

# KLAGENÆVNET FOR UDBUD

(COMMISSION DANOISE DES RECOURS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS)

## Rapport annuel 2023

## SOMMAIRE

AVANT-PROPOS .....	4
1. Commission danoise des recours en matière de marchés publics .....	5
1.1 Base législative et création .....	5
1.2 Composition de la commission des recours .....	5
1.3 Secrétariat de la commission des recours en matière de marchés publics.....	7
1.4 Tâches de la commission des recours, y compris ses moyens de réaction et de sanction .....	7
1.5 Décisions de la commission des recours et du président en charge .....	11
1.6 Conditions de recevabilité et guide sur la procédure de recours.....	12
1.7 Préparation et règlement des dossiers, y compris condamnation aux dépens.....	13
1.8 Affaires liées au droit d'accès aux documents au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration.....	16
2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES .....	22
2.1 Introduction .....	22
2.2 Sélection de décisions intermédiaires et de décisions définitives.....	22
2.2.1 Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats .....	22
2.2.2 Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres.....	26
2.2.3 Évaluation, y compris choix du modèle d'évaluation .....	37
2.2.4 Accords-cadres.....	43
2.2.5 Demandes d'informations complémentaires .....	45
2.2.6 Offres anormalement basses.....	46
2.2.7 Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission .....	48
2.2.8 Présélection .....	50
2.2.9 Procédure négociée .....	51
3. JUGEMENTS PRONONCÉS PAR DES JURIDICTIONS DANOISES SUR DES RECOURS TRAITÉS PAR LA COMMISSION .....	56
4. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2023.....	59
4.1 Recours intentés .....	59
4.2 Recours intentés durant le délai suspensif et autres décisions visant l'attribution d'un effet suspensif .....	59
4.3 Procédures écrites et orales organisées par la commission des recours .....	60
4.4 Recours réglés et issue de ces recours .....	61
4.5 Décisions d'indemnisation prononcées .....	62
4.6 Durée moyenne des procédures.....	63

4.7 Durée des procédures en nombre de mois (pourcentage) .....	64
4.8 Durée des procédures en nombre de mois pour les recours (pourcentage cumulé).....	64
4.9 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage) .....	65
4.10 Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions au fond (pourcentage cumulé).....	66
5. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS .....	67

## AVANT-PROPOS

Par la présente, la commission des recours danoise en matière de marchés publics (*Klagenævnet for Udbud*) publie son onzième rapport annuel qui, en vertu de l'arrêté ministériel 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 des recours, dont la présidence, les experts et le secrétariat. En outre, il passe brièvement en revue une sélection de décisions rendues en matière de droit d'accès par la commission des recours en 2023.

Le chapitre 2 comprend le résumé d'une série de décisions prononcées par la commission des recours en 2023, qui ont été sélectionnées selon leur caractère de principe ou l'intérêt particulier qu'elles présentent. Les décisions de la commission des recours sont en outre régulièrement publiées sur son site à l'adresse [www.klfu.naevneneshus.dk](http://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. Une série d'entre elles correspondent en outre aux décisions définitives rendues par la commission des recours concernant l'octroi d'un effet suspensif et le droit d'accès aux documents.

Le chapitre 3 présente les décisions rendues par les juridictions danoises dans des affaires sur lesquelles la commission des recours avait déjà statué.

Le chapitre 4 comprend des informations statistiques sur les activités de la commission des recours, assorties de commentaires. En 2023, 72 recours ont été intentés devant la commission des recours. Ce chiffre est largement inférieur à celui de 2022. En 2023, 35 % des recours environ ont été accueillis, en tout ou en partie, ce qui est égal à 2022. En outre, dans quelque 15 % de ses décisions d'octroi de l'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.

Le chapitre 5 comprend une description des autres activités de la commission au cours de l'année.

En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était de 7 mois en 2023 et donc égale à 2022.

Jakob O. Ebbensgaard, président

Viborg, juillet 2024

# 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. Elle 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 des recours 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. loi consolidée n° 593 du 2 juin 2016, qui comprend les règles sur les compétences et les activités de la commission des recours. À la loi est rattaché l'arrêté ministériel n° 887 du 11 août 2011 sur la commission des recours en matière de marchés publics (dit « arrêté ministériel sur la commission des recours »), dernièrement modifié par l'arrêté ministériel n° 178 du 11 février 2016. L'arrêté ministériel sur la commission des recours comprend entre autres les règles relatives à l'introduction des recours et à la procédure de traitement appliquée par la commission.

## 1.2 Composition de la commission des recours

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

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

La présidence se compose de six juges de seconde instance et de quatre juges de première instance. Depuis octobre 2023, la commission des recours est temporairement composée de cinq juges de seconde instance et de cinq juges de première instance.

Le président organise les travaux de la commission et de son secrétariat et nomme, dans chacun des recours, un président spécifique parmi les membres de la présidence. Le président chargé d'un recours nomme ensuite l'expert qui devra participer au traitement de ce dernier. Exceptionnellement, le président de la commission des recours peut décider d'élargir le nombre de membres de la présidence et d'experts devant participer au règlement du recours. 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 des recours sont nommés sur proposition des ministères et organisations qui jouissent du droit de proposition en vertu de l'arrêté ministériel sur la commission des recours. Les experts de la commission sont indépendants dans l'exercice de leurs fonctions et

ne sont donc pas soumis à l'autorité ou au contrôle des autorités ou de l'organisation auprès desquelles ils exercent leur activité principale ni des autorités ou de l'organisation dotées du droit de proposition.

En 2023, la présidence de la commission des recours se composait des juges suivants:

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

Jakob O. Ebbensgaard, juge de seconde instance

Autres membres de la présidence de la commission des recours:

- Kirsten Thorup, ancienne juge de seconde instance
- Michael Ellehauge, juge de seconde instance, docteur (jusqu'au 23 octobre 2023)
- Niels Feilberg Jørgensen, ancien juge de première instance
- Erik P. Bentzen, juge de seconde instance
- Jesper Stage Thusholt, juge de première instance
- Jesper Jarnit, juge de seconde instance
- Mette Langborg, juge de première instance
- Morten Juul Nielsen, juge de première instance
- Ane Røddik Christensen, juge de seconde instance (à compter du 10 mars 2023)
- William Lindsay-Poulsen, juge de première instance (à compter du 23 octobre 2023)

Experts de la commission des recours en 2023:

- Pernille Hollerup, Senior Director
- Jan Eske Schmidt, partenaire de la connaissance (jusqu'au 25 août 2023)
- Lene Ravnholt, conseillère juridique
- Preben Dahl, juriste en chef
- Stephan Falsner, avocat
- Jeanet Vandling, directrice des achats et des marchés publics
- Ole Helby Petersen, professeur (MSO), docteur
- Christina Kønig Mejl, conseillère en chef
- Claus Pedersen, juriste en chef
- Birgitte Nellemann, chef de bureau
- Kurt Helles Bardeleben, avocat
- Maria Haugaard, chef de bureau
- Carina Risvig Hamer, professeur
- Trine Kronbøl, chef de service
- Mikael Kenno Fogde, avocat
- Rikke Fog Bach, directrice commerciale
- Louise Kirkegaard Folling, conseillère en chef (jusqu'au 10 mars 2023)
- Torkil Schrøder-Hansen, avocat, conseiller en chef (jusqu'au 16 mai 2023)
- Michael Steinicke, professeur
- Christian Lund Hansen, conseiller en chef
- Anette Gothard Mikkelsen, chef de bureau (à compter du 10 mars 2023)
- Mads Severin Holm, avocat (à compter du 16 mai 2023)

- Linda Norstrøm Nissen, avocate (à compter du 25 août 2023)

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

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

Le président de la commission des recours est le directeur du secrétariat qui, pour la plus grande partie de 2023, se composait de quatre juristes et de deux secrétaires.

Les juristes de la commission des recours préparent les dossiers et aident, dans la mesure du possible, les présidents en charge à rédiger un projet de décision. En outre, les juristes assistent le président dans le cadre de diverses tâches de gestion. Les secrétaires de la commission participent à la préparation des dossiers, répondent aux questions sur l'ouverture éventuelle d'une procédure de recours 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 2023, le secrétariat se composait des personnes suivantes:

- Maiken Nielsen, conseillère spécialisée, HEC spécialisation juridique
- Tanja Bøtker Lindgren, conseillère spécialisée, Master Droit (congé à compter du 24 novembre 2023)
- Louise Dissing Jensen, mandataire, HEC spécialisation juridique
- Stine Loftager Rasmussen, mandataire, HEC spécialisation juridique
- Heidi Thorsen, assistante administrative
- Katrine Kirkegaard Gade, assistante en chef
- Nadia Reichenbach Bodentien, stagiaire (jusqu'au 31 août 2023)
- Anja Vibe Visby Bunch, stagiaire (au compter du 1<sup>er</sup> mai 2023)

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

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

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

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

Par ailleurs, en vertu de l'article 37 de la loi danoise sur la transparence de l'administration (*offentlighedsloven*), la commission 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. Enfin, la commission des recours constitue l'instance de recours pour les cas de violation, par les autorités municipales et régionales, des règles définies dans l'arrêté ministériel danois n° 607 du 24 juin 2008 sur le calcul et la soumission d'offres de contrôle par les autorités municipales et régionales (arrêté ministériel sur la soumission d'offres de contrôle) ainsi que dans certains domaines spécifiques pour lesquels la commission des recours est désignée comme instance de recours par la loi ou en application de celle-ci.

La plupart des dossiers traités par la commission des recours portent sur la loi danoise sur la passation des marchés publics, qui vise principalement à transposer la directive sur la passation des marchés publics (directive 2014/24/UE), et les autres règles européennes en matière de marchés publics, dont la directive sur les services spéciaux (directive 2014/25/UE), la directive sur l'attribution de contrats de concession (directive 2014/23/UE) et la directive sur la défense et la sécurité (directive 2009/81/CE). Seul un nombre très limité 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. Référence est faite à Michael Ellehauge, *Erfaringer med håndhævelsen af EU's udbudsregler*, dans *Ugeskrift for Retsvæsen* 2013 B, page 241 et al.

En tant que source de droit, les décisions de la commission des recours sont subordonnées aux décisions des juridictions danoises et de la Cour de justice de l'Union européenne. Toutefois, seul un petit nombre des décisions de la commission des recours font l'objet d'un recours en justice. Ce nombre était de quatre décisions sur 40 en 2023. Aussi, la jurisprudence de la commission des recours (et plus particulièrement les décisions rendues au cours des dix dernières années) doit-elle être considérée comme une source de droit importante pour l'application des règles en matière de marchés publics au Danemark. De plus, la commission des recours a l'avantage de pouvoir agir plus rapidement que les juridictions. En moyenne, la durée des procédures auprès de la commission des recours en matière de marchés publics était de sept mois en 2023. À cet égard, il convient entre autres de noter qu'une grande partie (quelque 53 %) des recours sont clôturés au cours des trois premiers mois suivant leur introduction (ce chiffre inclut également les recours rejetés). À cet égard, il est fait référence au chapitre 4 ci-après.

#### *Moyens de réaction et de sanction de la commission des recours*

Les articles 12 à 14a, 16 à 19, et 24, al. 2, de la loi danoise sur la commission des recours confère à la commission 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*) (article 12, al. 2 et 3, de la loi sur la commission des recours) et dans d'autres types de recours, la commission des recours peut, sur demande (article 12, al. 1<sup>er</sup>, de ladite loi), octroyer un effet suspensif à un recours si des raisons spéciales le justifient.

Conformément à la jurisprudence de la commission des recours, 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.

Référence est faite à Mette Frimodt Hansen et Kirsten Thorup, *Standstill og opsættende virkning i udbudsretten*, dans Ugeskrift for Retsvæsen 2010 B, page 303 et al.; Katja Høegh et Kirsten Thorup, *Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu engang*, dans Ugeskrift for Retsvæsen 2016 B, page 403 et al.; 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, il s'agit d'une appréciation provisoire écrite visant à déterminer si les trois conditions sont réunies. 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 d'appel d'offres 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 des recours 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.

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 (décision immédiate). Le cas échéant, les parties ont alors la possibilité de produire des mémoires ampliatifs. En 2023, une telle décision a été rendue dans un seul cas: décision du 24 avril 2023 dans l'affaire Meldgaard Miljø A/S contre Afatek A/S, décrite au chapitre 2.

#### *Autres moyens de sanction*

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

- suspendre la procédure d'appel d'offres de l'entité adjudicatrice ou ses décisions dans le cadre de la procédure;
- annuler les décisions illégales ou la procédure d'appel d'offres de l'entité adjudicatrice;
- déclarer un contrat dépourvu d'effets; et/ou
- infliger une sanction de substitution à l'entité adjudicatrice;
- déposer plainte auprès de la police en vue d'infliger une amende;
- 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 d'une sanction de substitution/le dépôt d'une plainte auprès de la police. 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, première et deuxième phrases, de la loi danoise sur la passation des marchés publics. Par « décision ou jugement définitifs », il est entendu, conformément aux travaux législatifs préparatoires, 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 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 Rengoring.com A/S contre Ringsted Kommune. Néanmoins, l'entité adjudicatrice peut s'adresser au secrétariat de la commission pour savoir si un recours a été introduit contre l'appel d'offres lancé (en

indiquant le numéro de l'avis de marché) avant qu'elle ne conclue un contrat avec le soumissionnaire retenu. Dans la mesure du possible, le secrétariat de la commission des recours répond à de telles questions écrites après 13h00 le jour de leur réception (jour ouvrable).

Si l'entité adjudicatrice ne fait pas partie de l'administration publique et n'est donc pas visée par l'article 19, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, la commission ne peut pas infliger de sanction économique à l'entité adjudicatrice. À la place, elle dépose une plainte auprès de la police lorsqu'il convient, en application de l'article 18, al. 3, de ladite loi, d'infliger à l'entité adjudicatrice une sanction de substitution sous la forme de pénalités financières. À cet égard, référence est faite à la décision de la commission des recours du 16 septembre 2022 dans l'affaire Electrolux Professional A/S contre Alabu Bolig (résumée dans le rapport annuel de 2022, chapitre 2), où une plainte a été déposée auprès de la police. Aucune plainte n'a été déposée par la commission des recours en 2023.

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 des recours 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 des recours nomme le président chargé du dossier en question.

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

En 2023, une décision a été rendue sur la base d'un tel élargissement dans quatre cas : décision du 16 février 2023 (Microsoft Danmark ApS contre Ørsted Services A/S); décision du 11 mai 2023 (Dustin A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S); décision du 1<sup>er</sup> juin 2023 (MAN Truck Bus Danmark A/S contre Region Sjælland, Region Midtjylland, Region Nordjylland et Region Hovedstaden); et décision du 2 août 2023 (S.A.S. SAF HELICOPTERES contre Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland et Region Hovedstaden). Les décisions sont résumées 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. Un expert participe toujours aux décisions établissant qu'un marché est dépourvu d'effets ou visant l'imposition de sanctions de substitution.

Le président en charge d'un dossier spécifique peut en outre rendre une décision sans la participation d'un expert dans les questions d'ordre procédural. Ces décisions portent notamment sur l'octroi de l'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 et 5 de l'arrêté ministériel sur la commission des recours.

Dans chaque dossier, la commission s'assure que le requérant remplit les conditions formelles de recevabilité. Un guide, en danois et en anglais, est publié sur le site web de la commission des recours ([www.klfu.naevneneshus.dk](http://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 des recours 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 de l'effet suspensif en application de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours. Lors de l'introduction de son recours, le requérant doit joindre une copie de cette notification. De plus, il doit indiquer si le mémoire comprend des informations qui, selon lui, doivent bénéficier d'une exception au droit d'accès.

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

Le recours doit comprendre des conclusions qui décrivent avec précision les violations sur lesquelles la commission devra se prononcer. La commission 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 (article art. 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours). Si la commission ne peut pas aider le requérant à formuler des conclusions valables, elle peut néanmoins lui fournir des instructions à cet égard. Si, sur la base de ces instructions, les conclusions déposées par le requérant ne sont pas acceptables pour le traitement de l'affaire, la commission des recours rejette les conclusions en question ou le recours dans son ensemble, cf. décision du 21 mars 2018 dans l'affaire Scientia Ltd. contre l'Université d'Aarhus et décision du 22 juin 2021 dans l'affaire Pro Medical Covid-19 Test ApS contre Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland et Region Hovedstaden.

En outre, l'introduction d'un recours requiert que le requérant possède un intérêt à agir. Ainsi, peuvent former un recours les entreprises qui possèdent un intérêt à décrocher un marché spécifique. De manière générale, le requérant aura fait acte de candidature à la présélection ou aura soumis une offre, mais toute

entreprise qui aurait pu effectivement faire acte de candidature ou soumettre une offre (candidat/soumissionnaire potentiel) peut posséder un intérêt à agir. Le soumissionnaire retenu peut en outre, dans des circonstances très particulières, être autorisé à saisir la commission des recours, cf. décision du 24 avril 2023, Meldgaard Miljø A/S contre Afatek A/S. Si le requérant n'est pas en mesure d'établir qu'il possède un intérêt à agir, le recours est rejeté. Tel était par exemple le cas dans le cadre de la décision de la commission du 24 octobre 2022 dans l'affaire KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen contre Herlev Kommune, dans laquelle la commission n'a pas estimé qu'un soumissionnaire potentiel possédait un intérêt à agir, car la société était visée par le motif d'exclusion défini à l'article 137, al. 1<sup>er</sup>, point 5 (aujourd'hui point 4) de la loi danoise sur la passation des marchés publics. La décision est résumée au chapitre 2 du rapport annuel de 2022. La commission a rendu diverses décisions qui précisent cette exigence d'un intérêt à agir. Certaines de ces décisions sont décrites dans le récapitulatif de la jurisprudence publié sur le site de la commission des recours 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 à l'arrêté ministériel 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 (valable uniquement pour les recours concernant les procédures d'appels d'offres communautaires).

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

Délai de recours pour les accords-cadres: 6 mois.

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

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

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

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

Les règles relatives à la préparation et au règlement des dossiers sont définies aux articles 6, 10 et 11 de la loi sur la commission des recours et aux articles 6 à 9 de l'arrêté ministériel 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. 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 des recours a accès à toutes les pièces du dossier et peut les prendre en compte pour déterminer si une violation a été commise.

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

Il incombe à la commission des recours de veiller à ce qu'elle soit suffisamment éclairée par les pièces du dossier. La commission peut demander au requérant, au défendeur ou au tiers intervenant de fournir des informations qui sont jugées présenter un intérêt pour l'affaire, cf. article 6, al. 2, sur la commission des recours. En revanche, en cas d'erreur liée à la procédure d'appel d'offres, la commission des recours ne peut pas se saisir d'office de la question puisque les conclusions et les moyens de recours des parties constituent le cadre exclusif dans lequel elle doit instruire l'affaire, cf. article 10, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours. Sur ce point, la commission est liée par le principe dispositif, comme le montre par exemple la décision du 31 mai 2021, dans l'affaire *Familieplejen Bornholm* contre *Bornholms Regionskommune* (résumée ci-après au chapitre 2 du rapport annuel 2021).

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 très petit nombre de cas.

L'ouverture d'une procédure orale dépend d'une appréciation concrète au cas par cas. L'appréciation vise entre autres à déterminer si le recours porte sur une question complexe ou de principe, si des déclarations

seraient nécessaires ou souhaitables, si une démonstration serait requise et 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 des recours 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 Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. L'audience se clôture par la présentation des conclusions finales par les parties ou leurs avocats, après quoi l'affaire est mise en délibéré. Normalement, le vote a lieu dans le prolongement direct de la mise en délibéré. De manière générale, la procédure orale auprès de la commission des recours dure entre quatre et cinq heures. Dans les affaires plus importantes, elle peut prendre un ou deux jours. Aucune procédure orale n'a été ouverte en 2023.

La commission des recours 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 des recours se prononce sur la question des dépens. Il en va de même lorsqu'un recours est révoqué et que l'une des parties en fait la demande. 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 des recours 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 des recours a fixé à 100 000 DKK le montant des dépens attribués à la partie ayant obtenu gain de cause (comme décrit dans le rapport annuel de 2018).

L'octroi d'une réparation dans le cadre d'un recours présuppose que des conclusions aient été déposées à cet égard, cf. article 14 de la loi sur la commission des recours. Lorsqu'un requérant se désiste, la procédure est clôturée et ne peut pas être réouverte en concluant à une réparation dans les écritures échangées concernant la décision sur les dépens, comme le montre par exemple la décision relative aux dépens du 22 novembre 2021 dans l'affaire Rally Point Tactical Scandinavia ApS contre Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (résumée ci-après au chapitre 2 du rapport annuel 2021).

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

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

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

- les recours contre le refus par l'entité adjudicatrice d'octroyer un droit d'accès aux documents dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, c.-à-d. les affaires où la commission des recours fait office d'instance de recours aux termes de l'article 37 de la loi sur la transparence de l'administration. En revanche, la commission ne fait pas office d'instance de recours pour les affaires liées à un refus d'octroyer un droit d'accès dans le cadre de l'exécution de contrats conclus à la suite d'un appel d'offres.
- 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 des recours. Dans ces cas, c'est la commission qui se prononce sur le droit d'accès aux documents. Vu que le défendeur dispose bien entendu, lui aussi, des documents concernés, il est généralement possible de lui demander directement le droit d'accès.

Les affaires liées au droit d'accès au titre de la loi danoise sur la transparence de l'administration se distinguent clairement des affaires liées aux violations des règles en matière de marchés publics, lesquelles, en vertu de la loi sur la commission des recours, doivent être réglées par cette dernière. Référence est faite au chapitre 3 du rapport annuel pour les années 2016, 2017, 2018, 2019 et 2020 pour une description plus détaillée de la jurisprudence de la commission des recours dans les affaires liées au droit d'accès. En mars 2024, la Direction générale danoise de la Concurrence et de la Consommation a publié un guide sur le droit d'accès aux documents liés à des procédures d'appel d'offres.

À la mi-2020, la commission des recours a décidé de publier dans une plus large mesure ses décisions en matière de droit d'accès. Les sections ci-après décrivent brièvement une sélection de décisions relatives au droit d'accès rendues en 2023 qui sont susceptibles d'intéresser le grand public et qui ont toutes été publiées sur le site web de la commission.

#### *Décision du 3 janvier 2023, DiaLab, Dansk Diagnostika- og Laboratorieforening contre Region Midtjylland*

DiaLab a demandé aux autorités Region Midtjylland l'accès à leur correspondance avec d'autres autorités (y compris d'autres autorités régionales) concernant la décision d'acheter 68 millions d'autotests en dé-

cembre 2021. Les autorités régionales ont refusé d'accorder l'accès aux informations en référence à la disposition dérogatoire définie à l'article 33, n° 5, de la loi sur la transparence de l'administration. Les autorités régionales ont justifié le refus par le fait qu'un recours ou une action en justice était une option envisageable et qu'elles étaient donc en droit de solliciter des conseils concernant les éléments qui permettraient d'appliquer l'article 80, al. 5, de la loi danoise sur la passation des marchés publics sans accès du public au processus décisionnel interne et à la correspondance. Les autorités régionales ont également fait valoir que les employés avaient correspondu de manière libre et informelle en raison, entre autres, des contraintes horaires liées à la gestion de la crise du Covid-19, et que, vu la nature particulière de la situation, il était indispensable pour assurer des conditions de travail correctes que l'accès à cette correspondance ne soit pas accordé.

La commission des recours a estimé que ces considérations ne pouvaient, compte tenu de la nature et du contenu des informations disponibles, justifier un refus d'octroyer un droit d'accès au titre de l'article 33, al. 5, de la loi sur la transparence de l'administration.

*Décision du 31 janvier 2023, Kompan Danmark A/S contre Frederiksberg Kommune*

Kompan a demandé aux Frederiksberg Kommune le droit d'accéder à l'offre retenue et à ses annexes dans le cadre d'un appel d'offres pour une aire de jeux. Les autorités municipales ont accordé un accès partiel, en ce sens qu'elles ont refusé l'accès à un certain nombre d'informations au titre de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. La commission des recours a modifié la décision des autorités municipales, estimant notamment que les CV, y compris les informations relatives aux noms, numéros de téléphone et adresses électroniques des employés des soumissionnaires ou des partenaires commerciaux, ne pouvaient généralement pas bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 30, al. 2, de ladite loi. Il en va de même pour les informations relatives aux lieux de travail, aux études, aux compétences, à la répartition des tâches, etc. La commission n'a pas non plus jugé qu'il y avait lieu d'estimer que la composition de l'équipe spécifique dans le cadre de la procédure de passation de marché reflétait une composition d'équipe spéciale généralement utilisée par le soumissionnaire pour les appels d'offres de ce type de services, de sorte qu'il y avait lieu de refuser l'accès aux informations au titre de l'article 30, al. 2, de ladite loi.

*Décision du 17 février 2023, demande d'un journaliste pour accéder à des documents concernant un appel d'offres pour la mise en place et l'exploitation de bornes de recharge dans Jammerbugt Kommune*

Un journaliste a demandé aux Jammerbugt Kommune le droit d'accéder au dossier d'appel d'offres, aux offres soumises et à la correspondance avec les soumissionnaires dans le cadre d'un appel d'offres visant la mise en place et l'exploitation de bornes de recharge.

Les autorités municipales ont accordé un accès partiel, en ce sens qu'elles ont refusé l'accès à un certain nombre d'informations au titre de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. La commission des recours a noté, entre autres, que les prix partiels et unitaires constituaient généralement des informations confidentielles qui, si elles étaient publiées, risquaient raisonnablement de nuire à la compétitivité du soumissionnaire dans le cadre de procédures de passation de marchés futures et d'entraîner ainsi pour lui un préjudice financier important. En l'absence de raisons impérieuses qui justifieraient un résultat contraire, la commission a estimé que les prix partiels devaient bénéficier d'une exception au droit

d'accès au titre de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. En revanche, les prix totaux indiqués ne pouvaient pas quant à eux être considérés comme des prix partiels et, partant, bénéficier d'une exception au droit d'accès. À cet égard, la commission a insisté sur le fait que les prix totaux avaient été calculés sur la base d'un certain nombre de prix partiels indiqués et qu'ils ne constituaient donc pas en soi une information sur les tarifs spécifiques des soumissionnaires. En outre, la commission a estimé que les informations relatives aux stratégies commerciales, à la maintenance et à l'exploitation, aux options de livraison et à la méthode d'établissement portaient sur les conditions de production et les stratégies de marché de types de produits spécifiques qui pouvaient bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. S'agissant des informations contenues dans le rapport d'évaluation, la commission a estimé que seules certaines informations, notamment les délais de livraison et de montage, les échéanciers et les informations relatives à l'assistance et à la maintenance, pouvaient bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 30, al. 2, de ladite loi. Les autres informations contenues dans le rapport d'évaluation étaient semblables à celles figurant dans d'autres documents du dossier. Ces informations ne pouvaient donc pas bénéficier d'une exception au droit d'accès.

*Décision du 16 mars 2023, Gavdi A/S contre DSB*

Gavdi a demandé à la Société nationale danoise des chemins de fer DSB le droit d'accéder à un certain nombre d'informations contenues dans un contrat conclu entre DSB et un fournisseur. Dans ce recours, la commission s'est prononcée, entre autres, sur l'accès aux informations concernant les services du client, la mise à l'épreuve de stratégies et de programmes d'essai, l'exploitation et la maintenance, l'organisation de la coopération, y compris les CV, les prix, le contrat de sous-traitance pour le traitement de données à caractère personnel, les notes et la correspondance entre l'entité adjudicatrice et le soumissionnaire retenu.

La commission des recours a estimé que la description des services du fournisseur et ses échéanciers constituaient des informations sur les conditions de production et les stratégies commerciales qui pouvaient bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. Les informations sur les services du client, y compris une vue d'ensemble des profils de compétences, la consommation des ressources, les numéros de dossier et les attentes en termes de cadre physique, ne pouvaient, ni en tout, ni en partie, bénéficier d'une exception au droit d'accès, car ces informations ne portaient pas sur des conditions d'activité visées par l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. Par ailleurs, la commission s'est prononcée sur la question de savoir si les informations relatives à la mise à l'épreuve de stratégies et programmes d'essai, entre autres, pouvaient bénéficier d'une exception au droit d'accès. La commission a estimé que ces informations constituaient des informations sur des conditions de production qui pouvaient bénéficier d'une telle exception au titre de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. Dans son évaluation concernant l'application de ladite disposition aux informations relatives à l'exploitation et à la maintenance, la commission a estimé que certaines informations spécifiques relatives aux compétences des employés n'étaient décrites qu'en termes généraux et que ces informations ne pouvaient donc pas bénéficier d'une exception, alors que d'autres informations relatives à l'exploitation et à la maintenance qui ne concernaient pas les compétences des employés pouvaient bénéficier d'une telle exception. Les informations sur les prix, y compris les frais d'établissement, les frais de maintenance et les tarifs horaires, pourraient bénéficier d'une exception

au droit d'accès en vertu de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration, car leur divulgation risquerait raisonnablement de nuire à la compétitivité du soumissionnaire. La commission des recours s'est ensuite prononcée sur la question de savoir si le contenu de l'offre concernant le contrat de sous-traitance pour le traitement de données à caractère personnel pouvait bénéficier d'une exception au droit d'accès. La commission a estimé qu'il s'agissait d'informations sur des conditions de production et des relations commerciales qui, à ce titre, pouvaient bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. Enfin, la commission des recours s'est prononcée sur la correspondance entre l'entité adjudicatrice et le soumissionnaire et a estimé, après avoir évalué si ces informations constituaient des informations commerciales sensibles, que celles-ci ne faisaient que décrire de manière générale la tenue d'une réunion entre les parties. Ces informations n'étaient donc pas de nature à entrer dans le champ d'application de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration et ne pouvaient pas bénéficier d'une exception au droit d'accès.

*Décision du 27 avril 2023, Yunex GmbH et Yunex Traffic Austria GmbH contre Sund & Bælt A/S*

Yunex, qui avait participé à un appel d'offres, a demandé le droit d'accéder au dossier. Sund & Bælt a exclu certains documents rédigés par deux conseillers techniques dans le cadre de la rédaction du cahier des charges et de l'évaluation des capacités techniques et professionnelles des candidats. Sund & Bælt a justifié cette décision par le fait qu'il s'agissait de documents internes bénéficiant d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 23, al. 1<sup>er</sup>, n° 1, de la loi sur la transparence de l'administration. S'agissant des circonstances concrètes, Sund & Bælt a indiqué que les deux conseillers étaient exclusivement soumis à l'autorité de Sund & Bælt, qu'ils s'étaient vu attribuer un bureau, des ordinateurs et des adresses électroniques chez Sund & Bælt, qu'ils avaient travaillé sur le même pied que les autres employés de Sund & Bælt, qu'ils étaient soumis au secret professionnel pour une durée indéterminée, y compris vis-à-vis de leurs employeurs habituels, et que les documents rédigés par les conseillers n'existaient que dans les systèmes de Sund & Bælt et n'étaient pas partagés avec des tiers. La commission des recours a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'invalider l'appréciation faite par Sund & Belt concernant le caractère interne des documents et la possibilité de les faire bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 23, al. 1<sup>er</sup>, n° 1, de la loi sur la transparence de l'administration. La commission des recours a, entre autres, insisté sur le fait que les conseillers techniques avaient participé au processus du fait de leur capacité professionnelle dans le domaine en question et avaient agi sous l'autorité de Sund & Bælt et qu'ils n'avaient donc pas agi en tant qu'employés sur leur autre lieu de travail durant leur participation à la procédure d'appel d'offres. La commission a ensuite évalué si les informations contenues dans les documents pouvaient malgré tout être divulguées en vertu de l'obligation de divulgation définie à l'article 28 de la loi sur la transparence de l'administration. La commission a estimé que les informations relatives à la correspondance concernant l'évaluation des offres ne contenaient que les considérations préliminaires de Sund & Bælt A/S et ne représentaient donc pas des informations de nature factuelle. Quant aux autres informations du dossier, la commission des recours a estimé qu'elles n'étaient pas d'une importance significative pour l'affaire et n'étaient donc pas soumises à l'obligation de divulgation. Il n'y avait donc pas lieu d'invalider l'appréciation faite Sund & Bælt A/S selon laquelle les documents ne contenaient pas d'informations soumises à l'obligation de divulgation.

*Décision du 13 juillet 2023, Plandent A/S contre Middelfart Kommune*

Plandent, qui avait participé à un appel d'offres annulé, a demandé aux Middelfart Kommune le droit d'accéder au prix total de l'offre d'un autre participant. Les autorités municipales ont rejeté la demande. La

commission des recours a tout d'abord examiné si le prix total de l'offre pouvait bénéficier d'une exception au droit d'accès au titre de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration et a conclu que ce n'était pas le cas. Ensuite, elle a examiné si, dans les circonstances concrètes, les autorités municipales de Middelfart pouvaient refuser l'accès au prix total de l'offre au titre de l'article 33, al. 3, de ladite loi, lequel permet de limiter le droit d'accès dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver les intérêts patrimoniaux de l'État, dont l'exercice de ses activités commerciales. L'appel d'offres initial avait été annulé parce que les autorités municipales n'avaient reçu que deux offres. Les autorités municipales ont déclaré qu'un nouvel appel d'offres aurait lieu la même année et qu'il ne nécessiterait pas l'apport de modifications essentielles au dossier d'appel d'offres. Le panier de produits utilisé se composerait donc des mêmes positions et produits demandés avec quelques modifications, et les soumissionnaires devraient remplir le panier selon les mêmes conditions que dans l'offre annulée. La commission des recours a estimé que les autorités municipales avaient démontré qu'il existait un risque concret qu'elles ne reçoivent pas, dans le cadre de la remise en concurrence, d'offres reflétant des prix compétitifs si un droit d'accès était octroyé pour les informations de prix. Les autorités municipales avaient ainsi démontré qu'il était nécessaire de limiter le droit d'accès afin de préserver les intérêts patrimoniaux de l'État.

*Décision du 13 juillet 2023, Mediq Danmark A/S contre Københavns Kommune*

Mediq, qui avait participé à un appel d'offres, a demandé aux Københavns Kommune le droit d'accéder entre autres aux offres des autres soumissionnaires évincés. Les autorités municipales ont estimé que Mediq ne pouvait pas se voir accorder l'accès aux offres soumises par les autres soumissionnaires évincés, étant donné que Mediq n'était pas admise à saisir la commission des recours en vertu de l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, n° 1 à 4, de la loi danoise sur la commission des recours en matière de marchés publics et ne pouvait donc pas obtenir de droit d'accès au titre de la loi sur la transparence de l'administration, cf. article 5 a de la loi sur la passation des marchés publics. La commission a déclaré que, d'après son libellé et les travaux législatifs préparatoires, l'article 5 de la loi sur la passation des marchés publics devait être entendu de telle sorte que le droit de saisir la commission devait être vu au regard de la procédure d'appel d'offres proprement dite (« le dossier ») et non au regard des différents soumissionnaires. Comme Mediq, en tant que soumissionnaire évincé, possédait indubitablement l'intérêt à agir visé par l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, n° 1, de la loi sur la commission des recours en matière de marchés publics et était donc en droit de former un recours, les autorités municipales n'avaient pas le droit de refuser l'accès aux documents des autres soumissionnaires évincés en se référant à l'article 5 a de la loi sur la passation des marchés publics. Les autorités municipales de Copenhague s'étant abstenues de prendre une décision sur le droit d'accès aux documents des autres soumissionnaires évincés du fait d'une interprétation erronée de l'article 5 a de la loi sur la passation des marchés publics, la commission des recours a renvoyé l'affaire.

*Décision du 13 juillet 2023, Johan Møllerup contre Rudersdal Kommune*

Un citoyen a demandé aux Rudersdal Kommune le droit d'accéder aux notes d'ingénierie et d'architecture, à la liste des offres et aux déclarations écrites du soumissionnaire retenu dans le cadre d'un appel d'offres visant l'élargissement et la modernisation d'un centre de soins. Les autorités municipales avaient limité le droit d'accès du citoyen en se référant à l'article 5 a de la loi sur la passation des marchés publics, en vertu duquel le droit d'accès est limité aux personnes admises à former un recours en vertu de la loi sur la commission des recours en matière de marchés publics concernant l'affaire visée par la demande de droit d'ac-

cès, ainsi qu'aux médias. Le citoyen a ensuite introduit auprès de la commission un recours contre la décision des autorités municipales concernant son droit d'accès et fait valoir que plusieurs informations n'étaient pas concrètement liées au contenu de l'offre. Après avoir examiné les travaux législatifs préparatoires, la commission a estimé que l'intérêt du citoyen n'était pas de nature à lui permettre de former un recours au titre de l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours. Le citoyen ne pouvait donc pas obtenir un droit d'accès aux offres ni aux informations contenues dans les offres au titre de la loi sur la transparence de l'administration, cf. article 5 a de la loi sur la passation des marchés publics. Le citoyen ne pouvait pas non plus obtenir un droit d'accès aux informations contenues dans les offres au titre de l'article 14 de la loi sur la transparence de l'administration ou au titre d'un principe correspondant au principe de plus grande transparence.

*Décision du 8 décembre 2023, Nordiske Medier contre Mediq Danmark A/S*

Nordiske Medier a demandé à la commission des recours le droit d'accéder à un mémoire lié à un recours pendant. La commission a entendu le requérant, qui a fait valoir que les conclusions et les moyens de recours figurant dans le mémoire devaient bénéficier d'une exception au droit d'accès. La commission a estimé que les informations contenues dans le mémoire ne pouvaient être considérées comme relevant de l'article 30, al. 2, de la loi sur la transparence de l'administration. À cet égard, la commission a insisté sur le fait que les informations étaient d'une nature si générale qu'elles ne constituaient pas des descriptions concrètes de procédés techniques ou de stratégies commerciales, par exemple.

## 2. DÉCISIONS RENDUES DANS DIFFÉRENTS DOMAINES

### 2.1 Introduction

Toutes les décisions au fond et les décisions d'indemnisation sont publiées sur le site web de la commission des recours ([www.klfu.dk](http://www.klfu.dk)). Les décisions intermédiaires concernant l'octroi de l'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 2023, qui ont toutes été publiées sur le site de la commission. Certaines décisions portent sur des questions de principe. D'autres concernent des problèmes qui, en dépit de leur nature, sont susceptibles de présenter un intérêt pour le grand public.

Les décisions sont réparties selon les catégories suivantes:

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

Les décisions sont réparties selon les problématiques spécialement traitées dans chacune d'entre elles, en ce sens que plusieurs aspects peuvent être mis en avant.

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

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

*Décision du 25 avril 2023, KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen contre Herlev Kommune*

*Le recours portait sur la mise en concurrence d'un contrat de services de nettoyage et de lavage de vitres dans Herlev Kommune. Les autorités municipales avaient résilié le contrat avec le fournisseur initial au motif d'une violation grave et avait conclu un contrat de couverture/temporaire avec un nouveau fournisseur pour une durée d'environ 9,5 mois conformément à l'article 80, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 32, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE). Le fournisseur initial a saisi la commission des recours*

*et fait valoir que les conditions d'application de l'article 80, al. 5, n'étaient pas réunies. Le requérant a obtenu gain de cause. Sanction pécuniaire.*

À la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics, Herlev Kommune ont conclu un contrat avec KN Rengøring pour le nettoyage et le lavage de vitres sur un grand nombre de sites dans la commune. Au bout de deux mois environ, les autorités municipales ont introduit une réclamation portant sur la mauvaise qualité du nettoyage. Elles ont averti le fournisseur que s'il ne remédiait pas à cette faute, le contrat serait résilié. La qualité du nettoyage effectué a fait l'objet d'un contrôle continu et, comme le nettoyage n'atteignait toujours pas selon les autorités le niveau souhaité, celles-ci ont résilié le contrat au bout d'environ six mois, au motif d'une faute grave.

Quelques jours après l'annulation du contrat, Herlev Kommune ont conclu un contrat temporaire avec un nouveau fournisseur pour une durée d'environ 9,5 mois. Le contrat intérimaire a été conclu sans mise en concurrence, car il n'était pas, selon les autorités municipales, soumis à l'obligation de mise en concurrence conformément à l'article 80, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics.

KN Rengøring a saisi la commission des recours et fait valoir que les conditions d'application de l'article 80, al. 5, n'étaient pas réunies.

La commission a déclaré que l'article 80, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics était une disposition dérogatoire à portée réduite et que la charge de la preuve que les conditions d'application de cette disposition étaient réunies incombait à l'entité adjudicatrice. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'application de cette disposition est subordonnée à l'existence (1) d'un événement imprévisible, (2) d'une urgence impérieuse ne permettant pas de respecter les délais exigés pour d'autres procédures et (3) d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en découle.

La commission des recours a établi qu'il n'existait pas de situation imprévisible pour les autorités municipales. Dans son évaluation, la commission a notamment insisté sur le fait que les autorités municipales étaient au courant depuis longtemps des problèmes qui avaient conduit à la résiliation du contrat. Par conséquent, la première condition, selon laquelle il doit exister un événement imprévisible, n'était pas remplie.

Ensuite, la commission des recours a établi que les autorités municipales n'avaient pas prouvé qu'il existait des raisons impérieuses qui rendaient impossible le respect des délais applicables à une procédure de passation de marché ordinaire ou à une procédure d'urgence. À cet égard, la commission des recours a notamment souligné que les autorités municipales n'avaient pas précisé que la mauvaise qualité du nettoyage et du lavage des vitres dans les écoles, par exemple, entraînerait un risque grave pour la santé. La deuxième condition n'était donc pas remplie non plus.

Enfin, la commission a déclaré qu'un nouveau contrat de couverture doit être limité au strict nécessaire et, pour peu qu'il puisse être subdivisé, couvrir uniquement les lots auxquels les raisons impérieuses sont liées, tandis que les autres lots doivent être mis en concurrence selon les règles habituelles. Les autorités municipales n'avaient pas prouvé qu'il était strictement nécessaire de conclure un contrat intérimaire pour tous les services visés par le contrat initial pour une durée de 9,5 mois.

La commission a donc annulé la décision d'attribution du marché. Vu que le contrat avait été exécuté, il n'y avait pas lieu de déclarer le marché passé comme étant dépourvu d'effets. En revanche, les autorités municipales se sont vu infliger une pénalité financière de 840 000 DKK.

*Décision du 28 juin 2023, MED-EL Nordic AB contre Region Hovedstaden (portée devant la justice)*

*Le recours, qui portait sur le fait que les contrats provisoires conclus par des autorités régionales avec certains fournisseurs avaient été conclus sans mise en concurrence, n'a pas été accueilli, car il n'existait pas de motifs suffisants pour invalider l'appréciation faite par les autorités régionales selon laquelle la valeur des contrats ne dépassait pas la valeur-seuil.*

En décembre 2017, Region Hovedstaden ont signé avec quatre fournisseurs, dont MED-EL, un accord-cadre portant sur la livraison d'implants cochléaires et d'accessoires. Le modèle d'attribution était une attribution de gré à gré selon un modèle en cascade avec la possibilité de choisir, sur la base de certaines considérations médicales, un fournisseur autre que celui indiqué par le modèle en cascade.

En 2020, MED-EL a exprimé son mécontentement quant au fait que la société qui figurait comme numéro trois dans l'accord-cadre avait reçu le moins de contrats parmi les quatre cocontractants. Les autorités régionales ayant maintenu que le modèle d'attribution mis en concurrence avait été suivi, MED-EL a saisi la commission des recours et fait valoir que tous les achats effectués dans le cadre des accords-cadres devaient être considérés comme ayant été réalisés sans mise en concurrence et devaient donc être déclarés dépourvus d'effets. Dans sa décision du 21 avril 2021, la commission des recours a débouté MED-EL de sa demande.

Au cours de l'été 2021, les autorités régionales ont constaté qu'en raison de l'impact de la crise du Covid-19 sur les services hospitaliers et d'un manque général de ressources, il serait difficile d'adapter et de préparer un nouveau dossier d'appel d'offres et de réaliser une nouvelle procédure d'appel d'offres qui prendrait effet directement après l'expiration des contrats existants le 31 mars 2022. Les autorités régionales ont jugé nécessaire de couvrir le volume d'achats requis durant la période transitoire entre l'expiration des contrats et la nouvelle procédure d'appel d'offres en concluant un contrat provisoire pour cette période. Les autorités régionales ont conclu avec trois fournisseurs initiaux des contrats provisoires courant à partir du 1<sup>er</sup> avril 2022. Les contrats provisoires seraient d'application jusqu'à leur résiliation. Le quatrième fournisseur, MED-EL, s'était adressé aux autorités régionales pour savoir comment elles comptaient acheter des implants cochléaires jusqu'à la conclusion d'un nouveau contrat. Les autorités régionales ont répondu qu'à la suite d'un changement du volume d'achats requis, leur quantité totale d'achats pour les implants sur une période de 12 mois ne dépasserait pas le seuil fixé pour les procédures d'appel d'offres lancées au titre du chapitre II de la loi sur la passation des marchés publics. Les autorités régionales ont ajouté que de nombreuses opérations chirurgicales avaient été annulées en raison de la crise sanitaire, y compris des opérations pour lesquelles des produits avaient déjà été achetés. Elles possédaient dès lors un trop grand nombre d'implants, ce qui impactait le volume d'achats requis.

En juin 2022, MED-EL a annoncé que si elle n'obtenait pas un accord pour la livraison d'implants à l'instar des trois autres fournisseurs avec précision d'un chiffre d'affaires garanti, MED-EL saisirait la commission des recours en demandant que les contrats provisoires soient déclarés dépourvus d'effets. Les autorités

régionales ont répondu que MED-EL pouvait obtenir un contrat sans garantie de chiffre d'affaires, c.-à-d. dans les mêmes conditions que les autres fournisseurs. MED-EL a alors saisi la commission des recours.

Les autorités régionales ont conclu au rejet du recours au motif que MED-EL ne possédait pas l'intérêt à agir requis, mais la commission les a déboutées de leur demande.

MED-EL a fait valoir que les autorités régionales avaient agi en violation des principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics en concluant les contrats provisoires sans mise en concurrence.

La commission a débouté MED-EL de sa demande au motif qu'il n'existait pas, à la lumière d'une évaluation globale, de motifs suffisants pour invalider l'appréciation faite par les autorités régionales concernant la valeur des achats. À cet égard, la commission a insisté sur le fait que les autorités régionales disposaient d'avance d'un grand nombre d'implants pouvant être utilisés pour les interventions chirurgicales à venir et que les achats des patients ne devaient pas être pris en compte dans le calcul visant à déterminer si la valeur-seuil était dépassée.

*Décision du 26 septembre 2023, Konsortiet Abena A/S et Coloplast Danmark A/S contre Esbjerg Kommune, Middelfart Kommune, Vejle Kommune, Herning Kommune, Fanø Kommune, Vejen Kommune, Varde Kommune et Billund Kommune*

*Le recours portait sur la mise en concurrence d'un accord-cadre visant l'achat de produits de soin des stomies pour les citoyens avec système d'attribution en vertu de l'article 112 de la loi danoise sur les prestations de services. Le recours avait été formé par un soumissionnaire évincé. La question était de savoir si le service était soumis à l'obligation de mise en concurrence. Informations sur les motifs d'exclusion dans l'avis de marché. La commission des recours a constaté que les entités adjudicatrices avaient violé les règles en matière de marchés publics en ne spécifiant pas de quantité maximale ni de valeur maximale pour la conclusion de marchés relevant de l'accord-cadre. La décision d'attribution a donc été annulée.*

La commission a tout d'abord examiné si le contrat mis en concurrence était un contrat synallagmatique, car cela était déterminant pour pouvoir établir s'il s'agissait d'un service soumis à l'obligation de mise en concurrence et, partant, si la commission était compétente pour connaître du recours. Le dossier d'appel d'offres indiquait qu'outre la livraison de produits de soin des stomies aux citoyens, le fournisseur devait fournir aux autorités municipales un système d'attribution, qu'il devait former les employés municipaux à l'utilisation de ce système et rédiger un guide d'utilisation et qu'il était tenu de fournir une assistance-conseil en soins infirmiers aux employés municipaux pendant la durée du contrat sous la forme d'un service-conseil par téléphone et en personne. La commission des recours a estimé qu'il s'agissait d'une mise en concurrence d'un contrat de fourniture au titre de l'article 112, al. 2, de la loi sur les prestations de services, que ce contrat était un contrat synallagmatique et qu'il était donc soumis à l'obligation de mise en concurrence.

La commission des recours a ainsi établi qu'il était conforme à l'article 128, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics (articles 49 et 51, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE), aux dispositions relatives aux motifs d'exclusion obligatoires et non obligatoires et à l'annexe V, partie C, de la directive sur la passa-

tion des marchés publics qu'une entité adjudicatrice n'indique dans l'avis de marché que les motifs d'exclusion non obligatoires qui sont d'application. Il n'est donc pas nécessaire que l'entité adjudicatrice mentionne explicitement les motifs d'exclusion obligatoires dans l'avis de marché.

Le recours portait par ailleurs sur la détermination de la valeur maximale de l'accord-cadre. Les entités adjudicatrices avaient indiqué un montant d'environ 116 millions de DKK aux points II.1.5) et II.2.6) de l'avis de marché. Cependant, elles avaient renseigné, dans le cadre d'une réponse à une question posée durant l'appel d'offres, une valeur maximale de 140 millions de DKK. La commission des recours s'est référée à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-23/20, Simonsen et Weel, et a déclaré qu'une valeur maximale attendue et une consommation annuelle estimée ne constituaient pas un seuil maximal fixe et ne pouvaient donc pas être considérées comme une indication de la quantité maximale ou de la valeur totale maximale des produits à fournir. Sur cette base, les autorités municipales ne répondaient pas à l'exigence selon laquelle une quantité maximale ou une valeur maximale des produits à livrer au titre de l'accord-cadre doit être spécifiée dans l'avis de marché ou dans les autres documents de marché.

Globalement, la commission des recours a décidé d'annuler la décision d'attribution en référence à l'absence d'indication de la quantité maximale ou de la valeur totale maximale de l'accord-cadre.

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

*Décision intermédiaire du 17 janvier 2023, Fitness Engros A/S contre Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI)*

*FMI avait enfreint les règles en matière de marchés publics en ne précisant pas la manière dont les soumissionnaires pouvaient démontrer que l'équipement d'haltérophilie offert répondait aux spécifications de la Fédération internationale d'haltérophilie (IWF). Il était donc envisageable que la procédure de passation de marché serait annulée.*

*En outre, la commission des recours a déclaré que l'article 41, al. 1<sup>er</sup>, n° 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE) devait être entendu de telle sorte que le terme « normes » se référait aux normes définies par des organismes de normalisation spécifiques, dont l'IWF ne faisait pas partie, et qu'une condition ne pouvait être désignée comme une exigence minimale pour le service mis en concurrence que s'il était clairement expliqué aux soumissionnaires comment ils devaient s'y prendre pour indiquer ou documenter que l'exigence minimale était respectée.*

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 livraison de matériel de gymnastique. Le recours a été formé par Fitness Engros, dont l'offre avait été rejetée par FMI au motif que certains appareils d'haltérophilie offerts ne répondaient pas aux exigences définies dans le dossier d'appel d'offres. Toutefois, le dossier n'indiquait pas clairement aux soumissionnaires comment et avec quels moyens ils étaient supposés documenter « l'équivalence » de leurs équipements, en ce compris que la documentation ne pouvait pas provenir du fabricant et qu'un certificat ou un rapport émis par un tiers indépendant était requis avant que la documentation ne puisse être approuvée. Les soumissionnaires qui avaient choisi de payer l'IWF pour obtenir une certification avaient dès lors été discriminés par rapport aux autres soumissionnaires.

La condition de justification à première vue était ainsi remplie pour ce qui concerne une partie du recours, mais vu que la condition d'urgence n'était pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours. FMI a ensuite annulé la procédure de passation de marché et Fitness Engros s'est désistée. La décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

*Décision du 16 février 2023, Microsoft Danmark ApS contre Ørsted Services A/S*

*Rien ne permettait d'interpréter l'article 77 de la directive sur les services spéciaux de telle sorte qu'un système de sélection au titre de cet article ne pouvait pas s'appliquer à un accord-cadre. Lors de l'application du système de sélection, l'entité adjudicatrice avait fourni suffisamment d'informations sur la valeur de l'accord-cadre. En outre, la commission des recours a déclaré qu'à la base, des modifications pouvaient légalement être apportées aux éléments qui sont marqués d'avance comme faisant l'objet d'une négociation, par exemple les exigences négociables (dénommées « exigences standard » dans l'appel d'offres en question), et qu'une méthodologie qui, dans les documents de marché, faisait la distinction entre les exigences d'évaluation, les exigences standard et les exigences minimales n'était pas réputée non transparente et inadéquate.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la directive sur les services spéciaux et concernant un accord-cadre visant la fourniture de services informatiques. Les candidats ont été présélectionnés par le biais d'un système de sélection.

Le recours avait été formé par Microsoft, dont l'offre finale avait été rejetée par Ørsted au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges.

La commission des recours a estimé que, selon le libellé des articles 44, 47 et 51 de ladite directive, il était possible d'utiliser un système de sélection pour la mise en concurrence d'un accord-cadre et que cela n'était pas contraire à l'objectif des systèmes de sélection ni à l'objectif d'une concurrence effective. Dès lors, la commission a débouté Microsoft de sa demande.

En outre, la commission a estimé que le système de sélection avait été publié dans un avis de marché contenant les informations nécessaires et qu'Ørsted avait, dans son appel à candidatures pour la présélection, indiqué un montant total estimé et un montant maximum estimé conformément aux règles relatives à l'utilisation d'un système de sélection. Ørsted avait ainsi honoré son obligation de fournir les informations indiquées.

Le dossier d'appel d'offres faisait la distinction entre les exigences d'évaluation, les exigences standard et les exigences minimales. Seules les réponses aux exigences d'évaluation seraient prises en compte dans l'évaluation des offres. Les exigences standard pourraient être négociées au cours de la procédure d'appel d'offres, mais ne pourraient pas être modifiées dans la mesure où les modifications apportées constituaient une modification d'éléments fondamentaux. Les exigences minimales n'étaient pas négociables. Tout écart par rapport aux exigences standard et minimales dans l'offre finale serait traité comme une réserve. Si l'offre finale des soumissionnaires contenait des réserves par rapport aux exigences minimales, l'offre serait rejetée. En revanche, si les réserves portaient sur les exigences standard, l'entité adjudicatrice tenterait de fixer leur prix. S'il n'était pas possible de fixer le prix des réserves émises avec le niveau d'assurance et d'objectivité requis, l'offre serait rejetée comme étant non conforme au cahier des charges. La commission

a établi que la méthodologie appliquée pour les exigences était clairement décrite dans le dossier d'appel d'offres et que les différents types d'exigences avaient également été appliqués en conséquence. Les documents de marché présentaient donc le niveau de précision requis pour servir de base à une évaluation légale des offres et à la prise d'une décision d'attribution légale.

*Décision intermédiaire du 21 mars 2023, EV Infra Denmark ApS contre Køge Kommune*

*Les exigences en matière de capacité économique et financière doivent être liées et proportionnées à la nécessité de garantir la capacité du soumissionnaire retenu d'exécuter le marché, compte tenu de l'objet de la concession et de l'objectif d'assurer une concurrence effective. En l'espèce, l'entité adjudicatrice n'a pas démontré que le fait d'exiger des capitaux propres positifs était conforme à ces conditions. La condition de justification à première vue était ainsi remplie.*

Le recours portait sur la remise en concurrence au titre de la directive sur l'attribution de contrats de concession (directive 2014/23/UE) d'un contrat visant l'installation et l'exploitation de bornes de recharge pour véhicules électriques.

Dans les conditions du contrat de concession, Køge Kommune exigeaient que les capitaux propres des soumissionnaires aient été positifs au cours des trois derniers exercices. Les autorités municipales n'avaient pas défini d'autres exigences concernant la capacité économique et financière des soumissionnaires. Lors de l'évaluation des offres, les autorités municipales ont exclu EV Infra au motif qu'elle ne répondait pas aux exigences minimales en matière de capacité économique et financière. EV Infra, qui disposait de capitaux propres positifs de 40 000 DKK, était une filiale nouvellement créée d'une société étrangère.

La commission des recours a tout d'abord établi qu'il résultait de l'article 38, paragraphe 1, deuxième phrase, de la directive sur l'attribution de contrats de concession que les exigences relatives à la situation économique et financière des participants devaient être liées et proportionnées à la nécessité de garantir la capacité du concessionnaire d'exploiter la concession, compte tenu de l'objet de la concession et de l'objectif d'assurer une concurrence effective.

La commission des recours a ensuite déclaré que (vue isolément) l'exigence relative à la capacité économique et financière des soumissionnaires imposée par l'entité adjudicatrice n'excluait que les soumissionnaires qui, au cours des trois derniers exercices, avaient enregistré des résultats négatifs ayant entraîné une perte de capitaux propres. En outre, cette exigence excluait les soumissionnaires qui n'existaient pas depuis suffisamment longtemps pour fournir des états financiers couvrant trois exercices. Pour autant, selon les conditions du contrat de concession, cette exigence ne pouvait pas conduire à l'exclusion de jeunes entreprises, en ce sens que lesdites conditions présupposaient que des offres pouvaient être soumises par des soumissionnaires existant depuis moins de trois années fiscales.

Les autorités municipales n'avaient pas décrit plus avant l'objectif de l'exigence définie ni précisé que celle-ci était liée et proportionnée à la nécessité de garantir la capacité du soumissionnaire retenu d'exploiter la concession. Dans le cadre de l'exclusion d'EV Infra, les autorités municipales n'avaient pas non plus expliqué en quoi EV Infra n'avait pas suffisamment démontré sa capacité financière.

La commission des recours a ensuite estimé que Køge Kommune n'avaient pas démontré qu'EV Infra ne satisfaisait pas à l'exigence relative à sa capacité financière et économique. La condition d'urgence n'étant

pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif. Les autorités municipales ont alors annulé la décision d'attribution et le requérant s'est désisté. La décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

*Décisions des 22 mars et 10 mai 2023, Filial af Trend Micro Emea Limited contre Region Hovedstaden*

*Les exigences relatives à la compatibilité des logiciels avec l'environnement informatique existant de l'entité adjudicatrice étaient objectives et proportionnelles.*

Le recours portait sur l'achat d'un « logiciel de protection des points de terminaison » par le biais d'un système d'acquisition dynamique de logiciels standard (SKI 02.06).

Dans le dossier d'appel d'offres, Region Hovedstaden exigeaient que le logiciel soit compatible avec leur solution de pare-feu et de bac à sable actuel. Dans les faits, ces exigences avaient pour conséquence que plusieurs produits logiciels, y compris le logiciel de protection des points d'accès du requérant, ne satisfaisaient pas aux conditions définies et qu'ils ne pouvaient donc pas faire l'objet d'une offre.

La commission des recours s'est tout d'abord référée à l'article 40, al. 1<sup>er</sup> et 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et à ses travaux législatifs préparatoires, dont il ressort notamment que, conformément au principe de proportionnalité, l'entité adjudicatrice ne peut fixer que des exigences proportionnelles à la valeur et aux objectifs du marché et que, par conséquent, seules des exigences nécessaires et adéquates pour atteindre les objectifs visés peuvent être définies. En outre, s'agissant du principe d'égalité de traitement, il est précisé que des éléments similaires ne peuvent pas être traités de manière différente et que des éléments différents ne doivent pas être traités de manière identique, à moins que cette différence de traitement ne soit objectivement justifiée et proportionnelle. Par conséquent, l'entité adjudicatrice peut déterminer les spécifications techniques de telle manière que seuls certains opérateurs économiques ont accès à la procédure de passation de marché pour peu que ces exigences soient objectives. En outre, l'entité adjudicatrice ne peut pas, via les spécifications techniques, créer des obstacles injustifiés à la concurrence ou, de quelque autre manière, la limiter artificiellement. C'est pourquoi il n'est possible pour l'entité adjudicatrice de définir pour les spécifications techniques des exigences qui ont pour effet de limiter la concurrence que si elle peut fournir des raisons objectives pour ces exigences.

La commission des recours s'est ensuite retrouvée partagée, en ce sens que son président a estimé que les exigences définies étaient proportionnelles et objectivement justifiées par la nécessité de préserver et d'exploiter l'infrastructure existante pour contribuer à renforcer la sécurité informatique et à minimiser les risques, tandis que l'expert a estimé que l'entité adjudicatrice, en invoquant de manière générale des « raisons de sécurité, organisationnelles, techniques et économiques » notamment, n'avait pas prouvé que les exigences étaient objectives et proportionnelles.

La voix du président étant prépondérante en cas d'égalité, cf. article 10, al. 5, de la loi sur la commission des recours, la commission a débouté le requérant de sa demande.

*Décision du 24 avril 2023, Meldgaard Miljø A/S contre Afatek A/S*

*Le soumissionnaire retenu possédait l'intérêt à agir requis à l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours. Le recours à la procédure d'urgence prévue à l'article 57, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 27, paragraphe 1, deuxième alinéa, et paragraphes 2 à 4, de la directive 2014/24/UE) n'était pas justifié.*

Deux procédures d'appel d'offres lancées (simultanément) au titre du chapitre II de la loi sur la passation des marchés publics et concernant un service d'élimination de scories ont été réalisées sous la forme de procédures d'urgence au titre de l'article 57, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 27, paragraphe 1, deuxième alinéa, et paragraphes 2 à 4, de la directive 2014/24/UE), avec un délai de 15 jours pour la soumission des offres. Meldgaard, qui avait remporté les deux appels d'offres, a saisi la commission des recours en faisant valoir, entre autres, que l'application d'une procédure d'urgence et d'un délai de 15 jours pour la soumission des offres n'était pas justifiée.

Afatek a conclu au rejet du recours en référence au fait que Meldgaard n'avait pas d'intérêt à agir. À titre subsidiaire, Afatek concluait au rejet des demandes concernant l'article 57, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 27, paragraphe 1, deuxième alinéa, et paragraphes 2 à 4, de la directive 2014/24/UE). Afatek a reconnu d'autres infractions.

La commission des recours a noté que le terme « intérêt à agir » figurant à l'article 6, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours devait être interprété au sens large, conformément aux arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires C-249/01 et C-492/06. Aussi bien avant qu'immédiatement après les procédures d'appel d'offres en question, Afatek avait lancé des appels d'offres similaires en appliquant la procédure d'urgence et avait indiqué dans l'avis de marché qu'il s'agissait d'une « procédure ouverte récurrente ». Meldgaard était supposée figurer parmi les acteurs relativement peu nombreux sur ce marché et avait, au cours des procédures d'appel d'offres, posé des questions concernant les raisons qui avaient poussé l'entité adjudicatrice à recourir à la procédure accélérée. Afatek avait déclaré qu'il fallait s'attendre à ce que la procédure accélérée soit également appliquée à l'avenir.

Sur cette base, Meldgaard possédait un intérêt concret et direct à chercher à savoir si l'application de la procédure d'urgence était conforme aux règles en matière de marchés publics. Dès lors, la commission n'a pas accueilli la demande de rejet.

L'article 57, al. 5, de la loi danoise sur les marchés publics (article 27, paragraphe 1, deuxième alinéa, et paragraphes 2 à 4 de la directive 2014/24/UE) est d'application dans les cas où un « besoin urgent » de l'entité adjudicatrice rend impossible le respect du délai de 30 jours prévu à l'article 57, al. 2. Dans le cadre des appels d'offres répétés pour lesquels la procédure d'urgence a été appliquée, Afatek a chaque fois justifié son choix en indiquant : « espace de stockage limité pour les scories ». Afatek avait ainsi fait de la disposition dérogatoire relative à la procédure accélérée prévue à l'article 57, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 27, paragraphe 1, deuxième alinéa, et paragraphes 2 à 4 de la directive 2014/24/UE) une procédure standard pour Afatek. Le délai ne pouvait pas non plus être raccourci de 30 à 15 jours sans justification précise.

La commission des recours a donc donné gain de cause au requérant concernant ses conclusions selon lesquelles il avait été injustifié de recourir à la procédure d'urgence et de raccourcir le délai à 15 jours.

Ayant globalement évalué les faits, la commission n'a pas accueilli la demande d'annulation. La commission a insisté sur le fait que Meldgaard avait voulu, par ses recours, obtenu des éclaircissements quant aux limites dans lesquelles Afatek pouvait répéter la procédure accélérée, mais que Meldgaard s'était en même temps déclarée entièrement disposée à maintenir les offres soumises dans le cadre des deux appels d'offres.

*Décision du 11 mai 2023, Dustin A/S contre Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI)*

*Mise en concurrence, dans le cadre d'une procédure ouverte au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics, d'un accord-cadre composé de deux lots concernant la fourniture d'ordinateurs et de services et accessoires associés à des fins administratives (lot n° 1) et scolaires (lot n° 2). Les lots avaient été attribués au même soumissionnaire. Le recours a été formé par le fournisseur initial des deux lots, dont les deux offres n'étaient pas conformes au cahier des charges. Dans sa décision intermédiaire du 12 septembre 2022, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours. Les marchés ont ensuite été conclus. Le requérant n'a pas obtenu gain de cause concernant plusieurs chefs de recours, dont celui selon lequel il n'aurait pas dû être possible de modifier le cahier des charges sans une remise en concurrence. Le catalogue électronique indiquait incontestablement que les offres retenues n'étaient pas conformes au cahier des charges sur plusieurs points. La commission est partie du principe que SKI aurait découvert le problème de conformité avant la conclusion du marché si le catalogue électronique avait été préparé avant la conclusion du marché comme le prévoyait le cahier des charges et non pas plus tard au cours de la procédure (avis divergents). Annulation des décisions d'attribution.*

Dans le cadre d'une procédure ouverte au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics, SKI a mis en concurrence un accord-cadre composé de deux lots concernant la fourniture d'ordinateurs et de services et accessoires associés à des fins administratives et scolaires. Chaque lot devait être attribué à un seul fournisseur. La valeur estimée des deux lots était de 3,237 milliards DKK. La valeur maximale avait été fixée à 4,657 milliards DKK. Le critère d'attribution était le prix. L'appel d'offres a été réalisé à l'aide du système d'adjudication électronique ETHICS.

SKI a reçu quatre offres pour le lot n° 1 et trois offres pour le lot n° 2, y compris des offres de Dustin et Comm2IG pour les deux lots.

Les offres de Dustin n'étaient pas conformes au cahier des charges, car seuls des documents vides avaient été téléchargés. SKI a attribué les deux lots à Comm2IG. Dustin a ensuite saisi la commission des recours. La commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours du fait que la condition d'urgence n'était pas remplie, et SKI a tout de suite après conclu des contrats avec Comm2IG.

Le recours a été traité par deux membres de la présidence et deux experts, conformément à l'article 10, al. 4, de la loi sur la commission des recours.

Le recours comprenait 16 chefs de recours:

Le premier chef portait sur une violation de l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics commise par l'entité adjudicatrice en prolongeant le délai de soumission des offres par le biais d'un avis d'informations complémentaires qui n'a été envoyé à l'Office des publications de l'UE que le lendemain de l'expiration du délai. Conformément à l'article 93, al. 3, de la loi sur la passation des marchés publics (article 47 de

la directive 2014/24/UE), la date limite de réception des offres doit être indiquée dans l'avis de marché, et le rectificatif aurait donc dû être envoyé à l'Office des publications avant l'expiration du délai applicable. Les règles de la loi danoise sur les marchés publics relatives à la fixation des délais et à l'ouverture des offres sont conçues pour soutenir le respect des principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence. Le requérant a obtenu gain de cause. L'infraction n'ayant pas eu d'incidence matérielle concrète, elle n'a pas conduit à l'annulation des décisions d'attribution.

Les chefs de recours n° 2 à 10 portaient sur diverses modifications apportées au cahier des charges au cours de la procédure d'appel d'offres. La décision examine le droit de l'entité adjudicatrice d'apporter des modifications essentielles et non essentielles sans remise en concurrence par opposition à la modification d'éléments fondamentaux, laquelle exige une remise en concurrence.

Le chef de recours n° 2 portait uniquement sur une clarification des documents de marché et les soumissionnaires ont été informés de manière appropriée. Le chef de recours n° 3 portait sur une erreur de frappe, ce qui aurait dû être clair pour tous les acteurs professionnels. Les soumissionnaires ont été informés de manière appropriée. Le chef de recours n° 4 portait de toute évidence sur une rectification d'un texte mal formaté. Le chef de recours n° 5 concernait le lot n° 2 et portait d'une part sur une clarification linguistique des documents de marché, qui ne constituait pas une modification du cahier des charges proprement dit. D'autre part, le chef de recours portait sur une modification de l'exigence d'un écran tactile intégré, à la suite de laquelle les soumissionnaires ont eu la possibilité d'offrir une plus large gamme de produits dans un sous-groupe. Il n'a pas été démontré que la modification aurait pu influencer sur la participation de soumissionnaires potentiels à l'appel d'offres ou fausser la concurrence. Il ne s'agissait donc pas d'une modification d'un élément fondamental. En revanche, il s'agissait d'une modification essentielle qui, conformément aux événements, nécessitait un prolongement du délai de réception des offres, cf. article 93, al. 4, n° 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 47 de la directive 2014/24/UE). Le chef de recours n° 6 concernait le lot n° 2 et portait sur une modification de l'exigence liée à la capacité de la batterie de certains ordinateurs, à la suite de laquelle les soumissionnaires ont eu la possibilité d'offrir une plus large gamme de produits pour les groupes de produits. Il n'a pas été démontré que la modification aurait pu influencer sur la participation de soumissionnaires potentiels à l'appel d'offres ou fausser la concurrence. Il ne s'agissait donc pas d'une modification d'un élément fondamental. En revanche, il s'agissait d'une modification essentielle exigeant le prolongement du délai de réception des offres conformément à l'article 93, al. 4, n° 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 47 de la directive 2014/24/UE). Le délai a ainsi été prolongé à la suite aussi de la modification apportée aux exigences liées aux écrans tactiles (cf. chef de recours n° 5). Comme les chefs de recours n° 5 et 6, le chef de recours n° 7 concernait le lot n° 2 et portait sur une modification permettant aux « housses » de bénéficier d'une exception à l'exigence selon laquelle tous les accessoires devaient être des accessoires d'origine du fabricant de l'ordinateur portable. Il n'a pas été démontré que la modification aurait pu influencer sur la participation de soumissionnaires potentiels à l'appel d'offres ou fausser la concurrence. En revanche, il s'agissait d'une modification essentielle exigeant le prolongement du délai de réception des offres conformément à l'article 93, al. 4, n° 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 47 de la directive 2014/24/UE). Le délai a ainsi été prolongé à la suite aussi des modifications visées par les chefs de recours n° 5 et 6. Le chef de recours n° 8, qui concernait le lot n° 1, et le chef de recours n° 9, qui concernait le lot n° 2, affirmaient que le nombre total de modifications devait, de par leur nature, être considéré comme fondamental et nécessitait donc une remise en concurrence. Le chef de recours n° 10 portait sur la durée de certains prolongements des délais fixés par

SKI à la suite des modifications apportées, cf. article 93, al. 4, n° 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 47 de la directive 2014/24/UE).

Après avoir entendu une description complète et détaillée des motifs, la commission des recours a débouté le requérant de toutes ses demandes.

Le chef de recours n° 11, qui concernait le lot n° 1, et le chef de recours n° 12, qui concernait le lot n° 2, portaient sur une violation des article 2 (article 18, paragraphe 1 de la directive 2014/24/UE) et article 42 (article 42, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE) de la loi sur la passation des marchés publics commise par l'entité adjudicatrice en faisant référence à certaines marques dans le cahier des charges. En référence à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 12 juillet 2018 dans l'affaire C-14/17, VAR et ATM, la commission des recours a établi que l'article 42, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE) était une disposition dérogatoire qui devait être interprétée de manière restrictive. Les parties avaient unanimement convenu que l'entité adjudicatrice possédait (dans de nombreux appels d'offres impliquant l'achat de programmes informatiques, y compris de systèmes d'exploitation, etc.) un besoin objectif et légitime que le nouveau logiciel soit compatible avec l'environnement informatique existant. Dustin n'a pas prouvé que les nombreuses références à des fabricants, marques commerciales, etc. spécifiques dans le cahier des charges ne garantissaient pas la compatibilité avec l'environnement informatique existant des clients. En référence aussi au large pouvoir d'appréciation des entités adjudicatrices dans la détermination de leurs besoins d'achat, la commission des recours a débouté le requérant de ses demandes.

Le chef de recours n° 13 concernant le lot n° 1 et le chef de recours n° 14 concernant le lot n° 2 portaient sur une violation de l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE). Le catalogue électronique ainsi que les descriptions de produits et fiches techniques associées indiquaient que les offres de Comm2IG n'étaient pas conformes au cahier des charges sur plusieurs points, ce que SKI n'aurait incontestablement pas pu constater au moment de la soumission de l'offre. Dustin a fait valoir que SKI se serait rendu compte que l'offre de Comm2IG n'était pas conforme pour les deux lots si elle avait comme prévu contrôlé le catalogue électronique avant la conclusion du marché. SKI a fait valoir que le catalogue électronique n'avait pas été créé avant la conclusion du marché. La question de la non-conformité n'était donc que de nature contractuelle.

La majorité des membres de la commission des recours ont déclaré que le cahier des charges devait être entendu de telle sorte qu'aucun marché ne serait conclu tant que le catalogue électronique n'avait pas été préparé. L'obligation d'examen découlant du droit des marchés publics, à laquelle SKI s'était elle-même soumise lors de l'organisation de l'appel d'offres concernant la création du catalogue électronique, aurait ainsi conduit au rejet des offres de Comm2IG pour cause de non-conformité. SKI avait donc violé l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) en ne suivant pas la procédure arrêtée et en attribuant les marchés à Comm2IG alors qu'elle ne remplissait pas plusieurs exigences du cahier des charges.

Des membres de la commission des recours étaient d'un avis divergent. Selon eux, le cahier des charges devait être entendu de telle sorte que SKI pouvait choisir de conclure les marchés avant ou après la création du catalogue électronique, et le contrôle ne pouvait pas être considéré comme un contrôle matériel de la conformité des produits avec le cahier des charges.

Le requérant a dès lors obtenu gain de cause pour ces chefs de recours.

Le chef de recours n° 15, qui concernait le lot n° 1, et le chef de recours n° 16, qui concernait le lot n° 2, portaient sur l'annulation des décisions d'attribution. À la suite de l'évaluation faite par la commission concernant les chefs de recours n° 13 et 14, le requérant a obtenu gain de cause.

*Décision du 1<sup>er</sup> juin 2023, MAN Truck & Bus Danmark A/S contre Region Sjælland, Region Midtjylland, Region Nordjylland et Region Hovedstaden (portée devant la justice)*

*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 différents types d'ambulances. Le requérant a été débouté de sa demande, selon laquelle notamment l'offre retenue ne remplissait pas un certain nombre d'exigences spécifiques.*

Les autorités de quatre régions ont lancé conjointement un appel d'offres concernant un accord-cadre portant sur la fourniture d'ambulances, d'ambulances spécialisées et de véhicules pour le transport de patients allongés. MAN était un soumissionnaire évincé qui demandait l'annulation.

Du fait de sa nature et de la valeur de l'appel d'offres, le recours a été traité par deux membres de la présidence de la commission et par deux experts, cf. article 10, al. 4, de la loi sur la commission des recours.

Dans un premier temps, la commission a déclaré que, comme MAN n'avait pas déposé de conclusions concernant l'évaluation proprement dite des offres, elle ne se prononcerait pas sur cette question, conformément à l'article 10, al. 1<sup>er</sup>, deuxième phrase, de la loi sur la commission des recours, même si MAN semblait avoir contesté l'évaluation dans son argumentation.

MAN a fait valoir que les véhicules proposés ne répondaient pas à une exigence de hauteur maximale de 2 700 mm et qu'ils ne pourraient être mis en conformité que si leur châssis était abaissé, ce qui serait contraire à une norme spécifique. MAN a en outre fait valoir qu'en raison de la configuration des fenêtres, les ambulances spécialisées proposées ne pourraient pas obtenir l'agrément nécessaire, lequel faisait partie des exigences. Par ailleurs, MAN a invoqué que le soumissionnaire retenu avait émis des réserves en indiquant, sur certains plans soumis avec l'offre afin de documenter sa conformité à une exigence d'évaluation, que le produit final pourrait s'écarter de ces plans. Enfin, MAN a fait valoir que les véhicules proposés ne répondaient pas aux exigences spécifiées concernant notamment les solutions de rangement, les feux clignotants d'urgence ainsi que les arêtes et les coins arrondis. L'argumentation de MAN était basée sur les plans présentés par le soumissionnaire retenu. Le requérant n'a obtenu gain de cause sur aucun de ces points.

La commission des recours n'a pas accueilli non plus les conclusions subsidiaires du requérant, selon lesquelles certaines des exigences énoncées ne se prêtaient pas à former des exigences minimales. Ces conclusions n'ont pas été retenues pour le simple fait qu'il ne s'agissait pas d'exigences minimales. En outre, la commission a estimé que les exigences d'évaluation concernant la présentation des plans n'étaient pas non plus formulées de manière imprécise.

Dès lors, la commission des recours n'a pas accueilli la demande d'annulation.

*Décision du 2 août 2023, S.A.S. SAF Helicopteres contre Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syd-danmark, Region Sjælland et Region Hovedstaden*

*Les autorités des différentes régions danoises avaient lancé conjointement une procédure d'appel d'offres négociée concernant l'achat d'hélicoptères médicaux d'urgence. La procédure était une remise en concurrence, cf. décision de la commission des recours du 12 janvier 2022. Un soumissionnaire évincé a dénoncé la modification de certains paramètres concurrentiels et le modèle d'évaluation utilisé et a demandé l'octroi de l'effet suspensif. Par décision intermédiaire du 22 février 2023, la commission a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours, du fait que la condition de justification à première vue n'était pas remplie. Dans sa décision définitive du 2 août 2023, elle a débouté le requérant de toutes ses demandes. La décision de la commission du 22 février 2023, dans l'affaire opposant Konsortiet Hems Denmark et les mêmes entités adjudicatrices, concernant l'octroi de l'effet suspensif, porte sur un autre recours concernant la même procédure d'appel d'offres avec des motifs de plainte en partie identiques. Le requérant s'est désisté à la suite de la décision rendue sur la condition de justification à première vue.*

Du fait de sa nature et de la valeur de l'appel d'offres, le recours a été traité par deux membres de la présidence de la commission et par deux experts, cf. article 10, al. 4, de la loi sur la commission des recours.

Les chefs de recours n° 1 à 3 concernaient le modèle d'évaluation, notamment la question de savoir si ce modèle apparaissait assez clairement dans le dossier d'appel d'offres et si l'évaluation proprement dite avait été effectuée conformément à ce modèle. Il s'agissait notamment de savoir si les régions avaient eu le droit d'utiliser des points de référence dans l'évaluation sans que cela ne soit spécifiquement indiqué dans les documents de marché. La commission a estimé que la description du modèle d'évaluation dans le cahier des charges était suffisante et claire et que l'évaluation avait été effectuée en conformité avec ce modèle.

Le chef de recours n° 4 portait sur le fait qu'il était indiqué dans les documents de marché que les soumissionnaires pouvaient choisir d'utiliser gratuitement un hangar que les autorités régionales n'avaient pas encore construit à l'aérodrome de Ringsted pour le stockage d'un hélicoptère de réserve, ou qu'ils pouvaient choisir d'utiliser un autre emplacement dont le coût serait alors à la charge des soumissionnaires. Le requérant a fait valoir que ce choix avait une incidence économique si importante qu'il devait être considéré comme un paramètre concurrentiel déguisé, en violation des principes de transparence et d'égalité de traitement. La commission a estimé qu'il n'y existait aucune information ni indication que le choix du site pour l'hélicoptère de réserve serait pris en compte ou avait été pris en compte dans l'évaluation des offres reçues.

Le chef de recours n° 5 portait sur le fait qu'un autre soumissionnaire avait, durant les négociations, été informé des éléments qui étaient considérés, d'un point de vue médical, constituer des problèmes d'ergonomie dans l'hélicoptère. Conformément au principe d'égalité de traitement énoncé à l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE), les autorités régionales ont décidé de partager ces informations avec les autres soumissionnaires. La commission des recours a estimé qu'en informant les autres soumissionnaires, les autorités régionales avaient compensé l'éventuel avantage concurrentiel dont aurait bénéficié le soumissionnaire initialement informé.

Le chef de recours n° 6 portait sur la question de savoir si un certain nombre de modifications apportées au cahier des charges étaient justifiées ou si elles devaient être considérées comme une modification d'éléments fondamentaux du dossier d'appel d'offres. Il était possible que l'une de ces modifications puisse fausser la concurrence en faveur de certains soumissionnaires. Toutefois, étant donné que la modification avait été apportée à un moment où le groupe des soumissionnaires spécifiques était établi et qu'aucun des soumissionnaires identifiés ne bénéficierait d'un avantage concurrentiel, la concurrence n'avait pas été concrètement faussée et la modification ne constituait donc pas une modification d'éléments fondamentaux.

*Décision du 21 septembre 2023, Bravida Danmark A/S contre Københavns Kommune*

*Dans le cadre de la mise en concurrence d'un accord-cadre portant sur des installations techniques, l'entité adjudicatrice avait exigé comme minimum un ratio de solvabilité de 20 % au cours des « deux derniers exercices disponibles ». La commission des recours a établi que les comptes annuels d'une société anonyme de droit danois étaient réputés disponibles dès l'approbation des comptes par l'assemblée générale de la société. Une offre qui ne remplissait pas l'exigence minimale a été rejetée.*

En mars 2023, Københavns Kommune ont lancé un appel d'offres public au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics concernant un accord-cadre visant la rénovation et l'établissement d'installations techniques. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix.

Les soumissionnaires devaient avoir enregistré un ratio de solvabilité de 20 % au cours de chacun des deux derniers exercices. Les rapports annuels de Bravida pour 2020 et 2021 faisaient état d'un ratio de solvabilité de plus de 20 % et Bravida s'est référée à ces exercices dans le formulaire DUME joint à son offre.

Le 18 avril 2023, l'assemblée générale de Bravida a approuvé le rapport annuel de 2022, qui faisait état d'un ratio de solvabilité inférieur à 20 %. Le délai de réception des offres a expiré le 26 avril 2023. Le 28 avril, Bravida a transmis son rapport annuel pour 2022 à l'Autorité danoise des entreprises (*Erhvervsstyrelsen*). Le même jour, les comptes ont été publiés dans le registre du commerce CVR.

Le 23 mai 2023, les autorités municipales ont demandé à voir des justificatifs pour les informations comptables figurant dans le formulaire DUME de Bravida. Le 28 mai, le commissaire aux comptes de Bravida a envoyé aux autorités municipales les rapports annuels de 2021 et de 2022 assortis du rapport du commissaire aux comptes.

Les autorités municipales ont ensuite rejeté l'offre au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges, du fait que l'exigence de solvabilité n'était pas remplie pour 2022.

Bravida a saisi la commission des recours et notamment fait valoir que les comptes pour 2022 n'étaient pas disponibles à la date de la soumission de l'offre, puisqu'ils n'avaient été envoyés au registre CVR qu'après le délai de réception des offres et que le commissaire aux comptes avait commis une erreur en envoyant, sur demande, d'autres rapports annuels que ceux mentionnés dans le formulaire DUME.

La commission des recours a établi que le rapport annuel d'une société anonyme (et, partant, les informations sur le ratio de solvabilité) était réputé disponible dès son approbation par l'assemblée générale et pas uniquement à compter de la date de son envoi au registre CVR. Ainsi, Bravida était tenue de se référer aux

rapports annuels de 2021 et de 2022 dans son formulaire DUME et n'avait donc pas satisfait à l'exigence relative au ratio de solvabilité. Dès lors, la commission a débouté le requérant de sa demande.

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

*Décision du 6 janvier 2023, Mediq Danmark A/S contre Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune et Odsherred Kommune (portée devant la justice)*

*L'entité adjudicatrice avait suffisamment décrit les achats envisagés dans un appel d'offres pour un marché de fourniture d'un assortiment de produits, et le modèle d'évaluation était conforme aux articles 45, al. 2, et 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la passation des marchés publics.*

Le recours portait sur la mise en concurrence par les autorités de plusieurs municipalités d'un accord-cadre de fourniture de produits de nutrition clinique et d'ustensiles. La mise en concurrence de l'accord-cadre avait été réalisée sous la forme d'un appel d'offres pour un marché de fourniture d'un assortiment de produits. Dans le dossier d'appel d'offres, les municipalités n'avaient pas décrit chacun des produits devant être couverts par l'accord-cadre, mais s'étaient référées à 12 catégories de produits spécifiques. Pour les 12 catégories, une brève description des éléments visés par chacune de ces catégories était fournie. En outre, les municipalités avaient décrit le panier de produits proprement dit à l'aide d'exemples de produits dans les 12 catégories.

La commission des recours a estimé que les municipalités avaient ainsi suffisamment décrit les achats envisagés dans les documents de marché.

La commission a en outre constaté que la méthode d'évaluation décrite dans les documents de marché, selon laquelle l'entité adjudicatrice effectuerait un achat standard fictif dans le cadre de l'évaluation des offres en sélectionnant des produits comparables aux produits du panier, était conforme à l'article 45, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics. La comparaison serait effectuée sur la base d'une évaluation du type, de la taille, du poids, des dimensions, du matériau, de la durabilité, de l'adaptabilité et de la destination des produits proposés. À cet égard, la commission a notamment déclaré que ces paramètres étaient décrits de manière objective et n'étaient pas tributaires des offres reçues d'une manière qui dépendrait du choix ou de l'appréciation de l'entité adjudicatrice après l'ouverture des offres. Le fait que l'entité adjudicatrice ait dû procéder à une appréciation professionnelle lors de la sélection ne signifiait pas que la détermination proprement dite des paramètres/de la méthode de composition du panier de produits pouvait être considérée comme dépendant des offres reçues. Le modèle d'évaluation décrit avait donc été établi conformément aux articles 45, al. 2, et 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la passation des marchés publics.

L'appel d'offres pour le marché de fourniture de l'assortiment de produits différait d'un appel d'offres normal pour un tel marché dans la mesure où les municipalités avaient publié le panier de produits sur lequel l'évaluation serait basée. À cet égard, la commission des recours a noté qu'il n'était pas conseillé de publier le panier des produits. La raison en est que cela incite à ne présenter que des offres, par exemple, de bonne qualité pour la partie des produits inclus dans l'évaluation, et des produits moins chers et de mauvaise qualité pour la partie des produits non inclus dans l'évaluation.

*Décision intermédiaire du 11 janvier 2023, Rambøll Danmark A/S contre Biofos A/S*

*Il n'était pas exigé que la décision de l'entité adjudicatrice de révoquer une décision d'attribution et de réévaluer les offres soit motivée. Dans le cadre d'une réévaluation, l'entité adjudicatrice est tenue de rectifier les erreurs, que celles-ci aient été à l'origine de la décision de révoquer la décision d'attribution initiale ou qu'elles n'aient été découvertes qu'après coup.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres restreinte pour la conclusion d'un accord-cadre portant sur la fourniture de services-conseils en matière d'eaux usées, de machines et d'installations de traitement.

Lors de la première décision d'attribution, Rambøll s'était vu attribuer un accord-cadre. Toutefois, Biofos a décidé de révoquer la décision d'attribution et de procéder à une nouvelle évaluation des offres conformément à l'article 170, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la passation des marchés publics. Cette décision a été communiquée aux soumissionnaires avec une brève justification. Cette justification contenait des informations sur les erreurs constatées dans l'évaluation des offres qui avaient conduit à la décision de révoquer la décision d'attribution. Dans le cadre de la nouvelle décision d'attribution, Rambøll n'a pas été retenue.

Dans sa décision intermédiaire, la commission des recours a constaté que l'article 171, al. 2 à 7, de la loi sur la passation des marchés publics (article 55, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24/UE) exigeait qu'un certain nombre de décisions spécifiques soient motivées par l'entité adjudicatrice. Pour autant, ledit article n'exige pas qu'une décision de révocation d'une décision d'attribution en vue de procéder à une nouvelle évaluation soit motivée. La commission des recours a déclaré que cela devait être vu à la lumière du fait qu'une décision de révocation d'une décision d'attribution était souvent suivie d'une nouvelle décision d'attribution ou d'une décision d'annulation de la procédure de passation de marché et que de telles décisions devaient être motivées.

En outre, la commission des recours a établi que si l'entité adjudicatrice, dans le cadre de la réévaluation, constatait des erreurs dans l'évaluation initiale, elle était tenue de rectifier ces erreurs, que celles-ci aient été à l'origine de la décision de révoquer la décision d'attribution initiale ou qu'elles n'aient été découvertes qu'après coup. Il était donc peu probable que Rambøll obtienne gain de cause s'agissant de ses allégations selon lesquelles Biofos, lors de la nouvelle évaluation des offres, n'était en droit que de rectifier les erreurs figurant dans l'évaluation initiale qui avaient conduit à la décision de révoquer la décision d'attribution initiale.

Le requérant s'est alors désisté et la décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

*Décision du 2 juin 2023, HB Care A/S contre Esbjerg Kommune*

*Esbjerg kommune ont procédé, au titre de la loi sur la passation des marchés publics, à la mise en concurrence d'un accord-cadre avec un opérateur unique pour des services de transport médical ordinaire et spécialisé, des services de transport vers des centres de rééducation et des services de transport spéciaux dans Esbjerg Kommune. Un soumissionnaire évincé a, entre autres, dénoncé certaines modifications apportées au dossier d'appel d'offres et le fait que l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges. Le requérant a en outre dénoncé le fait que le dossier d'appel d'offres n'était pas clair et ne se prêtait pas à servir de base à l'attribution de l'accord-cadre objet du marché, et que la méthode d'évaluation ne se prêtait pas*

*à identifier l'offre la plus avantageuse économiquement. Le requérant n'a pas obtenu gain de cause sur aucun de ces points.*

L'appel d'offres portait sur deux lots répartis en fonction de la nature du transport. L'un des lots était nettement plus gros que l'autre. Le cahier des charges contenait une série d'exigences pour les services objets du marché, sans que celles-ci ne soient classées en exigences minimales ou en exigences d'évaluation, par exemple. La commission des recours a déclaré que le fait que le type d'exigence n'était pas explicitement indiqué ne rendait pas en soi le cahier des charges peu clair, et que la question de savoir si une modification donnée du cahier des charges entraînait dans le champ d'application des règles du droit des marchés publics ou s'il s'agissait d'une modification des éléments fondamentaux de la procédure de passation de marché dépendait d'une évaluation concrète. HB Care a fait valoir que toutes les exigences étaient des exigences minimales et donc des éléments fondamentaux. La commission ne s'est pas prononcée sur la question de savoir s'il s'agissait d'exigences minimales, étant donné que les modifications étaient uniquement considérées comme une clarification d'éléments confirmés dans les documents de marché. Les clarifications n'avaient pas pu en soi affecter le nombre de soumissionnaires potentiels, et il n'était pas établi que les modifications avaient faussé la concurrence entre les participants.

La question de la conformité de l'offre retenue avec le cahier des charges concernait le fait que, selon l'évaluation de HP Care, l'offre ne respectait pas les temps de conduite maximaux par citoyen spécifiés par les autorités municipales et que le soumissionnaire retenu n'avait pas calculé son offre de manière à pouvoir satisfaire à toutes les exigences de temps du cahier des charges. La commission des recours a déclaré que rien n'indiquait qu'un soumissionnaire normalement diligent n'aurait pas été en mesure de déterminer quelles exigences relevaient de quel lot, et que le fait qu'aucun passager ayant des besoins particuliers n'ait été spécifié pour le lot n° 2 (ce qui ressortait des sections des listes de transport devant servir de base à la planification des transports pour le lot n° 1) n'affectait pas la clarté de la base de calcul. Le fait que les autorités municipales aient laissé aux soumissionnaires le soin d'évaluer et de déterminer eux-mêmes le temps nécessaire pour servir les citoyens lors de l'embarquement et du débarquement ne signifiait pas que les offres n'étaient pas comparables. En procédant notamment à des contrôles aléatoires, les autorités municipales s'étaient assurées qu'aucun soumissionnaire ne procéderait à une planification des transports et, partant, à un calcul du kilométrage total qu'il n'aurait pas été possible de réaliser conformément aux exigences du cahier des charges. Sur cette base, et étant donné que le modèle d'évaluation avait incontestablement été décrit conformément à l'article 160, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la passation des marchés publics, la méthode d'évaluation se prêtait à identifier l'offre la plus avantageuse économiquement.

*Décision du 2 août 2023, S.A.S. SAF Helicopteres contre Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syd-danmark, Region Sjælland et Region Hovedstaden*

La décision est décrite plus avant à la section 2.2.2 « Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres ».

*Décision du 18 août 2023, Yunex GmbH contre Sund & Bælt Holding A/S*

*Procédure d'appel d'offres négociée lancée au titre de la section II de la loi danoise sur la passation des marchés publics pour un système de gestion des péages. Le recours avait été formé par un candidat à la*

*présélection qui n'avait pas été retenu et comprenait plusieurs chefs de recours selon lesquels le requérant aurait dû être présélectionné.*

Le recours portait sur la mise en concurrence de deux contrats d'une valeur totale de plus de 226 millions DKK portant sur l'acquisition et l'entretien d'un système de contrôle routier et l'organisation de formations sur celui-ci. À l'expiration du délai, Sund & Bælt avait reçu six candidatures à la présélection, dont trois ont été acceptées. Yunex, qui était l'un des trois candidats non présélectionnés, a demandé l'annulation de la décision de présélection.

Yunex a notamment fait valoir que Sund & Bælt avait dépassé les limites de son pouvoir discrétionnaire dans son évaluation des références présentées par les candidats présélectionnés. La commission n'a pas trouvé lieu de réfuter l'appréciation qui avait été faite.

Yunex a en outre invoqué que Sund & Bælt, contrairement à l'article 171, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 55, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24/UE), ne lui avait pas fourni une justification suffisamment claire des avantages offerts par les candidats présélectionnés. Ce chef de recours n'a pas été accueilli non plus.

Par ailleurs, Yunex a fait valoir que Sund & Bælt n'avait pas pu se baser sur certaines références mentionnées par l'un des candidats présélectionnés dans sa candidature et que le candidat en question n'avait pas démontré son expérience dans l'un des domaines d'activité requis dans le dossier d'appel d'offres, raison pour laquelle sa candidature n'était pas conforme au cahier des charges. S'agissant de ces deux chefs de recours, la commission a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de contester l'exactitude des informations fournies par le requérant.

Le candidat en question avait, de plus, oublié de signer son formulaire DUME. La commission des recours a déclaré que l'absence de signature constituait manifestement un vice de forme et que Sund & Bælt s'était en l'espèce réservé le droit de recourir à la procédure de rectification prévue à l'article 159, al. 5, de la loi sur la passation des marchés publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE). La rectification subséquente était donc autorisée.

Enfin, les chefs de recours de Yunex demandant à la commission de « constater » que Sund & Bælt aurait dû « vérifier concrètement » les informations dudit candidat et d'ordonner à l'entité adjudicatrice de présélectionner Yunex ont été rejetés.

*Décision intermédiaire du 31 octobre 2023, Sysmex Nordic ApS contre Region Sjælland*

*Selon le cahier des charges, l'évaluation qualitative des offres devait se faire par le biais d'une évaluation relative des offres les unes par rapport aux autres. Il n'était pas prouvé que l'entité adjudicatrice n'avait pas utilisé une évaluation absolue à la place.*

Region Sjælland avaient mis en concurrence un accord-cadre portant sur la fourniture d'équipements de laboratoire avec le meilleur rapport qualité/prix comme critère d'attribution. Les cinq sous-critères qualitatifs indiquaient que les offres seraient évaluées relativement les unes par rapport aux autres et cotées

sur une échelle de 1 à 100. Un grand nombre d'exigences dites B étaient incluses dans les paramètres concurrentiels qualitatifs. Les soumissionnaires étaient, dans une large mesure, invités à décrire en détail la façon dont ils entendaient remplir chaque exigence B.

Les autorités régionales ont reçu trois offres. Elles ont sélectionné l'offre retenue et rejeté l'offre de Sysmex au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges. Sysmex a alors saisi la commission des recours durant le délai suspensif et fait valoir que son rejet était injustifié et que l'évaluation de la qualité des deux autres offres n'avait pas été effectuée de manière relative, comme indiqué. Sysmex demandait en outre l'annulation de la décision d'attribution.

Les autorités régionales ont maintenu que l'offre de Sysmex n'était pas conforme et conclu au rejet des chefs de recours concernant l'évaluation des deux autres offres.

Néanmoins, la commission a débouté le requérant de sa demande de rejet.

S'agissant de l'évaluation, la commission a déclaré que les autorités régionales avaient choisi d'évaluer les offres « de manière relative », c'est-à-dire les unes par rapport aux autres, plutôt que de procéder comme d'ordinaire à une évaluation « absolue » consistant à évaluer les offres en fonction de la mesure dans laquelle chacune d'entre elles répond aux exigences fixées. Pour autant, les autorités régionales avaient aussi déclaré que « l'entité adjudicatrice évaluerait les offres de manière d'autant plus favorable qu'elles répondraient à ses exigences B ».

Le rapport d'évaluation a montré que les deux offres avaient obtenu 100 points pour les 37 mêmes exigences B et 0 point pour les quatre mêmes exigences B. La majorité des 41 exigences B pour lesquelles les deux soumissionnaires avaient obtenu exactement la même note portaient sur des critères qualitatifs spécifiques pour lesquels les soumissionnaires devaient fournir une description approfondie de la manière dont les exigences seraient satisfaites.

La commission des recours a estimé qu'il n'était pas concevable que deux offres soient à un tel point similaires que, dans une fourchette de 0 à 100, elles obtiennent systématiquement le même nombre de points dans le cadre d'une évaluation qualitative relative dans la mesure indiquée dans le rapport d'évaluation. La commission a donc estimé que les autorités régionales n'avaient pas prouvé que l'évaluation des offres par rapport aux sous-critères qualitatifs était fondée sur une comparaison mutuelle des offres. Les autorités régionales n'avaient donc pas utilisé le modèle d'évaluation indiqué dans le cahier des charges.

Ainsi, il était envisageable que le requérant obtienne gain de cause concernant sa demande d'annulation. La condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) était donc remplie.

La commission des recours ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'offre de Sysmex était non conforme au cahier des charges.

La condition d'urgence n'étant pas remplie, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif.

Region Sjælland ont ensuite annulé la décision d'attribution et procédé à une nouvelle évaluation, à l'issue de laquelle l'offre de Sysmex a de nouveau été jugée non conforme et le même soumissionnaire a été retenu.

Systemex a saisi la commission des recours durant le nouveau délai suspensif et déposé les mêmes conclusions que lors du premier recours, y compris l'annulation de la nouvelle décision d'attribution. En outre, Systemex a notamment conclu à une violation de l'article 137 de la loi sur la passation des marchés publics (article 57, paragraphe 4, sous a), b), d), g) et i), de la directive 2014/24/UE) en ce qui concerne la spécification des motifs d'exclusion, à une violation de l'article 2 (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et de l'article 160 de ladite loi lors de la détermination du modèle d'évaluation et à l'annulation de la procédure de passation de marché.

Region Sjælland ont alors annulé l'appel d'offres et Systemex s'est désistée. La décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

*Décision du 17 novembre 2023, Capgemini Danmark A/S contre Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen*

*Lancement d'un appel d'offres par procédure réduite au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics visant la mise à disposition d'une équipe de consultants pour la réalisation de tests et une assistance au développement pour un système informatique. Les chefs de recours contre l'évaluation des offres au regard du sous-critère « qualité » et contre l'insuffisance des motifs invoqués n'ont pas été accueillis. Aucune annulation.*

Udviklings- og Forenklingsstyrelsen a mis en concurrence par le biais d'une procédure réduite un accord-cadre portant sur des services de développement informatique. Une équipe de testeurs comprenant jusqu'à 24 consultants (« ressources ») devait être proposée. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix inclus avec les sous-critères « Prix » (30 %) et « Qualité » (70 %). Lors de l'évaluation, l'accent serait mis sur les ressources proposées par le fournisseur, y compris la mesure dans laquelle les ressources possédaient des compétences pertinentes et une expérience de haut niveau par rapport aux fonctions et à l'aide au développement devant être fournie. L'entité adjudicatrice évaluerait comment la qualité des ressources affectées aux fonctions visées pourrait affecter le niveau de qualité de l'aide au développement fournie.

La Direction générale a reçu quatre offres. Le prix de l'offre de Capgemini était tout juste inférieur à celui de l'offre de Netcompany, mais Netcompany a obtenu 7 points pour le sous-critère « Qualité » contre 4 dans le cas de Capgemini. La Direction générale a donc attribué le marché à Netcompany.

Capgemini a saisi la commission des recours et fait valoir que la Direction générale avait violé l'article 2 de la loi sur la passation des marchés publics (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et les articles 160, al. 1<sup>er</sup>, et 164 de ladite loi (article 67, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE) en mettant l'accent, dans l'évaluation de la qualité des offres, sur des éléments qui n'étaient pas conformes à la description des conditions dans le cahier des charges. Tout particulièrement, Capgemini a invoqué qu'il était injuste que l'accent ait été mis sur les connaissances sectorielles des consultants proposés et sur la composition des ressources. En outre, les CV de chacun des consultants proposés auraient dû être examinés et évalués, ce qui n'avait pas eu lieu.

La Direction générale a notamment fait valoir que les connaissances sectorielles étaient étroitement liées aux descriptions des catégories de consultants demandées, qui figuraient dans diverses annexes. L'offre de Capgemini décrivait elle aussi l'expérience des consultants proposés dans les secteurs public et privé, ainsi

que leur expérience dans le domaine des systèmes d'évaluation. Les connaissances sectorielles s'inscrivaient donc dans le cadre de la compréhension naturelle du critère. Conformément au cahier des charges, ce sont les compétences et l'expérience globales des ressources (documentées par les 16 CV inclus dans l'offre) qui avaient été évaluées, et pas les différents CV individuellement.

La commission des recours a établi qu'il était explicitement indiqué dans le cahier des charges que la Direction générale mettrait l'accent sur l'expérience des ressources dans le domaine concerné. Bien que l'expression « connaissances sectorielles » n'ait pas été mentionnée dans le cahier des charges, elle ne sortait pas pour autant du cadre de ce que tout soumissionnaire raisonnablement bien informé et normalement diligent devait considérer comme faisant partie des éléments sur lesquels l'accent serait mis. Il était clairement indiqué que l'appel d'offres concernait une équipe de testeurs qui devait répondre aux exigences décrites. La manière dont l'équipe de ressources offertes serait composée afin de répondre aux exigences s'inscrivait donc elle aussi dans le cadre des éléments décrits dans les documents de marché. Du fait qu'il était clairement indiqué aussi que la mission devrait être effectuée par une équipe de testeurs, Gag Gemini ne pouvait pas s'attendre à ce que les CV soient évalués individuellement dans le cadre de la décision d'attribution.

Dès lors, les chefs de recours n'ont pas été accueillis.

Un chef de recours concernant une violation de l'article 171, al. 4, n° 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 55, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/24/UE) commise par l'entité adjudicatrice en ayant omis d'expliquer de manière satisfaisante la décision d'attribution n'a pas été accueilli non plus.

Enfin, une demande d'annulation et une demande visant à ce que le contrat soit déclaré dépourvu d'effets ont été rejetées.

#### 2.2.4 Accords-cadres

*Décision du 28 février 2023, Mediq Danmark A/S contre Aarhus Kommune*

*La manière dont les montants figurant dans l'avis de marché devaient être entendus n'était pas claire. Annulation de la décision d'attribution.*

En avril 2021, Aarhus Kommune ont mis en concurrence un accord-cadre avec un fournisseur unique pour la livraison de produits pour les troubles de la continence urinaire et fécale aux citoyens subventionnés au titre de l'article 112 de la loi danoise sur les prestations de services et aux centres de soins de santé de la municipalité. La durée de l'accord-cadre était de deux ans, mais avec une option de prolongation de 12 mois maximum en deux fois. Au point II.1.5) de l'avis de marché, la valeur totale estimée de l'accord-cadre était de 68 millions DKK. Au point II.2.6), la valeur estimée de l'accord-cadre était de 17 millions DKK. Le dossier d'appel d'offres indiquait également que les autorités municipales avaient estimé la valeur de l'accord-cadre à 17 millions DKK par an et que le montant de 68 millions DKK était la valeur estimée pour toute la durée possible de l'accord-cadre, soit quatre ans. À cet égard, les autorités municipales d'Aarhus avaient précisé dans le dossier d'appel d'offres que la consommation annuelle prévue indiquée était un chiffre approximatif basé sur une estimation qualifiée, les tendances de consommation attendues et les informations statistiques tirées des exercices comptables antérieurs et que les chiffres de consommation n'étaient pas l'expression d'un volume garanti, mais visaient seulement à donner une idée de l'ampleur possible de

la consommation. Les autorités municipales avaient en outre déclaré que toutes les quantités spécifiées pourraient varier sans limite et différer d'une année à l'autre pendant la durée du contrat.

Des offres ont été reçues de trois sociétés, après quoi l'Aarhus Kommune ont décidé de contracter avec l'une d'entre elles et ont conclu le marché. Par la suite, Mediq, l'un des autres soumissionnaires, a saisi la commission des recours et fait valoir que Aarhus Kommune avaient violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en ne spécifiant pas de quantité ou valeur maximale pour les produits à livrer au titre de l'accord-cadre.

La commission a donné gain de cause au requérant en expliquant que les quantités mentionnées dans le dossier d'appel d'offres n'indiquaient pas clairement la quantité maximale ou la valeur totale maximale des produits à livrer. Aarhus Kommune n'avaient donc pas respecté l'obligation de fixer une limite maximale pour l'utilisation de l'accord-cadre, cf. arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 juin 2021 dans l'affaire C-23/20, Simonsen et Weel.

Par ailleurs, Aarhus Kommune n'avaient pas prouvé que l'absence de spécification de la quantité ou valeur maximale n'avait pas dissuadé des soumissionnaires potentiels à présenter des offres, et la procédure de passation de marché a donc été annulée. Les autorités municipales avaient fait valoir qu'au lieu d'annuler la décision d'attribution, la commission devait leur enjoindre de légaliser la procédure de passation de marché en convenant avec le soumissionnaire retenu que le montant de 68 millions de DKK représentait la valeur maximale de l'accord-cadre, de sorte que les autorités municipales ne puissent pas conclure d'autres contrats sur la base de l'accord-cadre. À cet égard, la commission a constaté qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner aux autorités municipales de régulariser la procédure lorsque le marché avait déjà été conclu sur la base de l'appel d'offres.

*Décision du 26 septembre 2023, Konsortiet Abena A/S et Coloplast Danmark A/S contre Esbjerg Kommune, Middelfart Kommune, Vejle Kommune, Herning Kommune, Fanø Kommune, Vejen Kommune, Varde Kommune et Billund Kommune*

La décision est décrite en détail à la section 2.2.1 « Obligation de mise en concurrence, passation de marchés de gré à gré et modification de contrats ».

*Décision intermédiaire du 10 novembre 2023, Onemed A/S contre F Fællesudbud Sjælland v/Slagelse Kommune*

*Fællesudbud Sjælland, représentée par les autorités municipales de Slagelse, avait, au titre de la loi sur la passation des marchés publics, mis en concurrence un accord-cadre avec un acteur unique pour la fourniture de produits de soin des stomies. Un soumissionnaire évincé a dénoncé, entre autres, le fait que l'offre retenue avait été considérée comme conforme au cahier des charges et la manière dont l'entité adjudicatrice avait indiqué la valeur du marché dans l'avis de marché. La commission a débouté le requérant de sa demande.*

Le chef de recours n° 1 portait sur la non-conformité de l'offre du soumissionnaire retenu avec le cahier des charges, en ce sens qu'il y manquait l'indication d'un numéro de produit dans une série. Le chef de recours n° 4 concernait la question de savoir si le modèle d'évaluation avait été décrit de manière suffisamment

claire. Après une évaluation concrète, il n'était pas envisageable que le requérant obtienne gain de cause concernant ses chefs de recours.

Le chef n° 2 portait sur la question de savoir si les documents de l'appel d'offres étaient inadéquats et ne pouvaient donc pas servir de base à une décision d'attribution légale. L'appel d'offres avait été conçu de telle manière que les poches et les anneaux étaient supposés pouvoir être utilisés dans toutes les séries. Onemed a fait valoir que cela signifiait, entre autres, que les produits ne pourraient pas être certifiés conformes au règlement européen relatif aux dispositifs médicaux, tandis que l'entité adjudicatrice et le soumissionnaire retenu ont invoqué que les poches et les anneaux étaient toutes et tous certifiés conformes audit règlement MDR et qu'ils étaient déjà utilisés dans tous les domaines. Après avoir concrètement évalué les éléments de preuve, la commission a estimé que le cahier des charges n'était pas inadéquat.

Le chef de recours n° 3 portait sur l'exactitude de la valeur maximale et de la valeur attendue indiquées dans l'avis de marché, ce que la commission n'a pas trouvé à critiquer.

Dès lors, le recours n'était pas justifié à première vue et les conditions permettant d'octroyer l'effet suspensif n'étaient donc pas remplies. Le requérant s'est alors désisté et la décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

### 2.2.5 Demandes d'informations complémentaires

*Décision du 29 août 2023, Scania Danmark A/S contre I/S REFA*

Le recours concernait une procédure d'appel d'offres public lancée au titre de la section II de la loi sur la passation des marchés publics concernant la livraison, la maintenance et la réparation de véhicules de collecte de déchets. Lorsque REFA a annoncé que le marché serait attribué à Ejner Hessel A/S, Scania a saisi la commission des recours.

La commission a estimé que REFA avait enfreint l'article 159, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE) en ne vérifiant qu'après la conclusion du marché si l'offre d'Ejner Hessel répondait à une exigence visant à présenter des références. Selon le libellé dudit article de loi et les travaux législatifs préparatoires, l'obligation de vérification doit être remplie préalablement à la décision d'attribution. La commission des recours ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'infraction pouvait justifier l'annulation de la décision d'attribution.

La commission a en outre établi que REFA avait violé les principes d'égalité de traitement et de transparence en prenant en compte l'offre retenue alors que certains des véhicules proposés ne répondaient pas à l'exigence minimale visant à ce qu'ils soient équipés de feux LED. Sur la base de cette violation, la commission des recours a annulé la décision d'attribution.

*Décision intermédiaire du 13 septembre 2023, HMK Bilcon A/S contre Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI)*

Le recours portait sur la mise en concurrence d'un accord-cadre pour la maintenance des installations mobiles de ravitaillement et des camions-citernes de la Défense nationale danoise.

Le dossier d'appel d'offres définissait une série d'exigences minimales, entre autres, pour les installations des ateliers de réparation. Selon le dossier, les soumissionnaires devaient confirmer qu'ils répondaient aux exigences minimales, mais ils n'étaient pas tenus de présenter des documents justifiant de leur conformité.

La commission des recours a déclaré qu'il n'était pas nécessaire que les exigences minimales liées aux installations des ateliers de réparation soient déjà remplies à la date de soumission des offres. Dans son contenu, l'offre retenue (dans laquelle le soumissionnaire avait répondu « OUI » au respect des exigences minimales) respectait donc les exigences minimales définies.

La commission a déclaré, en référence à l'arrêt du 15 juin 2012 de la Cour suprême danoise dans l'affaire *Montaneisen*, qu'une entité adjudicatrice était tenue de contrôler toutes les informations portées à sa connaissance *après* la décision d'attribution mais *avant* la conclusion du marché et, le cas échéant, de réagir face à ces informations. Pour autant, la commission n'a pas trouvé qu'il y avait lieu d'invalidier l'appréciation faite par l'entité adjudicatrice selon laquelle il n'y avait pas de raison de procéder, avant la conclusion du marché, à des vérifications des informations et des justificatifs contenus dans l'offre autres que celles déjà effectuées par l'entité adjudicatrice. À cet égard, la commission a insisté sur le fait que le soumissionnaire retenu avait répondu par l'affirmative dans son offre quant au respect des exigences minimales, qu'aucun justificatif prouvant le respect des exigences minimales ne devait être joint, qu'il n'était pas requis que les exigences minimales soient déjà remplies au moment de la soumission de l'offre et que le soumissionnaire retenu avait par la suite confirmé le respect des exigences minimales lorsque l'entité adjudicatrice l'avait interrogé à ce sujet.

Dès lors, le recours n'était pas justifié à première vue et la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours. Le requérant s'est alors désisté. La décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

### 2.2.6 Offres anormalement basses

*Décision intermédiaire du 20 juin 2023, Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS contre Sønderborg Varme A/S*

*L'offre indiquant un tarif horaire de 1 DKK était anormalement basse, en ce sens qu'elle n'incluait pas vraiment les catégories d'employés auxquelles s'appliquait le tarif horaire, ce qui signifierait que les tâches effectuées seraient nettement plus coûteuses que prévu dans l'évaluation des prix.*

Le recours portait sur une procédure d'appel d'offres restreinte pour la conclusion d'un contrat d'assistance conseil générale d'une valeur totale de 10 millions DKK dans le cadre du déploiement du chauffage urbain à Nybøl et Vester Sottrup.

Dans leurs offres, les soumissionnaires devaient indiquer les tarifs horaires pour une série de catégories d'employés. En outre, il était précisé que si les soumissionnaires n'indiquaient pas de tarif horaire, l'entité adjudicatrice considérerait qu'un prix de 0 DKK avait été offert et serait contraignant pour les soumissionnaires. Le modèle d'évaluation était structuré de telle manière qu'un prix d'évaluation serait calculé pour chaque catégorie d'employés sur la base du prix proposé multiplié par le nombre d'heures que chaque catégorie d'employés était censée effectuer. Le nombre d'heures prévu pour chaque catégorie d'employés était indiqué dans les documents de marché.

Pour les catégories « Ingénieur/Architecte/Architecte paysagiste: 4 à 9 ans d'expérience » et « Opérateur CAO/BIM/Concepteur technique », Damgaard avait proposé un prix de 1 DKK/heure. En réponse à la demande de Sønderborg Varme concernant les bas prix, Damgaard a déclaré qu'elle n'avait pas l'intention de consacrer des ressources aux catégories d'employés mentionnées, car elle ne possédait pas d'employés dans ces catégories. Damgaard a également indiqué qu'elle ne violait pas ses obligations en matière d'environnement, de droit social ou de droit du travail. Par ailleurs, Damgaard a déclaré que les prix avaient été indiqués pour des « raisons stratégiques de marché ».

Sønderborg Varme a ensuite rejeté l'offre de Damgaard au motif qu'elle était anormalement basse.

La commission a déclaré qu'il n'y avait pas lieu d'invalider l'appréciation faite par Sønderborg Varme selon laquelle elle avait estimé que les prix offerts étaient anormalement bas. À cet égard, la commission des recours s'est référée au fait qu'il convenait d'établir que Damgaard n'avait pas réellement proposé d'employés dans les catégories « Ingénieur/Architecte/Architecte paysagiste: 4 à 9 ans d'expérience » et « Opérateur CAD/BIM/Concepteur technique ». Au contraire, ces tâches seraient assurées par des catégories d'employés autres que celles prévues dans le dossier d'appel d'offres, ce qui signifierait que les tâches effectuées seraient nettement plus coûteuses que prévu dans l'évaluation des prix.

Le fait que le cahier des charges indiquait que tout élément non complété dans la liste de l'offre serait considéré comme offert au tarif horaire de 0 DKK et que le soumissionnaire serait lié par ce tarif lors de l'exécution des tâches prévues, n'empêchait pas la société de distribution de chauffage de rejeter l'offre au motif que les prix offerts étaient anormalement bas. La commission des recours a également déclaré que l'absence de telles indications devait normalement être considérée comme l'émission d'une réserve à l'égard des prix, ce qui aurait conduit à fixer les prix manquants au tarif de 0 DKK.

Les conditions permettant l'octroi de l'effet suspensif n'étaient pas donc pas remplies. Le requérant s'est alors désisté et la décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

#### *Décision du 22 août 2023, Roche Diagnostics A/S contre Region Sjælland*

*Le recours portait sur la mise en concurrence d'un contrat visant la fourniture d'équipements analytiques à certains hôpitaux et d'un accord-cadre pour la réalisation des analyses. Le recours a été formé par un soumissionnaire évincé qui a fait valoir que l'offre retenue ne remplissait pas une exigence minimale définie et que cette exigence minimale était en tout état de cause peu claire et inadéquate. En outre, l'entité adjudicatrice aurait dû demander des explications sur les prix et les coûts, car l'offre retenue semblait anormalement basse. Le requérant a été débouté de sa demande sur tous les points.*

Roche a fait valoir que les autorités régionales auraient dû rejeter l'offre du soumissionnaire retenu comme étant non conforme au cahier des charges, car elle ne répondait pas à une exigence minimale concernant, dans la mesure du nécessaire, l'inclusion d'un système de distribution d'eau adéquat dans la livraison. En tout état de cause, la formulation de l'exigence minimale était si peu claire qu'elle ne pouvait servir de base à la soumission d'une offre. Le prix proposé par le soumissionnaire retenu semblait anormalement bas et les autorités régionales auraient donc dû demander au soumissionnaire retenu des explications sur les prix et les coûts avant de prendre la décision d'attribution, cf. article 169, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la passation des marchés publics (article 69 de la directive 2014/24/UE).

La commission a établi que rien ne permettait de constater que l'offre du soumissionnaire retenu ne répondait pas à l'exigence minimale. Celle-ci avait été clairement formulée. En outre, il n'y avait pas lieu d'invalider l'appréciation faite par les autorités régionales selon laquelle le prix du soumissionnaire retenu ne paraissait pas anormalement bas. Dès lors, la commission a débouté le requérant de sa demande.

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

*Décision du 6 janvier 2023, Mediq Danmark A/S contre I Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune et Odsherred Kommune (portée devant la justice)*

*En vertu de l'article 13, al. 1<sup>er</sup>, n° 3, de la loi sur la commission des recours, la commission ne pouvait pas exiger la résiliation d'un marché conclu.*

Le recours portait sur la mise en concurrence par les autorités de plusieurs municipalités d'un accord-cadre de fourniture de produits de nutrition clinique et d'ustensiles.

Mediq a notamment fait valoir que la commission devrait ordonner aux autorités des différentes municipalités de résilier les accords-cadres conclus, conformément à l'article 13, al. 1<sup>er</sup>, n° 3, de la loi sur la commission des recours (cf. article 185, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics). À cet égard, la commission a déclaré qu'elle n'était autorisée à ordonner à une entité adjudicatrice de résilier un contrat que dans les cas visés à l'article 13, al. 2, de ladite loi, c'est-à-dire lorsqu'un contrat était déclaré dépourvu d'effets. L'obligation de résilier un contrat dans les cas où une décision d'attribution était annulée par une décision définitive ou un jugement définitif, cf. article 185, al. 2, de la loi sur la passation des marchés publics, découle toutefois directement dudit article de loi. Pour cette seule raison, la commission a estimé que Mediq ne possédait pas d'intérêt à agir. La commission l'a donc débouté de sa demande.

*Décision du 24 avril 2023, Meldgaard Miljø A/S contre Afatek A/S*

La décision est décrite plus avant à la section 2.2.2 « Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres ».

*Décision du 13 septembre 2023, DELPRO A/S contre Energinet*

*Energinet a organisé une procédure d'appel d'offres négociée au titre de la directive sur les services spéciaux concernant un accord-cadre pour la réalisation de tâches de supervision et d'assurance qualité dans le cadre des projets d'Energinet liés à des installations de câbles et de lignes aériennes. Un soumissionnaire évincé a dénoncé le fait qu'Energinet n'avait pas signalé les faiblesses de l'offre du requérant lors des négociations avec ce dernier. Energinet a demandé que cette partie du recours soit rejetée, mais n'a pas obtenu gain de cause. Le soumissionnaire évincé a également dénoncé le fait qu'Energinet avait attribué, lors de l'évaluation qualitative de l'offre, une pondération négative à la capacité du requérant, alors que la capacité des soumissionnaires ne figurait pas, dans le dossier d'appel d'offres, parmi les éléments sur lesquels l'accent serait mis. Par décision du 23 juin 2023, la commission a refusé d'octroyer l'effet suspensif au recours, du fait que la condition d'urgence n'était pas remplie. Par décision finale du 13 septembre 2023, elle a débouté le requérant de toutes ses demandes.*

Conformément à l'article 6, al. 2, de la loi sur la commission des recours, un recours peut être rejeté s'il n'est pas susceptible de justifier l'ouverture de la procédure. Le recours avait été formé par une personne comparue par elle-même, envers qui la commission des recours possède un devoir d'instruction tout particulier conformément à l'article 7 de la loi sur la procédure administrative. Ces instructions doivent être vues au regard de l'article 10, al. 1<sup>er</sup>, deuxième phrase, de la loi sur la commission des recours, en vertu duquel la décision de la commission ne peut aller au-delà des conclusions déposées par une partie et la commission ne peut pas prendre en compte des éléments qui n'ont pas été invoqués. Après une évaluation concrète du recours, la commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu de le rejeter, même si celui-ci ne contenait pas de référence spécifique aux dispositions ou au principe qui, selon le requérant, avaient été enfreints.

La commission a ensuite déclaré, en ce qui concerne le chef de recours n° 1, que bien qu'il incombe à l'entité adjudicatrice d'agir de manière transparente et proportionnée, elle n'était pas tenue de signaler toutes les faiblesses significatives des offres durant les réunions de négociation. Pour autant, le retour d'information de l'entité adjudicatrice aux soumissionnaires ne peut pas être trompeur. Rien ne permettait d'établir que le retour d'information d'Energinet avait été trompeur. Le requérant a donc été débouté de sa demande sur ce point. Voir la décision rendue dans des circonstances similaires le 17 mai 2023 par la commission des recours dans l'affaire Eurofins Miljø Luft A/S contre Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S, mentionnée à la section 2.2.9.

En ce qui concerne le chef de recours n° 2, Energinet et DELPRO ont convenu qu'il ne ressortait pas du cahier des charges que la capacité des soumissionnaires serait incluse dans la base d'évaluation. La manière dont les motifs à la base de la décision d'adjudication étaient formulés pouvait laisser entendre qu'Energinet avait néanmoins mis l'accent sur cet élément. Après avoir examiné les éléments du dossier, la commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'établir qu'Energinet avait effectivement intégré cet élément (au contraire). La manière dont les motifs à la base de la décision d'adjudication étaient formulés ne pouvait donc pas en soi conduire à établir qu'Energinet avait agi de manière tendancieuse dans le cadre de l'attribution. Le requérant a dès lors été débouté aussi de sa demande sur ce point.

*Décision du 31 octobre 2023, Primatag A/S contre Nykøbing Falster Boligselskab, section 13*

*Un requérant, à qui l'un des soumissionnaires (auquel il avait déjà soumis une offre dans un autre contexte) avait demandé s'il souhaitait soumettre une offre, n'avait pas soumis d'offre et s'était abstenu de proposer ses services comme sous-traitant. Le requérant n'était pas admis à saisir la commission des recours.*

Le recours portait sur l'organisation d'une procédure d'appel d'offres négociée pour la rénovation de 284 logements en location, y compris la pose d'une toiture en feutre bitumé. Le cahier des charges indiquait que toutes les solutions de feutre bitumé devaient avoir une durée de vie documentée d'au moins 50 ans conformément à la norme TGA 2018/004. Un formulaire à remplir par les soumissionnaires indiquait qu'il était possible de proposer des produits équivalents qui répondaient aux exigences de conception, de qualité et de fonction définies dans l'appel d'offres.

Primatag a notamment fait valoir, d'une part, que la coopérative de logement avait agi en violation de l'article 40, al. 4, de la loi sur la passation des marchés publics (article 42, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) et des principes fondamentaux d'égalité de traitement et de proportionnalité de l'article 2 de

ladite loi (article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE) en exigeant que les soumissionnaires aient obtenu une certification technique nationale sous la forme d'une certification TGA 2018/004 conformément à l'article 41, al. 1<sup>er</sup>, n° 2, sous g), de ladite loi (article 42, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE) ; d'autre part, qu'il était contraire à l'article 42 de ladite loi (article 42, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE) de faire référence à la norme TGA 2018/004 sans que cette référence ne soit suivie de la mention « ou équivalente » ; et, d'autre part encore, que cette référence avait, sans raison objective, eu pour effet de limiter la concurrence dans le cadre de la procédure.

L'un des soumissionnaires, Enemærke & Petersen A/S, avait demandé à Primatag si elle souhaitait présenter une offre, et Primatag avait préparé une liste de 25 offres qu'elle avait présentées par le passé à Enemærke & Petersen A/S. Primatag n'a pas soumis d'offre et s'est abstenue de proposer ses services comme sous-traitant, car elle ne pouvait pas fournir de feutre de toiture répondant à la norme TGA 2018/004 exigée.

La commission des recours a estimé qu'il n'avait pas été démontré qu'il existait une relation de travail permanente entre Primatag et Enemærke & Petersen A/S (ou qu'il n'était autrement établi que Primatag serait utilisée comme sous-traitant si Enemærke & Petersen A/S remportait l'appel d'offres) de telle sorte que Primatag pouvait être considérée posséder un intérêt concret et direct à agir devant la commission, cf. article 6, al. 1<sup>er</sup>, n° 1, de la loi sur la commission des recours.

Le fait qu'il soit exigé que toutes les solutions de feutre bitumé aient une durée de vie documentée d'au moins 50 ans sous la forme d'une certification TGA 2018/004 (ou équivalente) n'avait pas empêché Primatag de participer à titre de sous-traitant, ce qui lui aurait donné le droit de saisir la commission.

Sur cette base, la commission a débouté le requérant de sa demande.

### 2.2.8 Présélection

*Décision du 16 février 2023, Microsoft Danmark ApS contre Ørsted Services A/S*

La décision est décrite plus avant à la section 2.2.2 « Exigences liées au cahier des charges (dont exigences minimales) et à l'organisation de la procédure d'appel d'offres ».

*Décision du 16 juin 2023, Revenue Collection Systems Denmark ApS contre Rejsekort & Rejseplan A/S*

*Le recours portait sur la mise en concurrence d'un accord-cadre pour « un logiciel en tant que service et des services apparentés » au titre de la directive sur les services spéciaux. Le recours a été formé par un candidat non retenu qui a fait valoir que l'un des candidats présélectionnés ne remplissait pas une exigence de références, que les critères de sélection des candidats présélectionnés n'avaient pas été communiqués à l'avance et que l'évaluation des références du requérant par l'entité adjudicatrice était tendancieuse, non transparente et discriminatoire. La commission a débouté le requérant de sa demande.*

Revenue a fait valoir que la candidature de l'une des sociétés présélectionnées aurait dû être rejetée, car elle ne répondait pas aux critères d'éligibilité en matière de capacité technique et professionnelle du fait que la société n'avait fourni que deux références (et non trois) déjà réalisées à la date de l'introduction de sa candidature. Lors de la sélection des candidats, l'entité adjudicatrice avait également mis l'accent sur

des critères de sélection et pondérations associées qui n'étaient pas décrits dans l'avis de marché ni dans le dossier d'appel d'offres en général. L'entité adjudicatrice avait en outre utilisé une échelle de points qui ne figurait pas dans le dossier. L'évaluation par l'entité adjudicatrice des différentes références dans le cadre de la procédure de sélection était tendancieuse, non transparente et discriminatoire. À cet égard, Revenue se fondait de manière générale sur le fait que la communication adressée à la société l'informant qu'elle n'avait pas été présélectionnée n'indiquait pas comment l'entité adjudicatrice était parvenue au nombre de points en question.

La commission des recours a établi que l'entité adjudicatrice n'avait pas défini d'exigences minimales quant à la qualité et à la nature des références des candidats. La référence de la société qui, selon Revenue, ne remplissait pas les critères d'éligibilité pouvait donc être prise en compte dans l'évaluation faite par l'entité adjudicatrice concernant la comparabilité des références avec l'accord-cadre objet du marché. Rien ne permettait de constater que cette référence n'était pas, dans une mesure plus ou moins grande, comparable avec l'accord-cadre objet du marché ou pertinente pour celui-ci. Le fait que l'entité adjudicatrice avait indiqué dans l'avis de marché qu'une importance particulière (« pondération particulière ») serait accordée aux références démontrant une expérience dans la prestation de services comparables au service principal « B) La Solution » n'était pas contraire aux principes d'égalité de traitement et de transparence définis à l'article 36, paragraphe 1, de la directive sur les services spéciaux ni à l'article 78, paragraphe 2, de ladite directive, étant donné que cette information était transparente pour les candidats. Cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que l'entité adjudicatrice ait, dans son évaluation, attribué au service principal « B) La solution » une pondération de 40 %, contre une pondération de 20 % pour chacun des autres services principaux. L'entité adjudicatrice avait indiqué dans l'avis de marché qu'elle utiliserait une échelle de points de 1 à 10 pour la sélection. Il était donc transparent pour les candidats que l'échelle de points serait utilisée. À cet égard, le fait que l'avis de marché ne contienne pas de description détaillée des différentes positions de l'échelle était sans importance.

La communication transmise concernant la présélection ne manquait pas d'informations. À cet égard, la commission des recours a insisté sur le fait que la communication transmise par l'entité adjudicatrice contenait une explication concernant l'évaluation des références de Revenue et des candidats présélectionnés pour chacun des services principaux et le score global remporté par les candidats présélectionnés, et que ladite communication indiquait comment l'entité adjudicatrice avait évalué l'expérience que les candidats présélectionnés avaient documentée dans leurs références et quelle(s) référence(s) des candidats présélectionnés avai(en)t servi de base à l'évaluation de l'entité adjudicatrice. Il n'y avait donc pas lieu d'annuler la décision de présélection de l'entité adjudicatrice.

### 2.2.9 Procédure négociée

*Décision intermédiaire du 17 mai 2023, Eurofins Miljø Luft A/S contre Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S*

*L'entité adjudicatrice n'est pas tenue de signaler les faiblesses significatives d'une offre au cours d'une procédure négociée, mais le retour d'information de l'entité adjudicatrice ne doit pas être trompeur. Ce qui n'était pas le cas non plus. La condition de justification à première vue (fumus boni juris) n'était pas remplie.*

Via un système de sélection existant, Ørsted a lancé une procédure d'appel d'offres négociée au titre de la directive européenne sur les services spéciaux en vue de la conclusion d'un accord-cadre pour la fourniture de services de laboratoire destinés à des centrales électriques. Le critère d'attribution était le meilleur rapport qualité-prix sur la base du prix d'évaluation (pondération de 45 %) et de différents sous-critères qualitatifs (pondération de 55 %). Les soumissionnaires ont été cotés selon une échelle indiquée dans le dossier d'appel d'offres, qui comprenait des notes allant de 0 à 10, où 0 était la plus mauvaise.

Au terme de réunions de négociation, Ørsted a attribué le marché à FORCE Technology A/S.

Eurofins, qui avait également soumis une offre, a saisi la commission des recours et fait valoir notamment que le retour d'information positif d'Ørsted dans le cadre de la deuxième réunion de négociation concernant un sous-critère tertiaire avait été trompeur.

Ørsted avait fourni un retour d'information aux soumissionnaires sans leur attribuer de points, mais en utilisant des codes couleur : rouge pour 0 à 1 point, orange pour 2 à 3 points, jaune pour 4 à 6 points et vert pour 7 à 10 points. Lors de la première réunion de négociation avec Eurofins, Ørsted avait attribué la couleur jaune pour le sous-critère tertiaire en question et avait approfondi sa critique. Lors de la deuxième réunion de négociation, le score d'Eurofins pour le sous-critère tertiaire avait obtenu la couleur verte, et Eurofins n'avait donc pas modifié son offre. L'offre finale d'Eurofins s'est vu attribuer 7 points pour le sous-critère tertiaire.

La commission a déclaré, entre autres, qu'Ørsted n'avait pas laissé entendre avec le code couleur vert qu'Eurofins obtiendrait un score plus élevé que celui obtenu. En outre, Ørsted n'était pas tenue de signaler d'autres possibilités d'amélioration concernant cette partie de l'offre. Ørsted n'a donc pas induit Eurofins en erreur.

Par ailleurs, Eurofins a fait valoir que les deux sous-critères secondaires « Objectifs et initiatives pertinentes en matière de santé et de sécurité » et « Formation », chacun pondéré à hauteur de 1,625 % dans l'évaluation globale, n'étaient pas liés à l'objet du marché. À cet égard, Eurofins a notamment invoqué qu'Ørsted avait de manière injustifiée mis l'accent sur la certification des soumissionnaires selon la norme ISO 45001 (ou équivalente).

La commission a établi qu'Ørsted avait mis l'accent non pas sur la certification des soumissionnaires selon la norme ISO 45001 (ou équivalente), mais sur les descriptions concrètes des soumissionnaires concernant la manière dont les tâches seraient effectuées.

Comme il n'était donc pas envisageable qu'Eurofins obtienne gain de cause en ce qui concerne sa demande d'annulation de la décision d'adjudication, la commission n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours.

Eurofins s'est alors désistée. La décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

*Décision du 13 septembre 2023, DELPRO A/S contre Energinet*

La décision est décrite en détail au point 2.2.7 « Loi danoise sur la commission des recours, y compris effet suspensif et sanctions appliquées par la commission ».

*Décision du 22 septembre 2023, EG Danmark A/S contre Frederikshavn Kommune*

*Frederikshavn Kommune ont lancé une procédure d'appel d'offres négociée pour l'achat en deux lots d'un système informatique destiné aux Frederikshavn Kommune. Un soumissionnaire évincé qui n'avait présenté une offre que pour un seul lot a dénoncé le fait que le modèle d'évaluation n'était pas clair, que le cahier des charges n'était pas clair, que la manière dont la présentation d'une offre serait prise en compte dans l'évaluation n'était pas claire, que les autorités municipales avaient mélangé les lots n° 1 et 2, et que les autorités municipales n'avaient pas formellement conclu la phase de négociation avant que la décision d'attribution ne soit prise. Enfin, le requérant a dénoncé l'insuffisance des motifs invoqués à la base de la décision d'attribution. Le requérant a demandé à la commission d'octroyer l'effet suspensif au recours. Dans sa décision intermédiaire du 15 juin 2023, la commission a refusé d'octroyer l'effet suspensif, car la condition de justification à première vue (*fumus boni juris*) n'était pas remplie. Le requérant a maintenu son recours, mais n'a pas souhaité produire de mémoires supplémentaires. Par décision du 22 septembre 2023, la commission des recours a statué sur le recours conformément à sa décision intermédiaire et a donc droit à la demande du requérant concernant l'insuffisance des motifs invoqués, comme l'avaient reconnu les autorités municipales. En revanche, le requérant a été débouté de ses autres demandes.*

S'agissant du modèle d'évaluation, la commission a établi que le fait que EG soit parvenue à un résultat différent de celui obtenu par les autorités municipales dans le cadre d'un calcul basé sur des moyennes ne rendait pas le modèle inadéquat ou non transparent, étant donné qu'il n'était pas décrit dans le cahier des charges qu'un ou plusieurs résultats d'évaluation partiels seraient calculés sous la forme d'une moyenne.

S'agissant des exigences minimales, la commission des recours a établi que l'utilisation de termes tels que « y compris », « entre autres » ou « par exemple » ne donnait pas en soi un caractère discrétionnaire ou imprécis à l'exigence minimale. Une référence au fait que le système proposé devait « être conforme à la législation applicable au système » ne pouvait pas non plus, après une évaluation concrète, être considérée comme donnant aux exigences un caractère imprécis ou discrétionnaire.

S'agissant de la présentation des offres, la commission a établi, sur la base d'une appréciation concrète du cahier des charges, que celui-ci indiquait clairement que la présentation et la démonstration des offres contribueraient à la compréhension des offres écrites, mais ne constitueraient pas un paramètre concurrentiel distinct. Le fait que l'évaluation serait affectée s'il s'avérait, lors de la présentation ou de la démonstration d'une offre, qu'une fonctionnalité était moins fonctionnelle que celle spécifiée dans l'offre écrite ne pouvait pas être entendu de telle sorte que l'évaluation serait opérée sur la base de nouvelles informations ou d'offres et d'éléments d'offres présentés oralement.

Le chef de recours selon lequel les lots n° 1 et 2 avaient été mélangés reposait sur l'hypothèse d'EG selon laquelle les autorités municipales auraient lors des négociations avec le soumissionnaire retenu pris en compte des connaissances sur le prix proposé par EG. En l'absence d'autres indications à ce sujet, mais vu, au contraire, qu'il avait été explicitement indiqué lors des négociations avec KMD que les deux lots devaient être considérés comme deux offres séparées, le requérant n'a pas obtenu gain de cause pour ce chef de recours.

Selon le cahier des charges, un seul cycle de négociation serait organisé. L'offre soumise par EG à l'issue d'une réunion de négociation a été qualifiée d'« offre finale ». Par conséquent, les autorités municipales n'avaient pas attribué le marché en violation du cahier des charges.

Conformément à la jurisprudence de la commission des recours, la violation reconnue concernant l'insuffisance des motifs invoqués ne pouvait pas conduire à l'annulation.

*Décision intermédiaire du 28 novembre 2023, ABB A/S contre Udviklingsselskabet By og Havn I/S*

*Le recours portait sur la mise en concurrence au titre de la directive sur les services spéciaux d'un contrat de fourniture d'un système d'alimentation électrique à quai pour Oceankaj et Langelinie kaj dans le port de Copenhague. La procédure a été changée en procédure négociée sans publication préalable au motif que les prix des deux offres dépassaient le budget de l'entité adjudicatrice. Le recours a été formé par le soumissionnaire évincé qui a fait valoir, entre autres, que les conditions permettant de passer à une procédure négociée n'étaient pas remplies et que l'entité adjudicatrice n'avait pas été en droit de prolonger un délai au cours de la procédure. La commission a débouté le requérant de toutes ses demandes.*

Udviklingsselskabet a lancé un appel d'offres public. Au cours de la procédure, la société a prolongé d'environ 50 jours le délai de livraison de l'un des deux systèmes d'alimentation à quai et publié à cet égard un avis de modification et prolongé la date limite pour la réception des offres. Après avoir reçu deux offres, dont celle d'ABB, Udviklingsselskabet a décidé de passer à une procédure négociée sans publication préalable, car les offres reçues dépassaient le budget prévu.

Au terme de la procédure négociée et après qu'Udviklingsselskabet ait pris la décision d'attribution du marché, ABB a saisi la commission des recours et fait valoir que les conditions permettant de passer à une procédure négociée sans publication préalable n'étaient pas remplies et que Udviklingsselskabet ne pouvait pas modifier le délai de livraison principal sans remise en concurrence, étant donné que le délai principal était un élément fondamental qui ne pouvait pas être modifié sans remise en concurrence.

Dans sa décision intermédiaire sur l'octroi de l'effet suspensif, la commission a examiné si le recours était justifié à première vue (*fumus boni juris*).

La commission a constaté que le budget d'Udviklingsselskabet avait été fixé avant le lancement de la procédure d'appel d'offres. Comme Udviklingsselskabet s'est rendu compte, à la réception des offres, que les prix proposés dépassaient le budget fixé, elle était en droit de passer à une procédure négociée en vertu de l'article 50, sous a), de la directive sur les services spéciaux. Le fait que les prix proposés ultérieurement dans le cadre de la procédure négociée dépassaient également le budget fixé précédemment était sans incidence, car les conditions permettant de passer à une procédure négociée sans publication préalable étaient réunies à la date à laquelle la décision avait été prise.

La commission a déclaré que la modification de la date de livraison d'une partie de la prestation globale ne constituait pas une modification d'un élément fondamental. La commission a insisté sur le fait que les documents de marché ne permettaient pas de constater qu'il s'agissait d'une exigence minimale et que, dans le cadre de cette modification, Udviklingsselskabet avait publié un avis de modification qui prolongeait également la date limite pour la réception des offres. Les soumissionnaires potentiels avaient ainsi eu la possibilité de s'informer sur la modification apportée et de décider s'ils voulaient soumettre une offre. En outre,

le report ne concernait qu'une petite partie de la prestation globale objet du marché et était de courte durée par rapport à la durée totale du marché.

La condition de justification à première vue n'étant pas remplie, la commission des recours n'a pas octroyé l'effet suspensif au recours. ABB s'est alors désistée. La décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

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

*Arrêt rendu en appel par la Cour de la Région Ouest le 5 avril 2023, Horsens Kommune contre Brd. Thybo A/S, cf. décision de la commission des recours du 15 mars 2021.*

En 2020, Horsens Kommune avaient, au titre de la loi danoise sur la passation des marchés publics de travaux, ouvert une procédure concernant la fourniture de travaux principaux de construction d'une école. Le critère d'attribution était le prix le plus bas. Le cahier des charges stipulait que les offres devaient être conformes « à un délai fixe et à un prix fixe ».

Les autorités municipales ont reçu cinq offres et décidé de conclure un contrat avec le soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus basse. Cette offre avait été soumise à la condition « (...) que le calendrier soit prolongé d'au moins un mois. À défaut, l'offre devra être majorée de 200 000 DKK hors TVA ». Brd. Thybo, qui avait soumis la deuxième offre la plus basse, dont le prix était supérieur de quelque 400 000 DKK à celui de l'offre retenue, a saisi la commission des recours.

Par décision du 15 mars 2021, la commission a établi que Horsens Kommune avaient agi en violation du principe d'égalité de traitement énoncé à l'article 2, al. 3, de la loi sur la passation des marchés publics en acceptant l'offre retenue, qui contenait une réserve concernant un élément fondamental, à savoir l'échéancier. Ainsi, la commission a accueilli la demande du requérant visant l'annulation de la décision d'attribution des autorités municipales.

Les autorités municipales de Horsens ont alors saisi le Tribunal de Horsens qui, par jugement du 5 octobre 2022, a confirmé la décision de la commission des recours et également ordonné aux autorités municipales de verser une indemnité de 1 million DKK à Brd. Thybo en réparation de son intérêt positif matériel.

Les autorités municipales ont fait appel de ce jugement auprès de la Cour d'appel de la Région Ouest qui, dans son arrêt du 5 avril 2023, leur a donné gain de cause. La Cour d'appel a déclaré que le soumissionnaire retenu avait présenté, d'une part, une « offre ordinaire », à savoir l'offre avec l'augmentation de prix que les autorités municipales avaient été en droit d'accepter, et, d'autre part, une « offre alternative », qui n'était pas conforme au cahier des charges.

*Arrêt rendu en appel par la Cour de la région Est le 10 octobre 2023, Eksponent ApS contre Gentofte Kommune, cf. décisions de la commission des recours des 29 avril 2020 et 10 février 2021.*

Lors d'un appel d'offres pour la conception et la mise en œuvre d'un nouveau site web, Gentofte Kommune avaient défini une exigence minimale selon laquelle les soumissionnaires devaient présenter au moins trois références provenant de projets similaires. Eksponent a dénoncé le fait que le soumissionnaire retenu ne remplissait pas cette exigence minimale. Les autorités municipales ont alors reconnu qu'au moins une des références ne pouvait être utilisée, mais ont donné au soumissionnaire retenu la possibilité de présenter

de nouvelles références répondant à l'exigence minimale. Les références ultérieures, qui étaient conformes à cette exigence, avaient été soumises avant la date limite pour la réception des offres.

Tant devant la commission des recours que devant le Tribunal judiciaire et la Cour d'appel, le recours portait sur l'interprétation de l'article 159, al. 5 et 6, de la loi sur la passation des marchés publics (article 56, paragraphes 1 et 3, de la directive 2014/24/UE) et de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 octobre 2013 dans l'affaire C-336/12, *Manova*.

La commission des recours a accueilli le chef de recours d'Ekspønt selon lequel l'offre retenue n'était pas conforme au cahier des charges, et a annulé la décision d'attribution. Dans une décision ultérieure, Ekspønt s'est vu accorder une indemnité de 1,2 million DKK.

Le Tribunal de Frederiksberg et la Cour d'appel de la Région Est ont tous deux donné gain de cause aux autorités municipales. La Cour d'appel a déclaré que « le cahier des charges n'indiquait pas explicitement ou qu'il n'était pas autrement possible d'en déduire que le non-respect des exigences minimales entraînerait le rejet des offres. Le dossier d'appel d'offres et l'article 159, al. 6, de la loi sur la passation des marchés publics n'empêchaient donc pas les autorités municipales de demander des informations et documents pertinents au titre de l'article 159, al. 5, de ladite loi ».

(Les décisions de la commission des recours sont résumées dans le rapport annuel 2020, p. 41, et le rapport annuel 2021, p. 35. Le jugement du tribunal de Frederiksberg est résumé dans le rapport annuel 2022, p. 46).

*Jugement rendu par le Tribunal de Glostrup le 29 décembre 2023, Albertslund Kommune contre Albertslund Tømmer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S et HRH EL A/S, cf. décision de la commission des recours du 7 mars 2022.*

Albertslund Kommune avaient lancé une procédure d'appel d'offres négociée en vue de la conclusion d'accords-cadres pour des services artisanaux, décrits dans l'avis de marché comme des « travaux ordinaires ». Il était précisé que l'objectif des négociations était de permettre aux soumissionnaires d'optimiser leurs offres et de s'assurer de leur conformité avec le cahier des charges, ainsi que de clarifier la description des services de l'offre, suite à quoi il serait possible que les documents d'appel d'offres soient ajustés sur la base des négociations.

Les sociétés requérantes ont toutes dénoncé, entre autres, le fait que la procédure avait été menée sous la forme d'une procédure négociée, cf. article 61 de la loi sur la passation des marchés publics (article 26 de la directive 2014/24/UE).

Le recours a été traité par deux membres de la présidence et deux experts, conformément à l'article 10, al. 4, de la loi sur la commission des recours.

La commission a établi que la procédure négociée devait être considérée comme une exception (relativement large) aux formes générales de procédure d'appel d'offres. Il n'a pas été démontré qu'une procédure sans négociation n'aurait pas été susceptible d'aboutir à un résultat satisfaisant, et les autorités municipales ont reconnu que les services en question étaient des services standard. Par conséquent, Albertslund Kommune n'étaient pas légalement habilitées à recourir à la procédure négociée.

Dès lors, la commission a accueilli le chef de recours selon lequel les autorités municipales avaient violé la loi sur la passation des marchés publics en organisant une procédure négociée, et a annulé les décisions d'attribution (avis divergents).

Albertslund Kommune ont saisi le Tribunal de Glostrup et fait valoir qu'Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S et HRH EL A/S devaient reconnaître que les autorités municipales n'avaient pas violé la loi sur la passation des marchés publics en organisant une procédure négociée et que les décisions d'attribution ne devaient pas être annulées.

Le jugement rendu par le Tribunal le 29 décembre 2023 indique qu'Albertslund Tømrer og Snedker A/S, VVS & Varmeteknik A/S et HRH EL A/S ont accepté les conclusions du demandeur. Le jugement a donc été rendu conformément aux conclusions déposées par les autorités municipales.

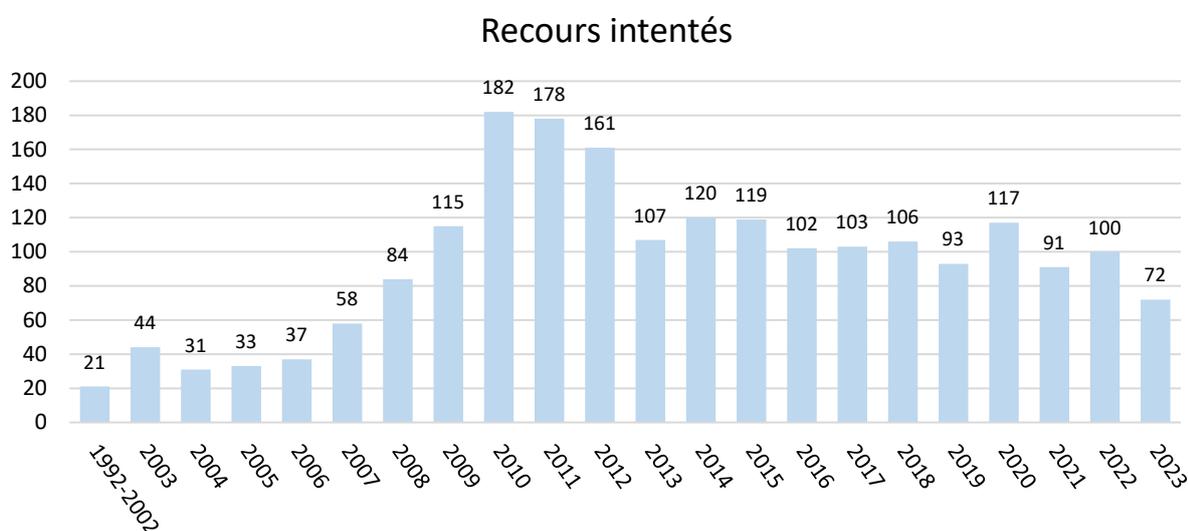
(La décision de la commission des recours du 7 mars 2022 est résumée dans le rapport annuel 2022, p. 43-44).

## 4. ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS EN 2023

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

### 4.1 Recours intentés

En 2023, 72 recours ont été intentés devant la commission. Le graphique ci-dessous montre l'évolution du nombre de recours intentés de 1992 à 2023.



Le nombre de recours intentés en 2023 était largement plus bas qu'en 2022, mais toujours largement inférieur aux chiffres de 2010 à 2012.

### 4.2 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 2023 une décision intermédiaire dans neuf recours, dans le cadre desquels il lui avait été demandé de conférer un effet suspensif au titre de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de la loi sur la commission des recours, ainsi que dans 36 recours intentés durant le délai suspensif (standstill) en application de l'article 12, al. 2, de ladite loi, en vertu duquel la commission dispose d'un délai légal de 30 jours pour statuer sur l'octroi d'un effet suspensif. Dans certains cas (dans lesquels la condition d'urgence n'est pas remplie), 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 2013 et 2023.

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



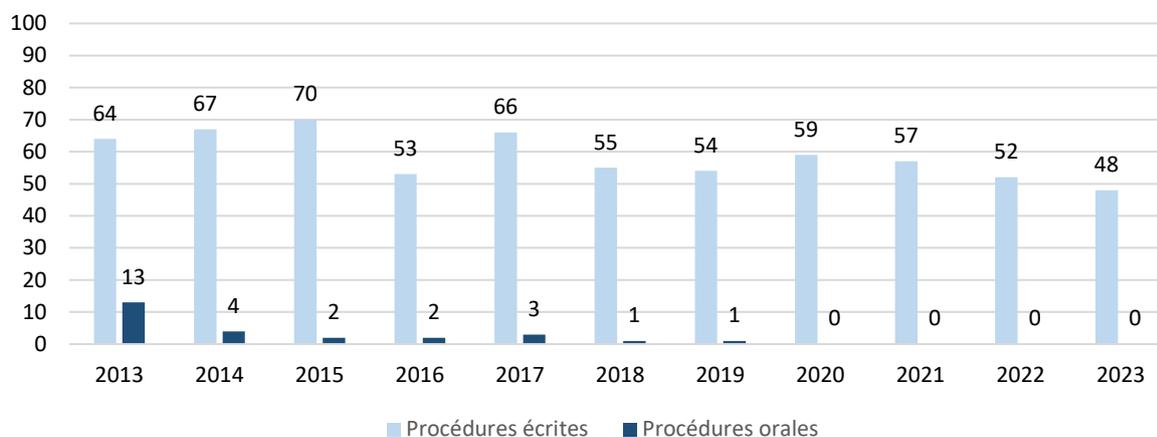
Dans le cadre de plusieurs recours, les décisions de la commission concernant l'attribution d'un effet suspensif ont débouché sur la révocation du recours à la suite du rendu d'une « décision fumus », dans le cadre de laquelle la commission se prononce, à titre provisoire, sur la probabilité que les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

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

Les 40 recours dans le cadre desquels la commission a rendu une décision au fond en 2023 (voir section 4.4) ont fait l'objet d'une procédure écrite.

Le graphique ci-dessous montre le nombre de procédures écrites et orales organisées par la commission entre 2013 à 2023.

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



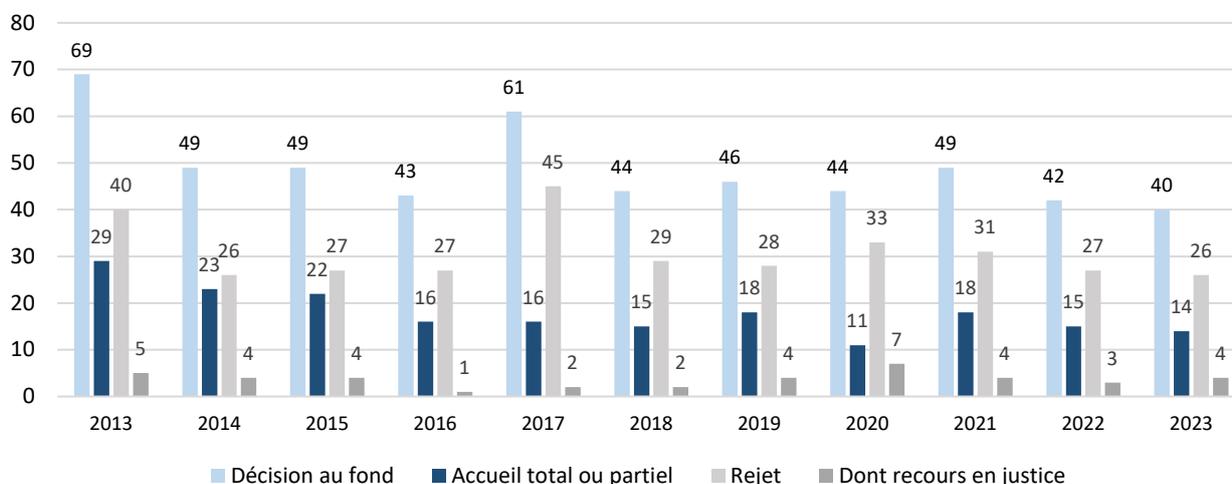
Note: Les chiffres reproduits comprennent également les recours rejetés.

La répartition du nombre de procédures écrites par rapport au nombre de procédures orales montre que seul un petit nombre de recours ont fait l'objet d'une procédure orale. 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.

### 4.4 Recours réglés et issue de ces recours

En 2023, la commission a statué au fond sur 40 recours. Quatorze requérants ont obtenu entièrement ou partiellement gain de cause, tandis que les 26 restants ont été déboutés de leur demande. Dans la majorité des cas, les décisions de la commission constituent les décisions définitives rendues dans les affaires en question. Sur les 40 décisions, seules quatre d'entre elles ont fait l'objet d'un recours devant les juridictions.

## Recours réglés et issue de ces recours



Note : 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 2023 s'élevait à 35 % et était donc plus ou moins égal à 2022 et 2021.

Les calculs illustrés dans le graphique et le tableau ci-dessous ne comprennent pas les « décisions fumus » passées en force de décisions définitives. En 2023, la commission a rendu 27 « décisions fumus ». Dans quatre d'entre elles, la commission a estimé que la condition de justification à première vue (« fumus boni juris ») était remplie. Dans ces quatre affaires, l'entité adjudicatrice a alors annulé l'appel d'offres ou révoqué sa décision d'attribution, après quoi le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire de la commission est ainsi devenue sa décision définitive.

Dans 23 « décisions fumus », la commission a estimé que la condition de justification à première vue n'était pas remplie, suite à quoi, dans 15 recours, le requérant s'est désisté et la décision intermédiaire est alors devenue la décision définitive de la commission.

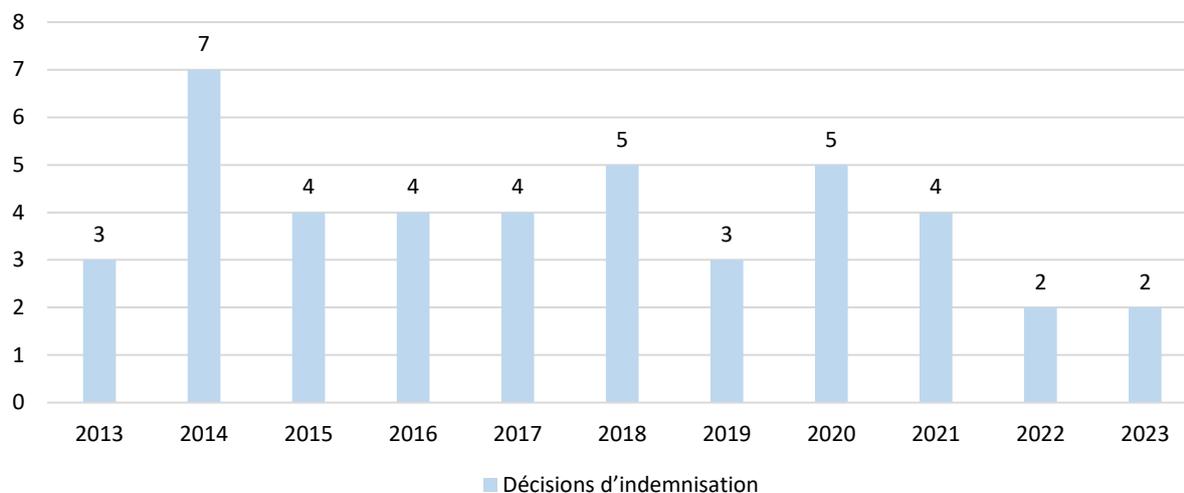
Année	Accueil total ou partiel	Rejet
2013	42%	58%
2014	47%	53%
2015	45%	55%
2016	37%	63%
2017	26%	74%
2018	34%	66%
2019	39%	61%
2020	25%	75%
2021	37%	63%
2022	36%	64%
2023	35%	65%

#### 4.5 Décisions d'indemnisation prononcées

En 2023, la commission des recours a rendu deux décisions d'indemnisation.

La durée moyenne des procédures pour les questions d'indemnisation était d'environ 18 mois.

### Décisions d'indemnisation prononcées



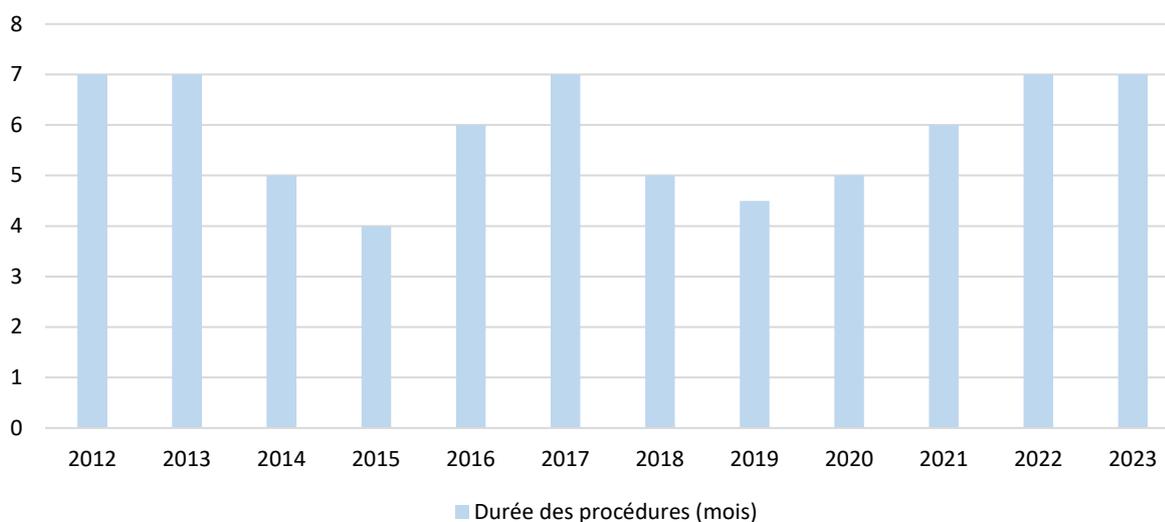
L'expérience montre que, dans un grand nombre des recours où le requérant obtient totalement ou partiellement gain de cause lorsque la commission statue au fond, la question d'une indemnisation est réglée en dehors de la commission, si bien que les parties passent un accord au lieu d'attendre une décision de la commission.

#### 4.6 Durée moyenne des procédures

En 2023, la durée moyenne des procédures auprès de la commission était de sept mois.

Le graphique ci-dessous montre l'évolution de la durée moyenne des procédures pour les recours rejetés et les décisions au fond sur une base mensuelle pour les années 2012 à 2023.

### Durée moyenne des procédures



La durée moyenne de sept mois en 2023 correspond à 2012 à 2013, 2017 et 2022.

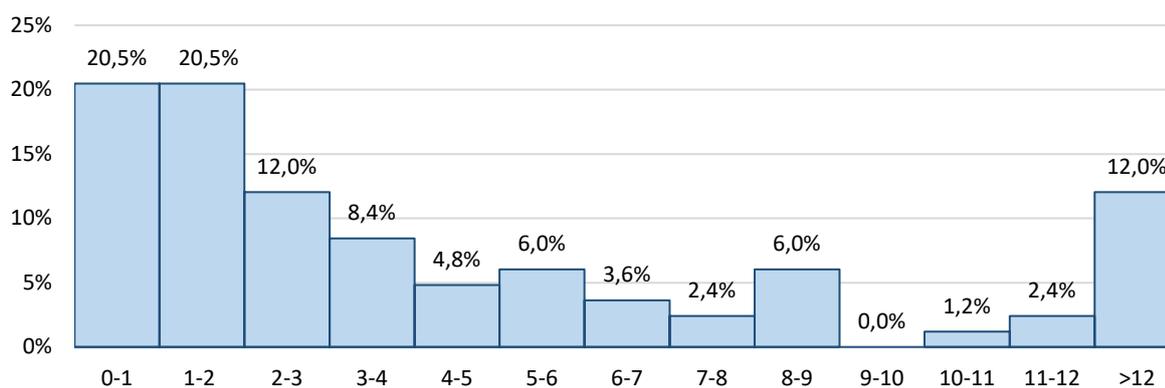
Le nombre d'affaires pendantes fin 2023 s'élevait à 42, ce qui correspond plus ou moins au niveau des années 2017 à 2022.

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

Le graphique ci-dessous montre pour 2023 le pourcentage de procédures clôturées en l'espace de 0 à 1 mois, 1 à 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 4.8 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 4.5.

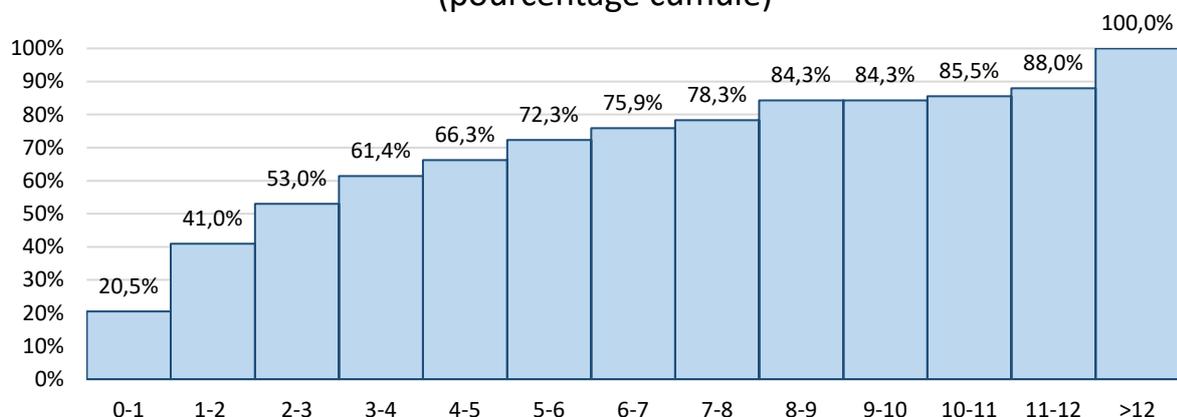
Durée des procédures en nombre de mois  
(pourcentage)



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2023 en pourcentage cumulé.

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



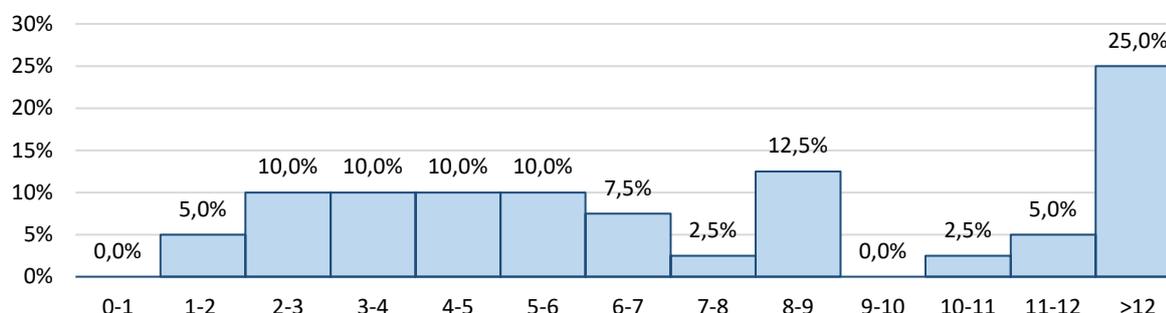
En 2023, quelque 20 % des procédures ont été clôturées au cours du premier mois suivant l'introduction du recours, contre environ 23 % en 2021 et environ 24 % en 2022. En 2023, 41 % des procédures ont été clôturées au cours des deux premiers mois suivant l'introduction du recours, contre env. 37 % en 2021 et env. 49 % en 2022. Il apparaît en outre que 53 % de tous les recours introduits en 2023 ont été clôturés au cours des trois premiers mois, contre env. 46 % en 2021 et 59 % en 2022. Les calculs pour 2023 incluent entre autres 35 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 72 % des procédures en 2023 ont été clôturées dans les cinq-six premiers mois suivant l'introduction du recours, contre environ 75 % en 2021 et environ 73 % en 2022 et qu'environ 84 % des procédures sont clôturées en l'espace de neuf à dix mois, contre environ 93 % en 2021 et environ 84 % en 2022.

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.

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

Le graphique ci-dessous montre pour 2023 le pourcentage de décisions au fond qui sont rendues en l'espace de 0 à 1 mois, 1 à 2 mois, 2 à 3 mois et ainsi de suite jusqu'à plus de 12 mois.

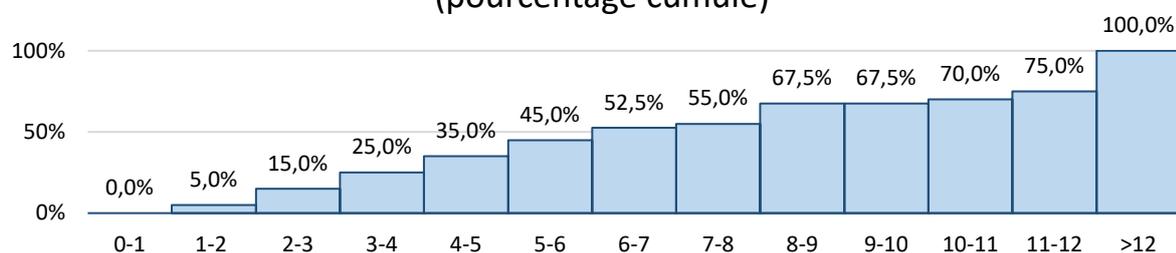
### Durée des procédures en nombre de mois pour les décisions de fond (pourcentage)



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

Le tableau ci-dessous illustre la durée des procédures en 2023 pour les décisions au fond en pourcentage cumulé.

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



Le tableau montre qu'en 2023, une décision au fond a été rendue dans 25 % des recours de ce type en l'espace de trois-quatre mois, contre environ 20 % en 2021 et environ 26 % en 2022. En outre, une décision au fond a été rendue en 2023 dans 45 % des recours en l'espace de cinq à six mois, contre environ 55 % en 2021 et environ 38 % en 2022. Le tableau indique également qu'en 2023, une décision au fond a été rendue après sept à huit mois dans 55 % des recours, contre environ 67 % en 2021 et environ 43 % en 2022. D'expérience, on sait que les 45 % restants (33 % en 2021 et 57 % en 2022), 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 de l'un effet suspensif et le droit d'accès aux documents conformément à la loi danoise sur la procédure administrative, cf. section 4.2 ci-avant.

## 5. AUTRES ACTIVITÉS DE LA COMMISSION DES RECOURS

En 2023, outre les procédures de recours, la commission a mené différentes activités.

### *Consultation*

Le 28 mars 2023, la commission a répondu à une consultation concernant un projet de loi portant modification de la loi danoise sur le contrôle des investissements et de la loi danoise sur la commission des recours en matière de marchés publics, ainsi que le projet d'arrêté ministériel sur l'application des sanctions liées aux marchés publics prévues par le règlement (UE) 2022/576 du Conseil.

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

Le 29 mars 2023, Jakob O. Ebbensgaard, président de la commission des recours, a présenté un exposé à la Conférence des achats de l'État danois.

Le 30 mars 2023, le président a également présenté un exposé devant une série de fonctionnaires ukrainiens en visite au Danemark dans le cadre du programme de la délégation de l'UE « *Support to the public procurement reform in Ukraine* ».

Le 1<sup>er</sup> juin 2023 à Stockholm et le 10 novembre 2023 à Bruxelles, le président de la commission des recours a participé à des réunions du *Network of first instance procurement review bodies*, organisées par la Commission européenne.

Le 2 novembre 2023, le président et la vice-présidente, Kirsten Thorup, ont présenté un exposé à la Conférence JUC sur les marchés publics. Le secrétariat de la commission a également participé à cette conférence.

En octobre 2023, la présidence de la commission des recours et le secrétariat ont réalisé une visite de trois jours auprès de la Cour de Justice et du Tribunal de l'Union européenne. Le programme spécialement organisé à cette fin comprenait, outre la participation aux audiences, des débats instructifs et inspirants sur des sujets aussi bien généraux et que liés aux marchés publics avec le juge danois à la Cour de Justice, Lars Bay Larsen, et les deux juges danois au Tribunal, Sten Frimodt Nielsen et Jesper Svenningsen. En outre, des exposés et des débats ont eu lieu avec plusieurs spécialistes de la Cour de Justice.