



MARCHÉS PUBLICS

La notification aux candidats évincés

L'ESSENTIEL

■ **Obligation de notification**

L'article 76 du Code des marchés publics impose un délai de dix jours entre la date à laquelle la décision de rejet des offres est notifiée aux candidats évincés et la date de signature du marché.

■ **Incompétence du juge**

Le juge des référés est incompétent à statuer dès lors que le marché est signé, nonobstant le fait que la signature ait été obtenue en méconnaissance des obligations de l'article 76 du Code des marchés publics.

■ **Recours en indemnisation**

Une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public peut demander la réparation du préjudice engendré par son éviction irrégulière de ce marché.

UNE ANALYSE DE
Mathieu HEINTZ,
responsable du service juridique au conseil général de l'Isère (*)

Les acheteurs publics ont rapidement intégré dans leur pratique l'une des nouveautés insérées à l'article 76 du Code des marchés publics de 2004, d'après laquelle un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision de rejet des offres est notifiée aux candidats évincés et la date de signature du marché. Cette nouvelle disposition a pour double objet de permettre à l'entreprise dont l'offre a été rejetée de demander, d'une part, les motifs qui ont présidé à son éviction et, d'autre part, à exercer un référé précontractuel sur le fondement de l'article L.551-1 du Code de justice administrative pour un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cependant, la question demeure posée de savoir quelles seraient les conséquences du non-respect par une personne publique de l'obligation du délai de 10 jours entre l'information des candidats évincés et la signature

du marché. En d'autres termes, un candidat pourrait-il exercer un référé précontractuel quand bien même le marché aurait été signé en violation de l'obligation d'information préalable. Le Conseil d'Etat vient d'y répondre par la négative dans un arrêt du 7 mars 2005, « Société Grandjouan-Saco » (1). La société Grandjouan-Saco était candidate à une procédure de passation d'un marché relatif au tri et au traitement des déchets ménagers. Ayant vu son offre rejetée, l'entreprise a saisi le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Nantes d'une demande tendant à l'annulation de la procédure de passation. Par une ordonnance du 16 juin 2004, le juge des référés a rejeté la demande de la société comme irrecevable au motif qu'au moment de l'introduction de la demande, le marché avait été attribué à la société Ouest, et signé.

La société Grandjouan-Saco s'est pourvue en cassation contre cette ordonnance. Elle soutenait que la signature du marché était intervenue en méconnaissance des dispositions de l'article 76 du Code des marchés publics, vertu desquelles un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats et la date à laquelle l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché. Or, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 7 mars 2005, a rejeté la requête de la société et donc confirmé l'ordonnance du Tribunal administratif de Nantes, au motif que le juge des référés est incompétent à statuer dès lors que le contrat est signé.

Si cet arrêt s'inscrit dans une jurisprudence constante d'après laquelle le juge du référé ne peut statuer qu'avant que le contrat ait été signé (2), il prive, en revanche, d'effet les dispositions de l'article 76 du Code

RÉFÉRENCES

- Code des marchés publics, article 76.

marchés publics. L'obligation d'information des candidats évincés est privée ainsi de son caractère contraignant. Le risque de la course à la signature jadis dénoncé reprendra-t-il toute sa vigueur (3)?

Le champ d'application du référé précontractuel s'est élargi au gré des évolutions textuelles et jurisprudentielles, au point de couvrir toutes les étapes de passation d'un marché public (I). L'arrêt « Société Grandjouan-Saco » rappelle cependant le principe de l'incompétence du juge des référés à statuer dès lors que le contrat est signé. Cependant, les candidats évincés disposent d'une action indemnitaire quand l'obligation d'information préalable de l'article 76 du Code des marchés publics n'a pas été respectée (II).

I. L'extension du champ d'application du référé précontractuel

Le pouvoir normatif a voulu que les dispositions régissant le référé précontractuel garantissent aux entreprises un recours à la fois effectif et efficace (A). C'est pourquoi, la jurisprudence n'a eu de cesse de sanctionner tous les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, que ceux-ci interviennent en amont de la procédure de passation, mais également en fin de procédure (B).

A. Les sources du référé précontractuel

Le référé précontractuel trouve sa source dans le droit communautaire. Le législateur communautaire a en effet souhaité que l'application des directives communautaires relatives à la passation des marchés de travaux, fournitures, services ou opérateurs de réseaux, soit garantie de manière effective (4). Pour cela, il a mis en place des mécanismes de recours applicables à ces contrats. Ceux-ci font l'objet de deux textes. D'une part, la directive n° 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, dite « Recours »; d'autre part, la directive n° 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992, dite « Recours opérateurs de réseaux ».

Ces dispositions communautaires ont été transposées en droit français. Le référé précontractuel a trouvé ainsi une première expression dans les articles L.22 et L.23 du Code des tribunaux administratifs et des

cours administratives d'appel. De fait, la procédure ainsi consacrée souffrait d'une faiblesse par l'obligation faite aux éventuels requérants d'exercer un recours préalable auprès de l'administration contractante, avant de pouvoir saisir le juge du référé.

Or, cette information faite au pouvoir adjudicateur de l'éventualité d'un recours avait pour effet d'anticiper la signature du contrat en cause et donc d'empêcher toute action contentieuse. Le juge des référés étant incompétent pour statuer une fois le contrat signé (5).

Pour cette raison, l'obligation du recours préalable a été par la suite supprimée. A ce jour, le référé précontractuel est régi par les articles L.551-1 du Code de justice administrative pour les marchés classiques, et L.551-2

pour les secteurs dits exclus.

Pour les premiers, le juge du référé dispose de pouvoirs étendus. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de

À NOTER
Les critères de sélection des candidatures ou des offres doivent être en rapport avec l'objet du marché, les conditions d'exécution.

se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Enfin, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure, et pour une durée maximum de vingt jours.

Les pouvoirs du juge de l'article L.551-2 sont plus limités. S'il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, en revanche, il ne dispose ni du pouvoir de suspendre les procédures ni de celui d'annuler les décisions s'y rapportant. Il reste que, quel que soit l'article visé, le juge du

référé ne peut sanctionner qu'une violation d'une obligation de publicité ou de mise en concurrence.

B. Une conception large de l'obligation de publicité et de mise en concurrence

Le référé précontractuel a été longtemps perçu comme un moyen de corriger les irrégularités qui interviennent en amont de la procédure de passation des marchés (6). Ceci s'explique par le fait que la quasi-totalité des dispositions préalables à la phase de sélection des candidatures et des offres ont pour objectif le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. En réalité, les manquements censurés par le juge affectent toutes les étapes de passation des marchés publics, du lancement de la procédure à l'information des candidats évincés (7).

Ainsi, le défaut de publicité communautaire lorsqu'elle est obligatoire altère la procédure (8). Il en découle que toutes les rubriques figurant dans ces modèles doivent être renseignées (9). En matière de délais, constitue une violation des obligations de mise en concurrence, le non-respect du délai de réception des candidatures de 37 jours en procédure restreinte (10). Par ailleurs, concernant un appel d'offres, la rectification de la date limite de remise des offres implique qu'un délai minimum de 52 jours soit respecté entre l'envoi à la publication de cet avis rectificatif et la date limite de réception des offres (11).

Les règles de consultation ne doivent pas être discriminatoires. Ainsi, des contradictions dans des documents de consultation, dans la mesure où ils ne permettraient pas aux candidats d'être complètement informés de l'objet et de l'étendue réelle de la mission dont ils seraient chargés, constituent un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (12). Pareillement, les critè- >

(1) CE, 7 mars 2005, « Société Grandjouan-Saco », req. n° 270778.

(2) CE, 28 février 2001, « SNC Jean-Lefebvre Normandie », req. n° 221301.

(3) J. Martin et P.-Y. Nauleau, « Référé précontractuel: la course à la signature continue! » CP-ACCP, n° 41, février 2005, p. 56.

(4) M. Berbari, « Le référé précontractuel », CP-ACCP n° 26, octobre 2003, p. 28.

(5) CE, 3 novembre 1995, « CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées », req. n° 157304.

(6) Concl. M. Chantepy sur CE, 3 novembre 1995, « Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées », RFDA 1997, p. 1082.

(7) CE, Rapport public 2002, « Collectivités publiques et concurrences », La documentation française, pp. 290-292.

(8) CE ass., 10 juin 1994, « Commune de Cabourg », Rec. Lebon p. 300, concl. M. Lasvignes.

(9) CE, 18 décembre 2002, « Ville de Paris », req. n° 241187; CE, 14 mai 2003, « Communauté d'agglomération de Lens-Liévin », req. n° 251336; CE, 2 juin 2004, « Ville de Paris et Société Polyurbaine », req. n°s 261060, 261296 et 261391.

(10) TA Grenoble, 17 mars 1993, « Sté Polytec », req. n° 93589.

(11) TA Paris, 1^{er} mars 2005, « Société Coved », req. n° 050260/6-5.

(12) CE, 22 mars 2000, « M. et Mme Lasaulce », req. n° 207804.

res de sélection des candidatures ou des offres doivent être en rapport avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution (13).

Dans certains cas, l'irrégularité de la composition de la commission d'appel d'offres peut avoir un impact sur le choix des candidats et rompre l'égalité de traitement entre eux. Il s'agit dès lors d'une violation de l'obligation de publicité et de mise en concurrence (14). Enfin, dans un arrêt « Société Aquitaine Démolition », le Conseil d'Etat a déplacé le curseur du champ d'application du référé précontractuel vers l'une des étapes finales de la procédure de passation, celle de l'information des candidats évincés (15). Dans cette affaire, il a considéré que la méconnaissance de l'obligation de communication des motifs de rejet d'une offre constitue une

A NOTER
La méconnaissance de l'obligation de communication des motifs de rejet d'une offre constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Saisi en application de l'article L.551-1 du Code de justice administrative sur ce moyen, le juge

peut donc suspendre la procédure de passation du marché en cause et enjoindre à la personne publique d'apporter au requérant la motivation de son éviction.

Pourtant, la portée de l'arrêt du 7 mars 2005 vient contredire le sens de la décision « Société Aquitaine Démolition » : En effet, c'est précisément parce que le candidat évincé dispose d'un délai pour être informé du rejet de son offre, voire pour obtenir la motivation de ce rejet, qu'il peut ensuite devant le juge du référé contester le rejet qui lui est opposé. Or, dans l'arrêt du 7 mars 2005, le Conseil d'Etat considère que, bien que la signature du marché soit intervenue en méconnaissance de l'obligation de l'article 76 du Code des marchés publics, le juge du référé est incompétent à statuer dès lors que le contrat est signé. L'obligation d'information du candidat évincé est-elle ainsi privée d'effet utile ?

II. La méconnaissance de l'obligation d'information préalable et ses effets

Le juge du référé est incompétent à statuer dès lors que le marché est signé, nonobstant le fait que la signature ait été obtenue

en méconnaissance des obligations de l'article 76 du Code des marchés publics (A). Cependant, la violation des dispositions de cet article n'est pas sans risque pour la personne publique qui y contreviendrait (B).

A. L'incompétence du juge des référés à statuer quand le contrat est signé

Il est de jurisprudence constante que le juge du référé précontractuel est incompétent à statuer lorsque le contrat est signé (16). Cependant, l'obligation faite aux pouvoirs adjudicateurs d'informer les candidats évincés avant la signature du contrat n'allait-elle pas remettre en cause cette jurisprudence lorsque cette obligation a été méconnue. Or, dans l'arrêt « Société Grandjouan-Saco », la Haute juridiction confirme sa jurisprudence, nonobstant l'obligation d'information préalable.

Dans les précédentes versions au Code des marchés publics de 2004, aucune disposition ne prévoyait de délai impératif quant à l'information des candidats dont l'offre avait été rejetée. Or, saisi au fond par une entreprise écartée dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouvert, le tribunal administratif de Paris a jugé qu'il « appartient à la personne responsable du marché, dès qu'elle a décidé de passer le marché, d'informer les autres candidats du rejet de leurs offres avant de signer l'acte d'engagement » (17). Le juge administratif précise « que cette obligation, qui constitue une garantie essentielle donnée aux candidats pour leur permettre de contester la décision de passation du contrat et de former le référé précontractuel prévu à l'article L.551-1 du Code de justice administrative, constitue une formalité substantielle dont l'omission entache d'irrégularité la décision de passation du marché ». En d'autres termes, l'efficacité du recours en référé précontractuel requiert une information des candidats évincés préalables à la signature du marché. Ce jugement a influencé grandement la rédaction de l'article 76 du Code des marchés publics de 2004. En effet, à l'occasion de la réforme du code a été insérée à cet article une disposition d'après laquelle un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché. Cette obligation permettait d'annoncer la fin de la course

à la signature, puisque les pouvoirs adjudicateurs devaient respecter l'information préalable des candidats évincés avant de signer tout marché (18).

Cependant cette obligation d'information préalable ressort affaiblie suite à l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mars 2005. Dans cette affaire, l'établissement public avait, semble-t-il à la lecture de l'arrêt, signé un marché en méconnaissance des dispositions de l'article 76 et, notamment, du délai de 10 jours entre l'information des candidats écartés et la signature du contrat.

Or, le Conseil d'Etat, conformément à sa jurisprudence constante rappelée plus haut a considéré que dès lors que le marché est signé, le juge du référé est incompétent à statuer. La Haute juridiction précise en outre que, quand bien même « la décision de signature aurait eu pour seul but de faire obstacle à la saisine, par les candidats évincés, du juge des référés précontractuels et serait ainsi entachée de détournement de pouvoir », le juge doit déclarer irrecevable la requête. En d'autres termes, quelles que soient les circonstances dans lesquelles le marché est signé, dès lors qu'il l'est, le référé précontractuel est irrecevable.

Cette jurisprudence a pour effet, dans des circonstances similaires, de priver d'effet l'obligation d'information préalable des candidats évincés. En outre, elle est contradictoire avec l'obligation d'information (19). En effet, le non-respect de cette obligation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, puisqu'elle a notamment pour objet de permettre à l'intéressé de contester le rejet qui lui est opposé. C'est la signature du marché en violation de cette obligation, prive à l'inverse les candidats de toute possibilité de contester le rejet.

Pour autant, la signature d'un marché en méconnaissance du délai de dix jours n'est pas sans risque pour la personne publique

B. Les conséquences indemnitaires de la violation de l'article 76 du Code des marchés publics

Il a été montré que le non-respect de l'obligation d'information préalable à la signature du marché protège la collectivité publique contre un référé précontractuel. En revanche, cela n'est pas sans risque, notamment financier, pour la collectivité publique.

Dans l'arrêt « Société Grandjouan-Saco », le Conseil d'Etat énonce clairement que l'entreprise qui se considère injustement évincée, dispose de la possibilité d'exercer un recours en indemnisation du préjudice que lui aurait causé la méconnaissance des dispositions de l'article 76 du Code des marchés publics.

Pour cela, l'entreprise doit préalablement adresser un recours indemnitaire à la collectivité. Et ce n'est que suite à un rejet très probable de sa demande, qu'elle pourra exercer devant le juge du fond un recours indemnitaire.

Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, le juge procède en deux temps pour calculer l'indemnité (20). Il vérifie, tout d'abord, si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise a droit à aucune indemnité. Tel est le cas notamment si l'entreprise ne présente pas les garanties suffisantes (21) ou ne peut en établir la preuve (22). Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre.

Dans un second temps, et dans la mesure où le candidat n'était pas dépourvu d'une chance de remporter le marché, le juge recherche ensuite si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Pour cela, il applique la méthode du faisceau d'indices et peut, par exemple, prendre en compte le nombre de soumissionnaires (23), la différence entre les offres financières (24). Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner. Dans un arrêt

du 28 mai 2003, la cour administrative d'appel de Douai précise que le manque à gagner doit être évalué, non au regard du montant du marché signé par l'entreprise titulaire du marché, mais de celui de l'offre qu'elle avait présentée (25). En l'espèce, l'entreprise évincée s'est vue reconnaître par le juge une indemnité d'un montant de 290 360 euros, comprenant le bénéfice attendu sur la durée du marché, la perte de chance de voir le marché reconduit sur deux années supplémentaires et les frais liés à la perturbation de son plan de charge. Le risque financier n'est donc pas minime.

ANNOTER
Le manque à gagner doit être évalué non au regard du montant du marché signé mais de celui de l'offre que l'entreprise a présentée.

L'urgence et l'intérêt à ne pas voir le calendrier de réalisation d'un projet remis en cause par une procédure de référé pourraient tenter des personnes publiques à s'affranchir, dans certaines circonstances, de l'information préalable des candidats évincés avant la signature du marché. Pour autant le risque financier est réel; la bonne gestion des deniers publics impose,

elle, le respect des dispositions de l'article 76 du Code des marchés publics avant de signer le contrat.

Aussi, une évolution législative ou jurisprudentielle sur la compétence du juge à statuer après la signature du contrat viendrait protéger tant les entreprises que les personnes publiques. La doctrine souhaiterait voir reconnaître la possibilité de considérer comme inexistante la signature d'un contrat intervenue en méconnaissance des obligations préalables réglementées par le Code des marchés publics (26). Ceci permettrait aux candidats à un marché public d'exercer un référé précontractuel, quand bien même le contrat aurait été signé avant qu'elles ne soient informées du rejet de leur offre. ■

(*) Les opinions et interprétations exprimées par l'auteur n'engagent que lui-même, et non la collectivité à laquelle il appartient.

(13) CE, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », req. n° 229666.

(14) TA Lyon, 31 août 1994, « Sté Piani c/district de Villefranche », req. n° 94-03107.

(15) CE, 21 janvier 2004, « Société Aquitaine Démolition », req. n° 253509.

(16) CE, 28 février 2001, « SNC Jean-Lefebvre Normandie », req. n° 221301, CE, 2 juin 2004, « Commune de Dijon », req. n° 264325.

(17) TA Paris, 1^{er} avril 2003, « Société Sodisform », req. n° 0113066/6; concl. A. Guedj, AJDA 2 juin 2003, p. 1111.

(18) S. Palmier, « Fini la course à la signature! Les nouvelles règles d'information des candidats évincés », CP/ACCP, n° 31, mars 2004, p. 89.

(19) J. Martin et P.-Y. Nauleau, idem.

(20) CE, 18 juin 2003, « Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater, Société Aqua TP », req. n° 249630.

(21) CE, 4 juin 1976, « Desforêts », Rec. Lebon, p. 301.

(22) CE, 9 décembre 1987, « Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres », Rec. Lebon, p. 403.

(23) CE, 3 juillet 1968, « Lavigne », Rec. Lebon, Tables, p. 1000.

(24) CE, 9 décembre 1987, « Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres », Rec. Lebon, p. 403.

(25) CAA Douai, 28 mai 2003, « Entreprise Delattre », req. n° OODA00663.

(26) J. Martin et P.-Y. Nauleau, ibid.

la Gazette
des communes • des départements • des régions

www.lagazettedescommunes.com

Une synthèse de l'actualité,
des conseils d'experts,
des références juridiques...