionales n'avaient rien fait valoir qui indiquerait que ces conditions étaient remplies et n'avaient pas indiqué les motifs justifiant la décision qu'elles avaient prise de ne pas subdiviser le marché en lots (voir l'article 49, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics [article 46, al. 1, 2^e paragraphe, de la directive 2014/24/UE]). Les autorités régionales n'avaient pas non plus présenté l'analyse de marché mentionnée dans l'avis de marché de gré à gré. À cet égard, la commission a rappelé que la société Smith & Nephew avait indiqué qu'elle faisait partie des trois plus grands fournisseurs mondiaux de produits NPWT et qu'elle n'avait contribué à aucune analyse de marché préalable.

Sur la base des informations provisoirement disponibles, la commission a estimé qu'il n'était pas prouvé qu'un traitement NPWT optimal et efficace ne pourrait pas être assuré en utilisant d'autres produits susceptibles, de manière semblable et comme une solution alternative ou de remplacement raisonnable, de répondre aux exigences techniques et fonctionnelles. De même, la commission a estimé qu'il n'était pas prouvé que le marché ne pouvait pas être subdivisé en lots (voir l'article 49, al. 2, de la loi danoise sur la passation des marchés publics [article 46, al. 1, 2^e paragraphe, de la directive 2014/24/UE]).

Dès lors, vu qu'il était envisageable que le requérant obtiendrait gain de cause et que les conclusions d'annulation seraient admises, la condition « *fumus boni juris* » était remplie.

La condition d'urgence était remplie dans une autre affaire comme celle en présence, où il était question d'une attribution directe de marché.

Après avoir mis en balance les intérêts contradictoires des parties, la commission a estimé que l'intérêt de Smith & Nephew à obtenir l'effet suspensif était, dans les circonstances en présence, supérieur à l'intérêt des autorités régionales.

Dès lors, la commission a octroyé l'effet suspensif au recours. Les autorités régionales ont alors annulé la décision d'attribution et le requérant s'est désisté. La décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive 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. 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 et 2018.

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

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

En vertu de l'article 37, al. 1^{er}, 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^{er}, 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 et 2018, 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. Pour peu que le pouvoir adjudicateur n'ait pas traité l'affaire sous-jacente comme une affaire liée à la passation de marchés publics, la commission peut évaluer concrètement si elle est compétente pour connaître de cette affaire.

Décision rendue par la commission des recours le 9 juillet 2019 (réf. 19/04040). La Direction générale de l'Administration pénitentiaire avait rejeté la demande d'accès de G4S Security Services A/S aux sommes contractuelles liées à une série de marchés conclus entre des établissements publics relevant de l'Administration pénitentiaire et la société SIKOM Danmark A/S. G4S a saisi la commission des recours. L'Administration pénitentiaire a toutefois fait valoir que la commission n'était pas compétente pour connaître du recours et que celui-ci devait, à la place, être introduit auprès du ministère de la Justice. À cet égard, l'Administration pénitentiaire a rappelé qu'il s'agissait d'une demande d'accès à des contrats qui n'avaient pas été mis en concurrence. Aucun recours n'avait été introduit auprès de la commission concernant la conclusion des différents contrats. Dans sa décision, la commission a noté qu'en vertu de l'article 1^{er}, al. 2, point 3, de la loi danoise sur la commission des recours, elle peut connaître des recours portant sur une violation de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux (*tilbudsløven*), laquelle régit notamment à la base les appels d'offres des autorités publiques visant l'exécution ou la projection et l'exécution de travaux de construction et l'attribution des marchés (voir l'article 1^{er}, al. 1^{er} et 2, de ladite loi). Les contrats contestés

avaient la forme de contrats de construction conclus en référence aux « Conditions générales pour les travaux et livraisons dans le domaine de la construction et des installations techniques » (accord sectoriel standard danois dit « AB92 »). L'Administration pénitentiaire ou la prison ou maison d'arrêt concernée figurait dans tous les contrats à titre de « maître d'ouvrage ». Sur la base des informations provisoirement disponibles, la commission a donc estimé que les contrats avaient un caractère tel qu'elle pouvait a priori être naturellement considérée comme compétente pour connaître des affaires sous-jacentes jusqu'à l'attribution des marchés. La commission s'est alors prononcée sur le droit d'accès.

En revanche, la commission ne peut pas connaître des décisions prises en matière de droit d'accès concernant des appels d'offres lancés au titre de l'article 112, al. 3, de la loi danoise sur les prestations de services (*serviceloven*), qui ne relèvent pas des règles de droit en matière de passation de marchés publics.

Décision rendue par la commission des recours le 11 novembre 2019 (réf. 19/06472). Les autorités municipales de Vejle ont rejeté la demande d'accès de la société Kristine Hardam A/S aux prix partiels liés à un appel d'offres visant des produits de soin des stomies au titre de l'article 112, al. 3, de la loi danoise sur les services sociaux (*den sociale servicelov*). Le requérant a été débouté de son recours, en ce sens que la commission ne pouvait pas être considérée comme compétente en vertu de l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration. À cet égard, la commission a indiqué que l'appel d'offres chiffrées ne pouvait pas être considéré comme relevant des règles de droit en matière de passation de marchés publics, car les autorités municipales n'entendaient pas, par ledit appel d'offres chiffrées, conclure un contrat synallagmatique (voir l'article 6 de la loi danoise sur la passation des marchés publics (article 4, sous a-c, et article 13, de la directive 2014/24/UE), cf. article 24, point 24, de ladite loi (article 2, al. 5, de ladite directive). La commission a notamment souligné que l'appel d'offres avait uniquement eu lieu en vue de déterminer le montant d'aides à octroyer en application de l'article 112, al. 3, dernier point, de la loi danoise sur les prestations de services, que les autorités municipales n'entendaient pas procéder à une acquisition au titre de l'appel d'offres chiffrées, qu'il appartenait exclusivement aux citoyens d'acquérir le produit de soin souhaité, que les citoyens seraient les propriétaires des produits concernés et que les autorités municipales ne seraient pas dispensées, via l'appel d'offres chiffrées, des obligations qui, sans cela, leur incombaient. Ce résultat ne saurait être remis en cause par le jugement prononcé par le Tribunal de Roskilde le 1^{er} décembre 2017 dans le cadre d'une affaire liée à une autre appel d'offres chiffrées où le même requérant a obtenu gain de cause quant à la nécessité d'organiser une procédure de passation de marché public, car le Tribunal avait estimé qu'il convenait d'établir dans l'affaire en question qu'il s'agissait en réalité d'un contrat de fourniture relevant de l'article 112, al. 2, de la loi danoise sur les prestations de services et pas d'un appel d'offres chiffrées au sens de l'alinéa 3. S'agissant du jugement qui a abouti à un autre résultat que la décision de la commission du 10 janvier 2017, référence est faite au rappel annuel 2017 de la commission, page 44.

De même, la commission ne peut pas connaître des décisions prises en matière de droit d'accès si la législation liée à la procédure au fond établit une autre voie de recours spéciale qui exclut tout recours auprès de la commission concernant l'affaire sous-jacente :

Décision rendue par la commission des recours le 21 mars 2019 (réf. 19/01265). Le recours portait sur le rejet partiel par la Direction générale de l'Énergie d'une demande d'accès à une « procédure d'appel d'offres » concernant des tarifs de rachat neutres sur le plan technologique

conformément à la loi danoise sur la promotion de l'énergie renouvelable. Il ressortait du dossier d'appel d'offres que l'appel d'offres ne relevait pas de la loi danoise sur la passation des marchés publics ni d'aucune directive en la matière, mais qu'il était exécuté sur la base des principes de droit généraux de l'Union européenne concernant entre autres l'égalité de traitement, la transparence, la proportionnalité et l'interdiction de discrimination sur la base de la nationalité. En outre, il ressortait qu'il s'agissait d'un appel d'offres concernant l'attribution d'une aide publique, opérée par la conclusion d'un contrat avec le soumissionnaire retenu. L'appel d'offres se fondait sur la loi danoise sur la promotion de l'énergie renouvelable. En vertu de l'article 1^{er}, al. 2, point 2, de la loi danoise sur la commission des recours, la commission peut notamment connaître des recours concernant des violations du droit européen dans le cadre de la passation de marchés publics, et la commission a indiqué que l'appel d'offres devait, de par son contenu, être considéré a priori comme relevant de ces dispositions. Néanmoins, vu qu'il était expressément indiqué dans la loi danoise sur la promotion de l'énergie renouvelable que seule la commission des recours en matière d'énergie pouvait connaître des décisions rendues au titre de cette loi, la commission des recours en matière de marchés publics n'était pas compétente pour connaître des recours portant sur ce type d'appel d'offres ni, partant, des rejets de demandes de droit d'accès. La commission a donc débouté le requérant de son recours.

3.3 Documents internes de l'entité adjudicatrice

Comme indiqué dans le rappel annuel 2017, 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^{er}, 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. Dans les appels d'offres lancés conjointement par plusieurs autorités, comme c'est le cas par exemple pour les appels d'offres fondés sur la coopération, on peut parfois en arriver à douter si les documents échangés au sein du groupe chargé de l'appel d'offres ont été échangés au sein d'une autorité ad hoc conçue à cet effet et donc en interne ou s'ils ont été échangés entre des représentants de plusieurs autorités collaboratrices. À cet égard, il convient de décider si la coopération a un caractère d'autorité autonome. Quant à savoir à partir de quel moment on peut parler d'une autorité autonome, les observations particulières concernant les dispositions de l'article 23 de la loi sur la transparence de l'administration (projet de loi L 144 du 7 février 2013) indiquent entre autres qu'il convient notamment de « *se baser sur une évaluation, d'un point de vue organisationnel, de la relation entre les entités concernées. À cet égard, on pourra entre autres chercher à savoir si les tâches de l'entité administrative en question sont clairement délimitées par rapport à celles d'autres entités administratives, si l'entité assume des tâches vastes et indépendantes, si elle est soumise à l'autorité d'autres entités, s'il existe des voies de recours auprès d'une autre entité et si l'entité rend ses décisions en son nom propre ; de même, on pourra chercher à connaître le degré d'autonomie dont l'entité est investie, cf. chapitre 16, point 2.2 (pages 519 et suivante) et point 6.1.4 (pages 576 et suivantes), du rapport* ».

Décision rendue par la commission des recours le 18 octobre 2019 (réf. 19/06486). Le recours portait sur le droit d'accès aux notes et aux points attribués par une tribune de contrôle dans le cadre de l'appel d'offres lancé par FMI et visant des chaussures de travail et de sécurité [voir la décision de la commission du 31 janvier 2020 (LeBock Fodtøj ApS contre FMI)]. FMI avait rejeté la demande d'accès en rappelant qu'il s'agissait de documents de travail internes qui ne relevaient pas du droit d'accès (voir l'article 23, al. 1^{er}, point 1, de la loi danoise sur la transparence de l'administration). La commission a établi que la tribune de contrôle n'avait pas le caractère d'une autorité autonome. À cet égard, la commission a souligné que les participants représentaient différentes autorités du groupe de la Défense nationale, que les autorités

assuraient des tâches différentes et que chaque membre du groupe était soumis à l'autorité de son autorité respective. Ainsi, vu que la tribune de contrôle n'était pas une autorité autonome et que les notes avaient été échangées entre les participants de différentes autorités, celles-ci n'étaient pas des documents internes et leur accès ne pouvait donc pas être refusé au titre des dispositions mentionnées.

3.4 Refus d'accès à des secrets commerciaux confidentiels

Comme indiqué dans les rapports annuels 2016-2018, 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 25 février 2019 (réf. 19/00762). Le recours portait sur le rejet, en application de l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration, d'une demande d'accès à l'offre ayant remporté l'appel d'offres lancé par l'Institut national d'Évaluation (*Danmarks Evalueringsinstitut*) et visant des services de relecture et révision linguistiques. La commission a établi que les informations sur les noms des employés qui composaient concrètement l'équipe offerte par l'entreprise, les informations sur l'expérience professionnelle et le niveau de formation desdits employés et les noms des employés de réserve offerts ne concernaient pas les capacités professionnelles générales de l'entreprise, mais uniquement les capacités professionnelles offertes. Dès lors, ces informations ne pouvaient pas être considérées comme des secrets professionnels en application de l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration. Les informations concernant les notes d'examen de l'un desdits employés devaient néanmoins être considérées comme des informations privées et leur accès a donc été refusé au titre de l'article 30, point 1, de ladite loi. Par ailleurs, il n'y avait pas lieu non plus de considérer des informations sur les délais de livraison, notamment, comme des secrets professionnels dont l'accès peut être refusé au titre de l'article 30, point 2, de ladite loi.

3.5 Autres informations sur des offres concrètes

Il n'est pas rare que des entreprises demandent que soient rejetées les demandes d'accès aux parties de l'évaluation opérée par l'entité adjudicatrice qui contiennent des remarques plus ou moins critiques vis-à-vis de leur offre. Même s'il peut être fâcheux qu'une telle critique soit publiée, il ne s'agit pas néanmoins, selon la jurisprudence de la commission, d'informations concernant des secrets professionnels dont l'accès peut être refusé au titre de l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration.

Décision rendue par la commission des recours le 10 avril 2019 (réf. 19/02861). Le recours portait sur le rejet d'une demande introduite par un journaliste d'*Ekstra Bladet* qui souhaitait accéder à une série de documents liés à l'affaire de la commission opposant Leo Nielsen Trading ApS et Glock Ges.m.b.H. à FMI (voir décision du 15 mars 2019 décrite au point 2.2.1 « Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres ». FMI a indiqué que les informations visées par la demande d'accès n'étaient

pas essentielles pour la sécurité et ne compromettaient pas les intérêts patrimoniaux de l'État. Par conséquent, le recours visait uniquement à déterminer si l'accès aux informations pouvait être refusé au titre de l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration. Les informations auxquelles l'entreprise concernée souhaitait interdire l'accès étaient les commentaires du FMI concernant la satisfaction des exigences. Il ne s'agissait donc pas de descriptions concrètes de produits ou de procédures. Dès lors, il n'était pas question de secrets professionnels dont l'accès pouvait être refusé au titre desdites dispositions.

3.6. Informations sur les recours traités par la commission

Comme indiqué dans le rapport annuel 2017, les informations concernant l'introduction d'un recours et les moyens invoqués par les parties n'ont pas le caractère d'informations commerciales confidentielles dont l'accès peut être refusé au titre des dispositions de l'article 30, point 2, de la loi danoise sur la transparence de l'administration. De manière générale, l'accès à de telles informations ne peut pas non plus être refusé au titre de l'article 33, point 3, de ladite loi concernant les intérêts patrimoniaux de l'État.

Décision rendue par la commission des recours le 8 novembre 2019 (réf. 19/07457). Le recours portait sur le refus d'une demande d'accès aux mémoires produits dans une affaire pendante, Simonsen & Weel A/S contre Région Jutland du Nord et Région Danemark Sud (voir la décision de renvoi de la commission du 16 janvier 2020). Le rejet des autorités régionales se fondait uniquement sur l'intérêt pour la conduite des affaires de l'État (voir l'article 33, point 3, de la loi danoise sur la transparence de l'administration). À cet égard, les autorités régionales ont notamment fait valoir que l'accès aux mémoires pourrait entraîner le risque que les soumissionnaires se montrent à l'avenir plus critiques vis-à-vis des dossiers d'appel d'offres des autorités régionales ou ne souhaitent pas du tout négocier avec ces dernières. La commission a établi qu'il s'agissait uniquement d'un risque général et qu'il n'y avait pas de raisons suffisantes pour supposer qu'il existait un risque réel et plausible tel que l'accès aux informations puisse être refusé au titre desdites dispositions. À cet égard, la commission a également souligné qu'il était connu que toutes procédures d'appel d'offres relevant de la compétence de la commission présentaient le risque que celle-ci soit saisie des décisions prises par les entités adjudicatrices, qu'en vertu de la jurisprudence de la commission, les conclusions et les moyens invoqués par les parties étaient reproduits en détail dans les décisions de la commission et que ces décisions étaient publiées (voir l'article 11 du décret sur la commission des recours). Sur cette base, la commission a indiqué que l'introduction d'un recours à l'encontre d'une entité adjudicatrice et les circonstances concrètes du litige ne pouvaient pas, de manière générale, être considérées comme constituant un risque pouvant justifier que l'accès aux informations soit refusé au titre de l'article 33, point 3, de la loi danoise sur la transparence de l'administration.

S'agissant de la jurisprudence de la commission en général concernant les dispositions de l'article 33, point 3, de la loi danoise sur la transparence de l'administration, référence est faite au rappel annuel 2017.

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

Le présent chapitre présente plusieurs jugements définitifs prononcés en 2019 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 2019 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 11 juillet 2019 (UfR 2019.3829), Esbjerg Maritime Service ApS contre Den Kommunale Selvstyrehavn Esbjerg Havn (voir la décision de la commission du 10 mars 2015 [rapport annuel 2015, page 21]).

Le recours portait sur un appel d'offres concernant l'attribution d'une concession visant la fourniture d'eau aux navires etc. dans le port d'Esbjerg. Esbjerg Maritime Service ApS, qui détenait la concession depuis 2010, était l'un des deux soumissionnaires, mais ne s'est pas vu attribuer le marché. La société a introduit un recours et conclu à une indemnisation au motif que l'entité adjudicatrice avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence du droit européen ainsi que les principes généraux du droit administratif.

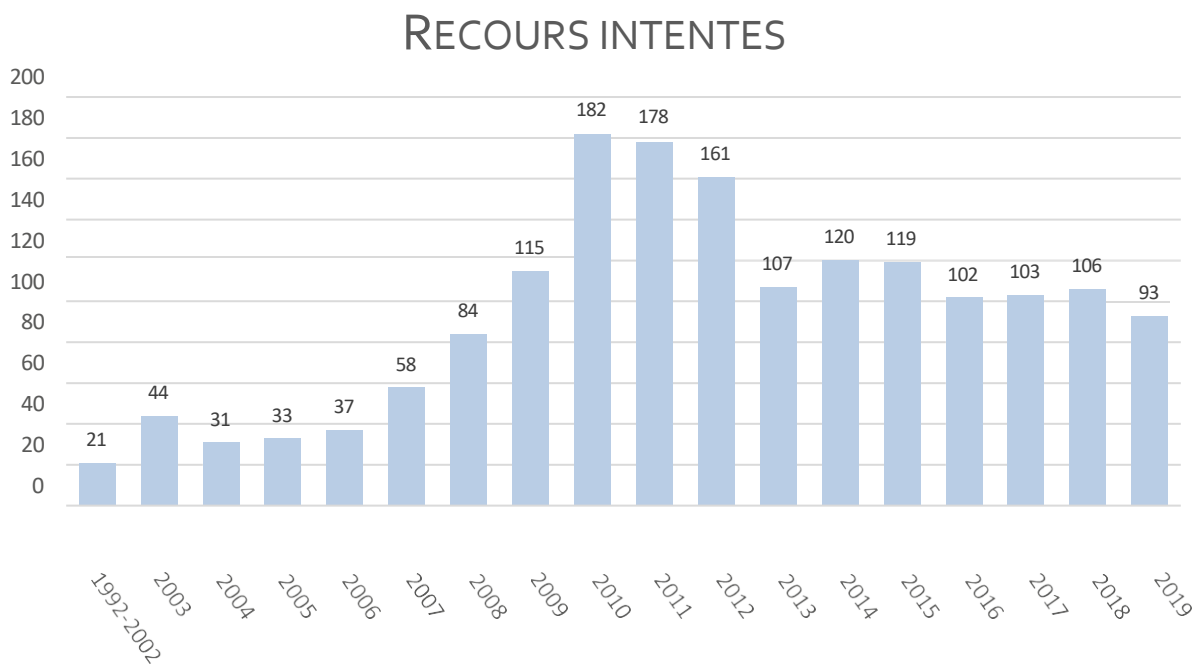
Tout comme la commission qui avait été saisie le 9 janvier 2015, le Tribunal en est arrivé à la conclusion que le contrat de concession ne présentait pas un intérêt transfrontalier certain. Les principes du droit européen n'étaient donc pas d'application et vu qu'il n'était pas prouvé qu'elle avait violé les principes du droit administratif, l'entité adjudicatrice n'a pas été condamnée à verser une indemnité.

5. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2019

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 2019, 93 recours ont été intentés devant la commission. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de recours intentés de 1992 à 2019.



Le nombre de recours intentés en 2019 était légèrement inférieur aux chiffres de 2015-2018. Ainsi, le nombre de recours reste largement inférieur aux chiffres de 2010-2012.

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

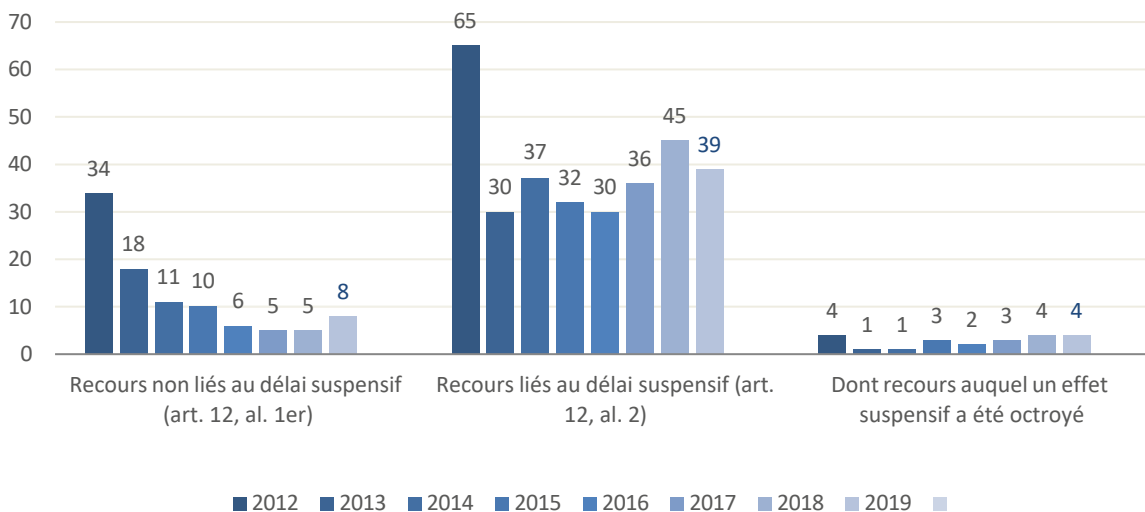
supplémentaire en 2019 peut être attribuée au fait que le nombre de recours intentés au cours des premiers mois de l'année était largement inférieur à la normale. Cette différence a été compensée au cours de l'année, si bien que seule une moindre chute a été enregistrée globalement pour l'année.

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 2019 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^{er}, de la loi sur la commission des recours, ainsi que dans 39 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 2019, un effet suspensif a été octroyé à quatre recours (voir la section 1.4 ci-dessus et la description des décisions au chapitre 2). Dans certains cas, la commission se prononce sur l'octroi de l'effet suspensif sous la forme d'un courrier et pas d'une décision en bonne et due forme. De telles décisions sous forme de courrier sont également incluses dans le calcul.

Le graphique ci-après montre le nombre de décisions rendues concernant des recours intentés durant le délai suspensif et d'autres recours visant l'attribution d'un effet suspensif entre 2012 et 2019.

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

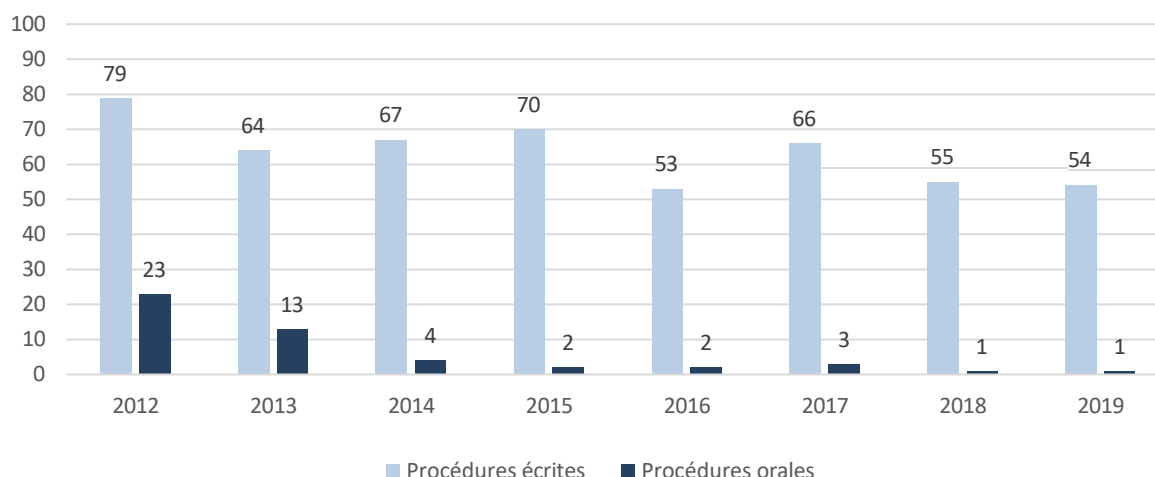
l'attribution d'un effet suspensif font que la commission doit, dans un très grand nombre de recours, rendre deux décisions : d'une part, une décision concernant l'effet suspensif et, d'autre part, une décision au fond concernant les violations alléguées. À cela s'ajoutent une décision d'indemnisation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

5.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours

Sur les 46 recours dans le cadre desquels la commission a rendu une décision au fond en 2019 (voir section 5.4), 45 recours ont fait l'objet d'une procédure écrite tandis qu'un seul recours a fait l'objet d'une procédure orale.

Le graphique ci-dessous montre le nombre de procédures écrites et orales organisées par la commission des recours entre 2012 et 2019.

PROCÉDURES ÉCRITES ET ORALES ORGANISÉES PAR LA COMMISSION DES RECOURS



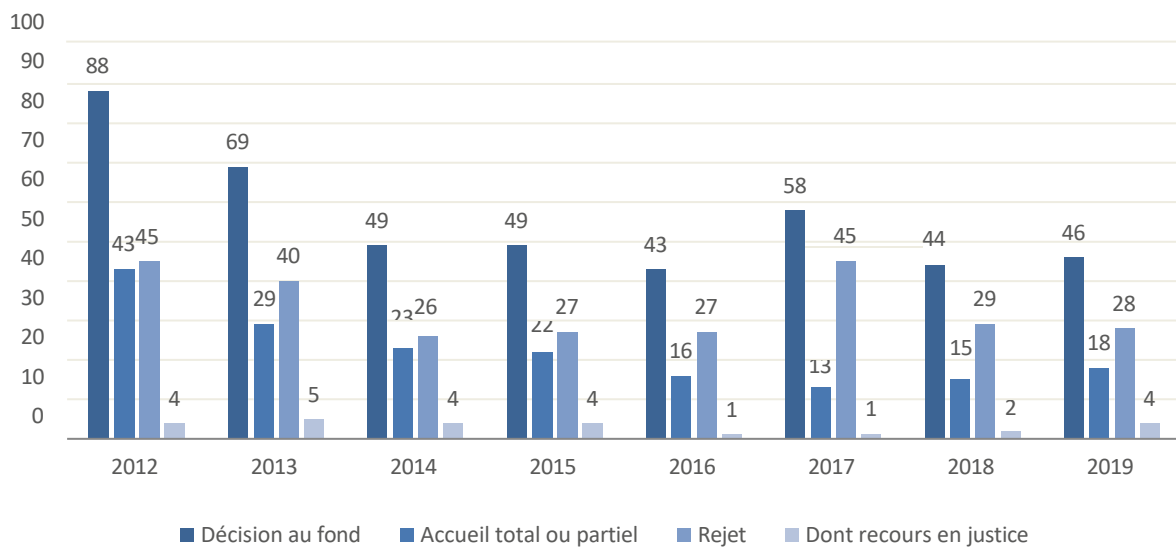
Remarque ! Les chiffres reproduits comprennent également les recours rejetés.

La répartition du nombre de procédures écrites par rapport au nombre de procédures orales en 2019 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^{er}, 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^{er}, 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 2019, la commission a statué au fond sur 46 recours. Dix-huit requérants ont obtenu entièrement ou partiellement gain de cause, tandis que les 28 restants ont été déboutés de leur demande. Dans la grande majorité des cas, les décisions de la commission constituent les décisions définitives rendues dans les affaires en question. Sur les 46 décisions, seules quatre d'entre elles ont fait l'objet d'un recours devant les juridictions. Le nombre de décisions ayant fait l'objet d'un recours en justice est légèrement supérieur par rapport aux années précédentes, mais au même niveau que pour la période 2013-2015.

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 2019 s'élevait à 39 % et était donc supérieur au pourcentage de 2018, mais légèrement inférieur au pourcentage moyen pour les années 2011-2018 (qui était de 40,5 %).

Les calculs illustrés dans le graphique et le tableau ci-dessous ne comprennent pas les « décisions fumus » passées en force de décisions définitives. En 2019, la commission a rendu 32 « décisions fumus ». Dans onze d'entre elles, la commission a estimé que la condition « fumus boni juris » était remplie. Dans la majorité des affaires, l'entité adjudicatrice a alors annulé l'appel d'offres ou sa décision d'attribution/présélection, après quoi le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire est ainsi devenue la décision définitive de la commission.

Dans les 21 « décisions fumus » restantes, la commission a estimé que la condition « fumus boni juris » n'était pas remplie, suite à quoi, dans sept recours, le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire est alors devenue la décision définitive de la commission.

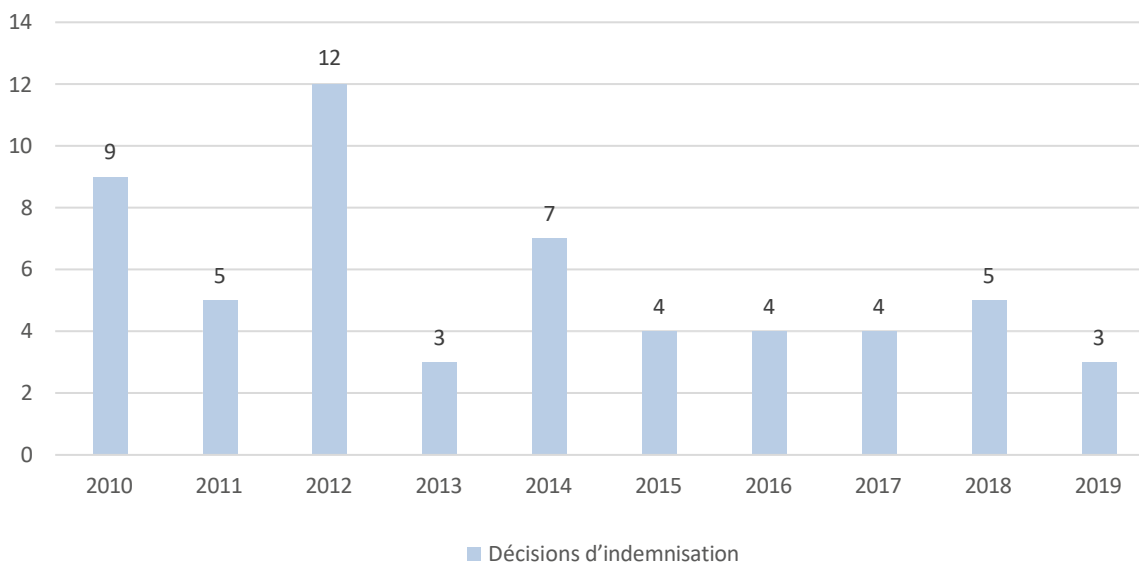
Année	Accueil total ou partiel	Rejet
2011	44 %	56 %
2012	49 %	51 %
2013	42 %	58 %
2014	47 %	53 %
2015	45 %	55 %
2016	37 %	63 %
2017	26 %	74 %
2018	34 %	66 %
2019	39 %	61 %

5.5 Décisions d'indemnisation prononcées

En 2019, la commission des recours a rendu trois décisions d'indemnisation.

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

DECISIONS D'INDEMNISATION PRONONCEES



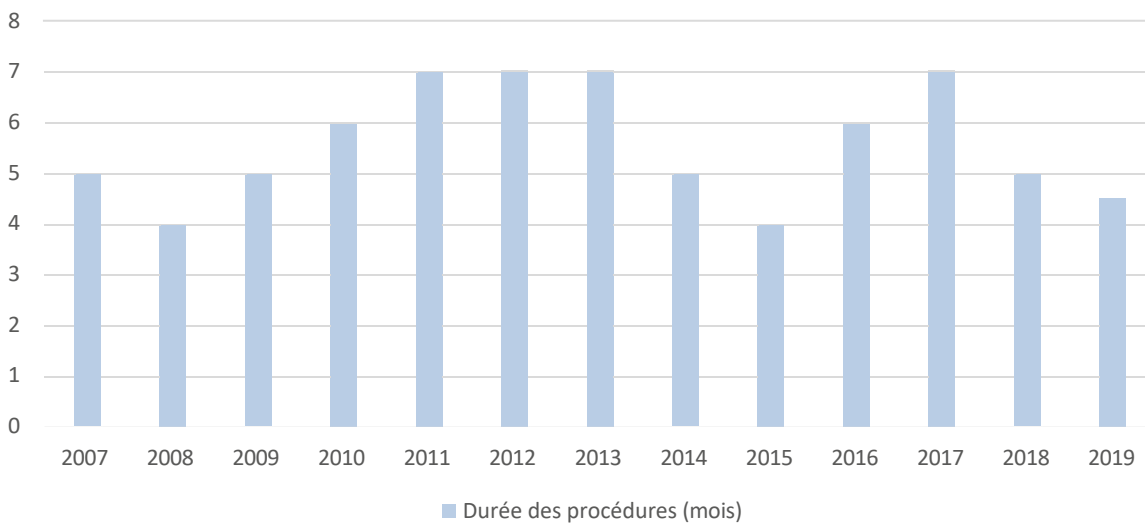
Comme indiqué à la section 4.5 du rapport annuel 2013, l'expérience montre que, dans un grand nombre des recours où le requérant obtient totalement ou partiellement gain de cause lorsque la commission statue au fond, la question d'une indemnisation est réglée en dehors de la commission, si bien que les 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 2019, la durée moyenne des procédures auprès de la commission des recours était de quatre mois et demi.

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 2007-2019.

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 a de nouveau chuté en 2018 et est passée à cinq mois.

La durée moyenne est passée à quatre mois et demi en 2019. Le nombre de recours intentés en 2019 était de 93, contre 84 en 2008, 119 en 2015, 58 en 2007, 115 en 2009, 120 en 2014 et 106 en 2018. S'agissant du nombre de recours intentés les autres années, référence est faite à la section 5.1.

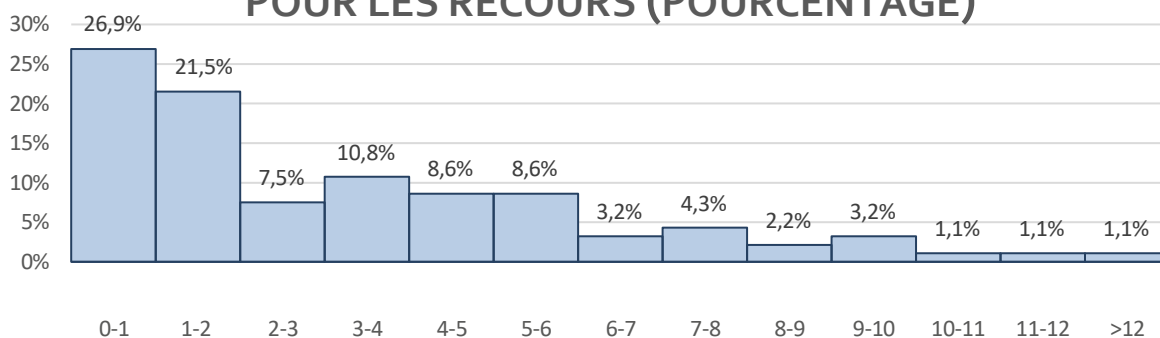
Le nombre de recours pendants fin 2019 s'élevait à 40, ce qui est légèrement supérieur à 2018 (39 recours) et légèrement inférieur à 2017 (43 recours).

5.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage)

Le graphique ci-dessous montre pour 2019 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.

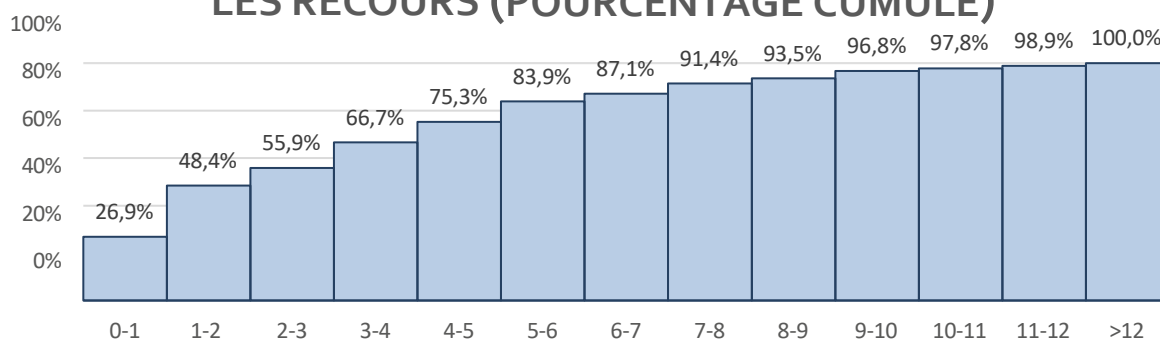
DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS POUR LES RECOURS (POURCENTAGE)



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2019 en pourcentage cumulé.

DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS POUR LES RECOURS (POURCENTAGE CUMULE)



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

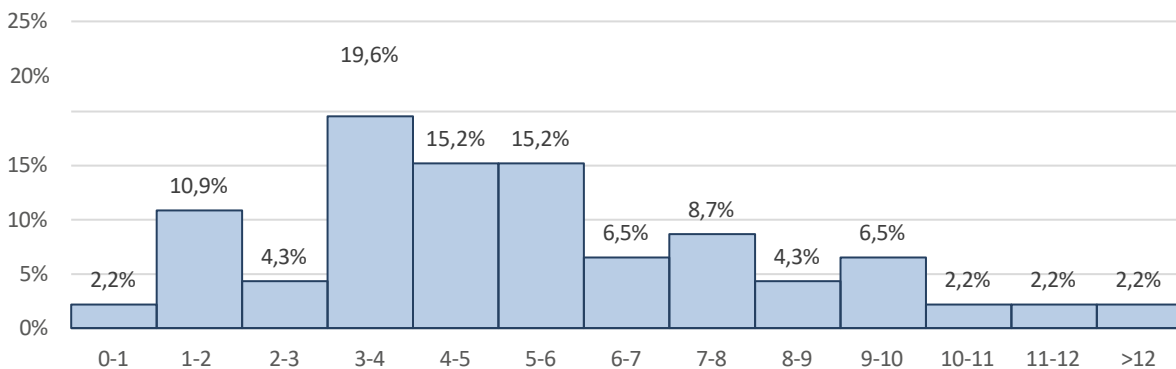
contre 37 % en 2013, 62 % en 2014, 65 % en 2015, 74 % en 2016, environ 77 % en 2017 et environ 81 % en 2018 et qu'environ 93 % des procédures sont clôturées en l'espace de 9 à 10 mois, contre 86 % en 2013, environ 87 % en 2014, 92 % en 2015, 87 % en 2016 et 88 % en 2017 et 2018.

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 2019 le pourcentage de décisions au fond qui sont rendues en l'espace de 0-1 mois, 1-2 mois, 2-3 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois.

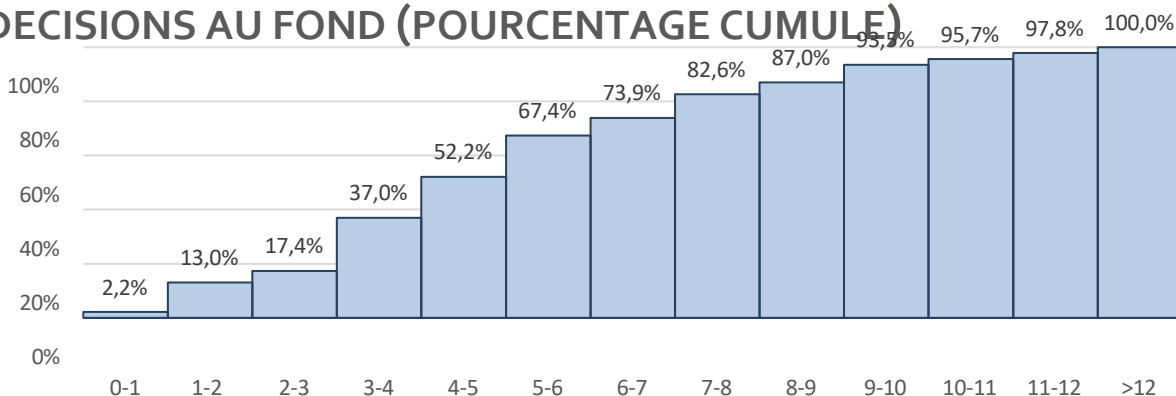
DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS POUR LES DECISIONS AU FOND (POURCENTAGE)



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2019 pour les décisions au fond en pourcentage cumulé.

DUREE DES PROCEDURES EN NOMBRE DE MOIS POUR LES DECISIONS AU FOND (POURCENTAGE CUMULE)



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

6. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS

Outre les procédures de recours, la commission a mené différentes activités d'information en 2019.

Consultation

Le 21 août 2019, la commission a répondu à une consultation concernant un projet de loi modifiant la loi danoise sur les marchés publics.

Réseau « Network of first instance procurement review bodies »

En 2019, Nikolaj Aarø-Hansen a contribué au « *Network of first instance procurement review bodies* », un réseau initié par la Commission européenne, par un exposé sur le recours aux experts au sein de la commission. Du 18 au 23 septembre 2019, la commission a reçu la visite de Jugatx Ortiz, Legal Assistant, du secrétariat de la Commission européenne en charge du réseau européen. Cette visite faisait partie du programme de la Commission européenne « *PUBLIC PROCUREMENT EXPERIENCE* »/« *Hands on experience* », dans le cadre duquel des juristes du secrétariat du réseau rendent visite aux instances de recours des différents États membres dans le but de découvrir leur travail au quotidien, leurs tâches et les types de recours traités.

Participation à des conférences, etc.

En 2019 aussi, les membres de la présidence ont participé à titre d'intervenants à diverses conférences et autres événements consacrés à des sujets liés à la réglementation sur la passation des marchés publics.

Au printemps 2019, Katja Høegh a participé pour la deuxième année consécutive à la table ronde du King's College, à Londres « *George Washington University Law School Annual Transatlantic Symposium on Public Procurement Law* ». En outre, Katja Høegh a participé à une table ronde lors d'une réunion de réflexion de la *Public Procurement Lawyers' Association* britannique le 5 décembre 2019 concernant les instances de recours.

Les 7 et 8 mars 2019, Kirsten Thorup a participé à l'« *Annual Conference on European Public Procurement Law 2019* », organisée par l'Académie de droit européen (ERA), à Trier.

Kirsten Thorup et Katja Høegh ont contribué au livre « *Udbudsretten (2019)* », rédigé par le professeur Steen Treumer, expert de la commission.