

[Jurisprudence] Indemnisation du candidat évincé irrégulièrement en raison d'un manquement commis dans le choix de la procédure de passation du contrat

N2898BYY



par Thomas Gaspar, Avocat au barreau de Montpellier, Selas Charrel & Associés, chargé d'enseignement à la faculté de droit de l'Université de Montpellier

Le 06-04-2020

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 28 février 2020, n° 426162, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A92923GA](#))

Par un arrêt du 28 février 2020, le Conseil d'Etat est venu rappeler les principes qui régissent le droit à indemnisation d'un candidat évincé d'une procédure de passation, appliqués aux manquements du pouvoir adjudicateur découlant de l'irrégularité commise dans la qualification du contrat et, en conséquence, du choix d'une procédure de passation totalement différente de celle qu'elle aurait du être.

Dans cette affaire, la commune de Saint-Benoit avait lancé une procédure ouverte de passation d'une convention de délégation de service public ayant pour objet la gestion de son service de restauration municipale. La Société X s'était portée candidate mais avait vu son offre rejetée par la commune.

Elle saisissait alors le tribunal administratif de La Réunion d'un recours en contestation de la validité du contrat conclu le 8 janvier 2014 [1] assorti d'une demande indemnitaire d'un montant de 8 758 890 euros en réparation de son préjudice résultant, d'une part, de son manque à gagner sur dix ans et, d'autre part, des frais engagés pour la présentation de son offre [2].

Par un jugement du 31 mars 2016, le tribunal administratif de La Réunion requalifiait le contrat en marché public de service et estimait en conséquence qu'il était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité, pour en prononcer la résiliation à effet différé. Il rejetait, en revanche, les conclusions indemnitaires.

Saisi d'un appel des deux parties, la cour administrative d'appel de Bordeaux les rejetait respectivement, par un arrêt du 8 octobre 2018 [3].

C'est ainsi que la Société X formait un pourvoi en cassation en faisant grief à l'arrêt des juges d'appel d'avoir rejeté ses conclusions tendant à la condamnation de la commune à lui verser une somme de 8 758 890 euros.

C'est l'occasion pour le Conseil d'Etat de rappeler le régime juridique du droit à indemnisation du candidat irrégulièrement évincé (I), avant d'en faire une application à l'hypothèse d'un contrat irrégulier du fait de sa mauvaise qualification et de l'erreur afférente dans le choix procédure de passation mise en œuvre (II).

I - Le rappel du régime juridique encadrant le droit à indemnisation du candidat irrégulièrement

évincé

Ce régime juridique, qui fait désormais l'objet d'une jurisprudence constante, consiste, outre la caractérisation de l'irrégularité, à la démonstration du lien direct de causalité entre la faute et le(s) préjudice(s) causé par l'éviction (A) et la détermination de l'indemnisation au regard du niveau de chance dont disposait le candidat de remporter le contrat (B).

A - Le lien direct de causalité entre la faute et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction

Le Conseil d'Etat vient rappeler le considérant, désormais de principe, selon lequel *« lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat »*.

Si le principe selon lequel le juge doit vérifier si le candidat *« était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat »* a maintenant plus de quinze ans [4], la vérification du *« lien direct de causalité entre la faute (...) et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction »* est arrivée plus tardivement [5].

Cette question du lien de causalité est de plus en plus prégnante dans le contentieux contractuel.

C'est le cas du resserrement des moyens opérants dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat désormais limités aux *« vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent »* [6], dans le droit chemin de l'arrêt *« Smirgeomes »* s'agissant du référé précontractuel et du *« manquement susceptible de léser »* [7].

C'est également le cas dans le cadre de l'action indemnitaire du titulaire ayant vu son contrat annulé, sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, où il appartient au juge *« d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice »* [8].

Ce lien de causalité est pourtant une condition classique du contentieux de la responsabilité administrative et il est parfaitement logique que le candidat démontre que l'irrégularité commise est en lien direct avec le préjudice résultant de son éviction, pour espérer être indemnisé.

Le Conseil d'Etat confirme ainsi sa jurisprudence, ayant par exemple déjà jugé que le lien direct de causalité n'est pas nécessairement établi lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas demandé à l'attributaire des justifications sur le fondement de l'article 55 du Code des marchés publics relatif aux offres anormalement basses [9] ou, plus généralement, qu'il n'est pas non plus lorsque l'irrégularité n'a affecté ni la sélection des candidatures, ni le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse [10].

Il appartient en conséquence au candidat évincé, avant toute chose, de démontrer que la faute (l'irrégularité commise par l'acheteur ou l'autorité concédante entachant la validité du contrat) a un lien direct de causalité avec le préjudice subi né de son éviction.

B - La détermination de l'indemnisation

Une fois ce lien de causalité déterminé, et même si la frontière entre le lien de causalité et la détermination du niveau de perte de chance du candidat est parfois ténue, il appartient au juge de rechercher *« si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat »*.

C'est l'arrêt *« ETPO Guadeloupe »* [11], qui a fixé pour la première fois le régime d'indemnisation du candidat en fonction de son niveau de perte de chance en affirmant *« que, dans l'affirmative [dépourvue de toute chance], l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique »*.

Le régime d'indemnisation est le suivant :

-si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le contrat, elle n'a droit à aucune indemnisation ;

-si l'entreprise n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le contrat, elle a droit au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ;

-si l'entreprise disposait d'une chance sérieuse de remporter le contrat, elle a droit à l'indemnisation de son manque à gagner, correspondant « *au bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle avait obtenu* » [12], soumis de ce fait à l'impôt sur les sociétés [13] et qui se calcule par la différence entre les produits et toutes charges d'exploitation engagés par le candidat pour l'exécution du contrat [14].

La demande d'indemnisation doit bien évidemment être précisément « *à peine d'irrecevabilité, être motivée et chiffrée* » [15], et si le juge administratif admet que la marge nette bénéficiaire d'une entreprise soit établie d'après une attestation de son expert comptable [16] ou de son commissaire aux comptes [17], c'est à condition qu'elle ne soit pas contestée par les parties [18], raison pour laquelle il incombe au requérant de produire précisément l'ensemble des pièces justificatives tirées de sa comptabilité et/ou de son offre pour justifier son taux de marge [19].

II - Le seul droit à remboursement des frais engagés dans le cas d'une erreur sur le choix de la procédure de passation du fait de la mauvaise qualification du contrat

Renvoyant *in fine* à la cour administrative d'appel de Bordeaux le soin de rejurer l'affaire, le Conseil d'Etat vient confirmer que la société X n'a pas été privée d'une chance sérieuse de remporter le contrat (A), mais censure, en revanche, l'arrêt en estimant qu'elle n'était pas dépourvue de toute chance et avait ainsi droit au remboursement des frais engagés pour soumissionner (B).

A - La quasi-impossibilité d'établir la chance sérieuse de remporter le contrat en cas d'erreur sur la qualification du contrat

Le Conseil d'Etat ne revient pas sur l'irrégularité elle-même, puisque la commune de Saint-Benoit n'avait pas formé de pourvoi en cassation, affirmant seulement qu'il « *ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que(...) la cour administrative d'appel de Bordeaux a requalifié le contrat de délégation de service public en marché public et a relevé que ce contrat, conclu sans que le contenu et les conditions de mise en oeuvre des critères de sélection des offres n'aient été définis et sans publication d'un avis d'attribution de niveau européen, était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité* ».

L'irrégularité à l'origine du contentieux était celle de la qualification du contrat lui-même, que le juge administratif avait qualifié de marché public de service et non de délégation de service public, avec évidemment les vices en résultant sur la procédure de passation.

Le Conseil d'Etat connaissait au demeurant bien cette problématique puisqu'il avait déjà, dans un arrêt du 24 mai 2017, à la demande de la même société, annulé la procédure de passation de la convention pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale lancée par la commune de Saint-Benoit, motif pris de sa requalification en marché public, dès lors que les modalités de rémunération du concessionnaire ne permettaient pas de caractériser le transfert du risque d'exploitation du service [20].

La requalification du contrat engendre nécessairement des « *vices d'une particulière gravité* » dans la mesure où la procédure de passation d'une délégation de service public est radicalement différente de celle d'une procédure d'appel d'offres ouvert (possibilité de négocier, pas d'obligation de pondération des critères, définition des conditions de mise en oeuvre des critères moins prescriptive [21].

La question était alors celle de savoir si, en l'absence d'une telle irrégularité, la société aurait disposé d'une chance sérieuse de remporter le marché, alors même, et c'était un élément factuel fort de ce dossier, qu'elle était devenu attributaire du marché public de service lancé par la commune de Saint Benoit après la résiliation judiciaire du premier contrat.

Le Conseil d'Etat confirme que la société n'a pas été privée d'une chance sérieuse de remporter le marché, validant la position des juges bordelais qui avaient considéré que « *la société [X] ne remet[ait] pas en cause le motif retenu par les premiers juges* » et que « *la seule circonstance que la commune (...) lui ait attribué plusieurs années plus tard (...) le marché portant sur l'exploitation de la cuisine centrale ne saurait suffire à établir qu'elle disposait de chances sérieuses d'emporter le marché dans le cadre de la présente procédure* ».

D'un côté, dans la mesure où la société X avait été classée deuxième, et qu'au surplus elle avait été déclarée attributaire lorsque le contrat avait été postérieurement réattribué sous la forme d'un marché public, la position du Conseil d'Etat peut apparaître sévère. Et ce d'autant plus que la haute juridiction a déjà tenu compte de l'attribution de marchés postérieurs dans un contentieux indemnitaire faisant suite à une décision de résiliation [22].

D'un autre côté, les différences entre les procédures de passation d'une délégation de service public et d'un marché public sont tellement importantes (durée du contrat totalement différente ; contenu des offres totalement différent ; critères de choix différents ; présence ou non d'une négociation...) qu'il est clairement impossible pour le juge administratif, sauf à refaire une analyse fictive en s'immisçant dans le rôle de l'administration – ce qu'il ne peut pas faire –, de déterminer une éventuelle chance sérieuse du requérant.

Pour en conclure, la position du Conseil d'Etat paraît juridiquement logique, mais met en évidence le fait qu'il sera quasi-impossible pour un candidat évincé, de justifier qu'il a été privé d'une chance sérieuse de remporter le contrat, lorsque l'irrégularité consiste purement et simplement à avoir utilisé une procédure de passation radicalement différente de celle qui aurait dû être mise en œuvre.

B- La quasi-automaticité du droit au remboursement des frais engagés pour soumissionner

En revanche, là où la cour administrative d'appel de Bordeaux avait refusé tout droit à indemnisation, le Conseil d'Etat vient censurer l'arrêt en jugeant « *que la société [X] a été admise à présenter une offre, (...) que cette offre a été classée en deuxième position et, ainsi qu'il vient d'être dit, que la société requérante s'est vue attribuer le marché public pour la gestion du service de restauration municipale de la commune de Saint-Benoît. Dans ces conditions, la cour administrative d'appel de Bordeaux a dénaturé les pièces du dossier en estimant (...) que le recours irrégulier à la procédure de passation des délégations de service public par la commune de Saint-Benoît n'était pas susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction de la société [X] et que celle-ci était dépourvue de toute chance d'obtenir ce marché* ».

Cette position est également logique dans la mesure où si, comme nous l'avons dit, il est quasi-impossible de dire si l'entreprise disposait d'une chance sérieuse, il est, en revanche, et à l'inverse, quasi-automatique de considérer qu'un candidat qui a été classé deuxième au terme d'une procédure irrégulière et qui s'est vu ensuite attribuer le marché relancé, n'était pas dépourvue de toute chance de le remporter.

Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs déjà censuré pour erreur de droit une cour administrative d'appel qui n'avait pas recherché si le recours irrégulier à une procédure de dialogue compétitif était susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction du candidat, renvoyant l'affaire à la cour, mais considérant implicitement mais nécessairement que l'entreprise n'était pas dépourvue de toute chance [23].

Une logique, mais maigre, consolation pour plus de cinq ans de procédure.

Quel impact dans ma pratique ?

En pratique, les candidats évincés doivent être alertés sur le fait que seules les irrégularités présentant un lien direct de causalité avec leur éviction ouvriront les portes d'un recours indemnitaire. Il leur appartiendra de s'assurer d'une démonstration suffisante de cette première condition avant d'engager une procédure juridictionnelle.

La démonstration ensuite d'une chance sérieuse est toujours difficile, et cet arrêt nous enseigne qu'il sera quasi-impossible de la démontrer lorsque c'est le choix lui-même de la procédure de passation qui est en cause, en tout cas lorsqu'a été mise en œuvre une procédure de passation diamétralement différente de celle qui aurait du être utilisée, même en cas de classement en deuxième position.

Dans l'hypothèse où est en cause la qualification du contrat et, par conséquent, le choix d'une procédure irrégulière, il sera plus stratégique de privilégier la voie du référé précontractuel pour obtenir rapidement l'annulation de la procédure et soumissionner de nouveau, plutôt que de s'engager dans un contentieux indemnitaire long et qui ne permettra certainement pas d'obtenir plus que le remboursement des frais engagés pour soumissionner, qui sont eux-mêmes toujours difficilement valorisables.

- [1] A l'époque encadré par l'arrêt CE, 16 juillet 2007, n° 291545 ([N° Lexbase : A4715DXW](#)), dit "Société Tropic Travaux Signalisation", aujourd'hui par l'arrêt CE, 4 avril 2014, n° 358994 ([N° Lexbase : A6449MIP](#)), dit "Département du Tarn et Garonne".
- [2] CE, 11 mai 2011, n° 347002 ([N° Lexbase : A8775HQ3](#))
- [3] CAA Bordeaux, 8 octobre 2018, n° 16BX02772 ([N° Lexbase : A0596YG8](#)).
- [4] CE, 18 juin 2003, n° 249630 ([N° Lexbase : A8725C8N](#)).
- [5] CE, 10 juillet 2013, n° 362777 ([N° Lexbase : A8333KIH](#)).
- [6] CE, 4 avril 2014, n° 358994, préc.
- [7] CE, 3 octobre 2008, n° 305420 ([N° Lexbase : A5971EAE](#)).
- [8] CE, 6 octobre 2017, n° 395628 ([N° Lexbase : A2499TCK](#)), ce que ne précisait pas initialement l'arrêt « Decaux » (CE, 10 avril 2008, n° 244950 [N° Lexbase : A8665D73](#)).
- [9] CE, 15 octobre 2014, n° 374462 ([N° Lexbase : A6703MYW](#)).
- [10] CE, 10 février 2017, n° 393720 ([N° Lexbase : A9962TMW](#)).
- [11] CE, 18 juin 2003, précité).
- [12] CE, 8 février 2010, n° 314075 ([N° Lexbase : A7558ERD](#)).
- [13] CE, 19 janvier 2015, n° 384653 ([N° Lexbase : A9924M9G](#)).
- [14] CAA Nantes, 10 juin 2013, n° 11NC01257 ([N° Lexbase : A7380KGG](#)) ; CAA Lyon, 5 janvier 2012, n° 10LY02566 ([N° Lexbase : A2850IB8](#)).
- [15] CE, 11 mai 2011, n° 347002, préc.
- [16] CAA Lyon, 4 avril 2013, n° 11NC01257 ([N° Lexbase : A7380KGG](#)).
- [17] CAA Nancy, 28 novembre 2013, n° 13NC00967 ([N° Lexbase : A2880MII](#)).
- [18] CAA Nancy, 7 février 2013, n° 11NC01001 ([N° Lexbase : A8476I73](#)).
- [19] CAA Lyon, 5 avril 2012, n° 10LY02298 ([N° Lexbase : A4790IP4](#)).
- [20] CE, 24 mai 2017, n° 407213 ([N° Lexbase : A0881WED](#)).
- [21] CE, 23 décembre 2009, n° 328827 ([N° Lexbase : A8416EPE](#)).
- [22] CE, 26 mars 2018, n° 401060 ([N° Lexbase : A8567XHR](#)).
- [23] CE, 19 novembre 2018, n° 413305 ([N° Lexbase : A2629YMC](#)).