

Précisions sur les conditions relatives à la suspension de l'exécution des marchés publics et l'indemnisation des candidats évincés

En cas d'irrégularités commises lors de la phase de passation des marchés publics, les parties disposent de plusieurs recours contentieux pour faire valoir leur droit. Dans deux décisions récentes, le Conseil d'État a apporté des précisions concernant les conditions de suspension de l'exécution d'un contrat public en application d'un référé suspension « contractuel » ainsi que les modalités d'indemnisation d'un candidat évincé.

La sécurité juridique tenant à la passation des marchés publics est une préoccupation majeure des acheteurs publics et ce d'autant plus que les candidats disposent aujourd'hui d'une panoplie de recours juridiques pour contester les éventuelles irrégularités commises au titre de la passation de ces marchés. Les derniers mois de l'année 2018 illustrent parfaitement ce dernier point puisque le Conseil d'État a dû se prononcer sur un grand nombre de contentieux contractuels. Deux affaires lui ont notamment permis de préciser sa jurisprudence relative, d'une part, aux conditions permettant la suspension d'un contrat au titre d'un référé suspension introduit parallèlement à un recours en contestation de la validité d'un contrat et, d'autre part, aux modalités d'indemnisation d'un candidat évincé en raison de l'irrégularité affectant la procédure de publicité et de mise en concurrence d'un marché public.

Sur les conditions de suspension de l'exécution d'un contrat public en application d'un référé suspension « contractuel »

Dans sa décision d'assemblée du 16 juillet 2007⁽¹⁾, le Conseil d'État avait consacré un recours en contestation de la validité d'un contrat administratif au profit

(1) CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisations, req. n° 291545.

Auteur

Laurent Bonnard
Avocat à la Cour
Cabinet Seban et Associés

Références

CE 10 octobre 2018, req. n° 419406
CE 19 novembre 2018, req. n° 413305

Mots clés

Candidat évincé • Contestation de la validité d'un contrat
• Dialogue compétitif • Doute sérieux • Référé suspension
• Urgence

d'une catégorie de tiers. Le Conseil d'État avait également conféré à ces derniers la faculté d'introduire un référé suspension pour demander au juge administratif d'ordonner la suspension du contrat litigieux sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. À l'occasion de la décision *Tarn et Garonne*⁽²⁾ du 4 avril 2014, le Conseil d'État a élargi la faculté de contester la validité d'un contrat administratif à tous les tiers et a réitéré la faculté d'introduire un référé suspension parallèlement à ce recours en jugeant que « les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat »⁽³⁾. La doctrine n'avait pourtant pas manqué de fustiger le caractère peu efficient de l'usage de ce référé pour obtenir la suspension d'un contrat administratif⁽⁴⁾. Et pour cause, le Conseil d'État n'a, à notre connaissance, prononcé qu'une unique fois la suspension d'un contrat administratif⁽⁵⁾.

Dans ce contexte, la décision du 10 octobre 2018⁽⁶⁾ constitue donc une illustration privilégiée de l'efficacité de ce recours et de la faculté qu'il confère à des tiers à un contrat administratif d'obtenir la suspension de son exécution.

Dans l'affaire en cause, le syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est (ci-après, le « SYDNE ») avait conclu, le 10 novembre 2017, avec la société Ino-vest, sans publicité ni mise en concurrence préalables, un marché de services de tri, traitement, stockage et enfouissement des déchets non dangereux, pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans. La communauté intercommunale Réunion Est (ci-après, le « CIREST »), membre du SYDNE, et son président M. Virapoullé, premier vice-président du comité syndical du SYDNE, ont présenté un recours en contestation de la validité de ce marché devant le tribunal administratif de La Réunion ainsi qu'une demande de suspension de l'exécution du marché, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, devant le juge des référés de ce tribunal. Le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion a rejeté cette demande par une ordonnance du 13 février 2018 contre laquelle la CIREST et M. Virapoullé ont introduit un pourvoi en cassation. À cette occasion, le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler le caractère objectif de l'urgence dans le cadre du référé-suspension et les modalités d'appréciation du doute sérieux quant à la validité du marché. Préalablement à l'examen de ces deux conditions, on relèvera que le Conseil d'État a transposé le « filtre » de

sa jurisprudence *Tarn-et-Garonne* au référé-suspension quant à la recevabilité des recours.

La transposition des critères de recevabilité du recours en contestation de validité du contrat au référé suspension « contractuel »

La recevabilité du recours en contestation de validité du contrat introduit par le requérant est subordonnée à la preuve d'un intérêt à agir suffisant. Les tiers « institutionnels », à savoir le préfet et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui a conclu un contrat administratif, sont toujours recevables à exercer un recours. Les tiers « ordinaires » doivent pour leur part rapporter la preuve que la conclusion du contrat leur porte préjudice. Cette preuve est en principe aisée à rapporter pour les concurrents évincés puisqu'ils avaient intérêt à conclure le contrat litigieux, elle l'est moins pour les autres tiers qui doivent rapporter la preuve d'une atteinte suffisante à leur intérêt. Le référé suspension étant un recours accessoire au recours principal, le Conseil d'État a logiquement transposé cette grille d'analyse lors de l'examen de la recevabilité du référé suspension introduit parallèlement au recours en contestation de validité du contrat litigieux.

En l'espèce, le premier requérant était un tiers institutionnel, en sa qualité de premier vice-président du comité syndical du SYDNE, et le Conseil d'État a donc reconnu qu'il était recevable à demander la suspension du marché conclu par le SYDNE. Le CIREST était quant à lui simplement membre du SYDNE et non membre de son organe délibérant. Le Conseil d'État aurait pu juger qu'étant représenté au comité syndical du CIREST, il jouissait de la qualité de tiers institutionnel. La Haute juridiction, qui s'en tient toutefois à une lecture stricte de sa jurisprudence, juge que le CIREST devait rapporter la preuve qu'il était susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat litigieux. Tel était le cas en l'espèce puisqu'il finançait une part importante du budget du SYDNE, en fonction notamment du tonnage de déchets traités et que la passation du marché, compte tenu notamment de son montant et de sa durée, était susceptible de le léser dans ses intérêts financiers.

Les deux requérants étant recevables à demander la suspension du marché en cause, le Conseil d'État a rappelé la nécessité d'une appréciation objective de l'urgence dans le cadre du référé suspension.

Le maintien de l'appréciation objective de l'urgence dans le cadre du référé suspension

Il résulte de la décision de section du Conseil d'État du 19 janvier 2001⁽⁷⁾, que l'urgence doit être appréciée concrète-

(2) CE, Ass., 4 avril 2014, Département du *Tarn et Garonne*, req. n° 358994.

(3) *Ibid.*

(4) G. Berthon, « la suspension juridictionnelle du contrat administratif, entre référé-suspension et référé contractuel », *RFDA* 2009, p. 1215 ; A. Sayede Hussein, « le juge du référé-suspension de droit et le contrat administratif : un bilan jurisprudentiel mitigé », *Contrats marchés publics*, 2014, étude 6.

(5) CE 17 juin 2015, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 388433.

(6) CE 10 octobre 2018, CIREST et autres, req. n° 419406.

(7) CE Sect., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, req. n° 228815.

tement et objectivement au regard des conséquences de la décision litigieuse.

En l'espèce, le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion avait relevé que l'insuffisance d'information du conseil syndical était avérée. Il avait donc conclu, en se fondant sur une jurisprudence constante du Conseil d'État⁽⁸⁾, qu'il s'agissait d'une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres de l'organe délibérant. Cependant, il poursuivait son raisonnement en jugeant que la condition d'urgence était remplie en raison de la seule constatation de cette irrégularité manifeste. Or, le seul constat d'une irrégularité ne suffit pas à automatiquement caractériser une situation d'urgence, quelque fût la gravité de l'irrégularité. Le juge doit également rechercher que l'irrégularité préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre.

Le Conseil d'État ne s'est pas porté sur ce terrain pour annuler l'ordonnance attaquée mais a néanmoins pris le soin de changer de fondement pour caractériser l'urgence. Se fondant sur un précédent jurisprudentiel⁽⁹⁾, il a retenu la circonstance que « l'exécution du marché risque ainsi d'affecter de façon substantielle les finances du SYDNE et est susceptible de créer, à brève échéance, une situation difficilement réversible » et « que les conséquences indemnitaires d'une annulation ou d'une résiliation du contrat par le juge du fond seraient d'autant plus graves pour les finances du syndicat que les investissements liés à l'exécution du marché auraient déjà été réalisés » pour retenir l'existence d'une « une atteinte grave et immédiate aux intérêts du SYDNE dont peuvent se prévaloir tant M. Virapoullé que, dans les circonstances de l'espèce, la CIREST ».

Une fois retenue l'atteinte grave et immédiate aux intérêts du SYDNE, le Conseil d'État a relevé qu'il « ne [résultait] pas de l'instruction que le site actuel de stockage des déchets arriverait à saturation dans un délai tel que la suspension du marché contesté porterait une atteinte grave et immédiate à un intérêt public » et a jugé que la condition d'urgence était remplie.

Une fois l'urgence admise, il restait au Conseil d'État à apprécier la condition relative au doute sérieux quant à la validité du marché.

Sur l'existence d'un doute sérieux quant à la validité du marché

Aux termes de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, il existe une échelle de gravité des irrégularités, les plus graves entachent la licéité du contrat ou sont d'une telle gravité qu'elles commandent son annulation, celles qui entachent la procédure de passation et entraînent, en principe et sauf atteinte à l'intérêt général, la résiliation

du contrat et enfin les irrégularités les moins graves ne justifiant pas les mesures précitées.

Le Conseil d'État a jugé que le « doute sérieux » du référé suspension « contractuel » devait s'apprécier au regard de l'échelle de gravité précitée. Ainsi, il résulte de sa décision du 14 octobre 2015⁽¹⁰⁾ que le moyen de nature à créer un doute sérieux quant à la validité du marché s'entend « d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de ce contrat et conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation »⁽¹¹⁾.

En l'espèce, le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion a relevé que l'insuffisance d'information du conseil syndical du SYDNE était établie mais a jugé que cette irrégularité, bien que de nature à entraîner l'annulation du contrat, était régularisable et qu'elle ne constituait donc pas un doute sérieux quant à la régularité du contrat litigieux dès lors que cette irrégularité n'entraînait pas inéluctablement l'annulation du contrat.

Ce raisonnement est sanctionné par le Conseil d'État. En effet, si l'irrégularité n'entraîne pas inéluctablement l'annulation du contrat et peut être régularisée, elle fait tout de même peser un doute sérieux sur la validité du marché. Ainsi que le relevait le rapporteur public dans cette affaire, rien ne garantit que la personne publique adoptera un comportement vertueux et procédera à la régularisation viciant la procédure. C'est bien plutôt la suspension du contrat qui va l'inciter à procéder à cette régularisation.

Après avoir annulé l'ordonnance attaquée pour erreur de droit, le Conseil d'État a relevé, d'une part, que les conditions pour recourir à une procédure sans publicité ni mise en concurrence n'était pas réunie au cas d'espèce et, d'autre part, que la durée de quinze années était excessive pour un marché de services puisque cela conduirait à faire supporter le financement du centre de tri à la collectivité alors qu'il ne lui ferait pas retour à l'issue du marché litigieux.

Ces deux moyens pouvant être de nature « à créer un doute sérieux sur la validité du marché et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation », la seconde condition du référé suspension se trouvait remplie et amenait le Conseil d'État à prononcer la suspension du contrat litigieux.

Sur les modalités d'indemnisation d'un candidat évincé en cas de recours irrégulier à la procédure de dialogue compétitif

Dans sa décision du 19 novembre 2018⁽¹²⁾, le Conseil d'État a précisé sa jurisprudence concernant les conditions d'indemnisation du candidat évincé lorsque le pou-

(8) CE 11 mai 2016, M. R..., req. n° 383768.

(9) CE 18 septembre 2017, M. H... et autres, req. n° 408894.

(10) CE 14 octobre 2015, Région Réunion, req. n° 391183.

(11) CE 14 octobre 2015, Région Réunion, req. n° 391183.

(12) CE 19 novembre 2018, Société SNIDARO, req. n° 413305.

voir adjudicateur a eu irrégulièrement recours à une procédure de dialogue compétitif.

En l'espèce, la communauté de l'agglomération havraise (ci-après, la « CODAH ») avait lancé une procédure de dialogue compétitif, en vue de conclure un marché de travaux ayant pour objet la rénovation d'une partie d'un complexe aquatique. À l'issue de cette procédure, le marché a été attribué à la société SOGEA Nord-Ouest TP et la société SNIDARO, candidat évincé, a demandé au tribunal administratif de Rouen d'annuler ce marché et de l'indemniser du gain manqué et des frais engagés pour présenter son offre. Le tribunal administratif de Rouen et la cour administrative d'appel de Douai avaient tout deux fait droit à sa demande d'annulation du marché mais rejeté ses conclusions indemnitaires. La CODAH a alors introduit un pourvoi contre l'arrêt de la cour en tant qu'il annulait le marché et la société SNIDARO au motif qu'il rejetait ses conclusions indemnitaires.

La décision rendue par le Conseil d'État est l'occasion de rappeler les conditions de recours à la procédure de dialogue compétitif et les modalités d'indemnisation d'un candidat évincé en cas de recours irrégulier à cette procédure.

Sur les conditions de recours à la procédure de dialogue compétitif

Dans l'affaire en cause, la CODAH avait eu recours à la procédure de dialogue compétitif sur le fondement de l'article 36 du Code des marchés publics qui disposait que « la procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre »⁽¹³⁾.

Parmi les conditions de recours à cette procédure, conditions aujourd'hui listées à l'article R. 2124-3 du Code de la commande publique, l'article 36 du Code des marchés publics prévoyait notamment la complexité du marché qui peut se caractériser par la circonstance que le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à son besoin.

En l'espèce, la CODAH soutenait qu'elle n'avait pas la capacité de définir les moyens techniques pouvant répondre à son besoin dans la mesure où les désordres affectant son centre aquatique n'étaient pas connus et qu'elle ne pouvait donc pas définir le programme de travaux permettant d'y remédier avant le lancement du marché.

(13) Cette procédure est toujours d'actualité et définie selon des termes identiques à l'article L. 2124-4 du Code de la commande publique.

Le Conseil d'État, exerçant un contrôle de la qualification juridique sur l'appréciation portée par les juges du fond sur la complexité du projet justifiant le recours à la procédure de dialogue compétitif⁽¹⁴⁾, a relevé que la cour administrative d'appel n'avait pas entaché son arrêt d'une inexacte qualification juridique en jugeant que la reprise de désordres ne présentant pas un caractère inhabituel pour des équipements de ce type, les incertitudes portant sur la meilleure façon d'y remédier n'étaient pas telles que la CODAH pût être regardée comme n'étant pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins.

Dans ses conclusions dans l'affaire commentée⁽¹⁵⁾, le rapporteur public, Olivier Henrard, notait au soutien de cette solution qu'elle s'inscrivait dans la jurisprudence du Conseil d'État qui avait jugé que la construction d'une « cité de l'océan et du surf » ne présentait pas un caractère de complexité dès lors que la commune disposait préalablement à la passation du marché d'études détaillant les solutions techniques à mettre en œuvre⁽¹⁶⁾ et qu'il en allait de même pour la construction d'un hôtel de ville doté de techniques interactives de communication⁽¹⁷⁾.

Sur les conditions relatives à l'indemnisation d'un candidat évincé en cas d'irrégularité de la procédure de passation

Les conditions d'indemnisation d'un candidat évincé en cas d'irrégularité de la procédure de passation ont été définies par la décision du 10 juillet 2013 au titre de laquelle le Conseil d'État avait jugé « que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation »⁽¹⁸⁾.

Afin de rechercher l'existence d'un lien de causalité entre l'irrégularité et l'éviction du candidat, il convient de rechercher si l'irrégularité a pu affecter le sort du candidat : « lorsque l'irrégularité ayant affecté la procédure de passation est insusceptible d'avoir affecté le sort du candidat, il ne saurait y avoir de lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à raison de son éviction »⁽¹⁹⁾.

(14) CE 11 mars 2013, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, req. n° 364551.

(15) O. Henrard, concl. sur CE 19 novembre 2018, Société SNIDARO, req. n° 413305.

(16) CE 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, req. n° 363007.

(17) CE 5 juillet 2017, Commune de la Test-de-Busch, req. n° 401940.

(18) CE 10 juillet 2013, Compagnie martiniquaise de transports, req. n° 362777.

(19) CE 19 novembre 2018, Société SNIDARO, req. n° 413305.

Or, en l'espèce, c'est le recours même à la procédure de passation qui était irrégulière puisque la CODAH ne pouvait valablement retenir la procédure de dialogue compétitif. La cour administrative d'appel de Douai a donc conclu à l'absence de lien de causalité aux motifs que « l'irrégularité ayant affecté cette procédure de passation ne pouvait pas être regardée comme la cause directe de son éviction ». Et pour cause, en théorie aucun candidat n'aurait dû être retenu puisque c'est le choix même de la procédure qui était irrégulière.

Le Conseil d'État censure toutefois ce raisonnement en rappelant qu'au regard du principe précité, la cour aurait dû « vérifier si cette irrégularité est susceptible d'avoir eu une incidence sur le sort de ce candidat afin

de déterminer s'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par celui-ci ». En d'autres termes et comme le soulignait le rapporteur public dans ses conclusions, la cour aurait dû, a minima, « apprécier si [ce] candidat n'était pas dépourvu de toute chance »^[20] d'être attributaire du marché si la procédure choisie avait été la bonne procédure pour déterminer l'existence ou l'absence d'un lien de causalité. Il annule donc l'arrêt attaqué et renvoie l'affaire devant la cour administrative d'appel de Douai.

[20] *Op. cit.*