

Réparation du préjudice né de l'éviction irrégulière d'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public

Lire les commentaires de :

Jean-François Sestier

L'indemnisation d'une éviction d'un appel d'offres en cas de perte d'une chance sérieuse du candidat évincé

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 10LY02217 – Société HSC – 20 octobre 2011 – C [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Eviction irrégulière, Indemnisation, Manque à gagner, Perte de chance sérieuse, Frais de soumission

Rubriques

Marchés et contrats

Résumé Note universitaire

Résumé

¹ *Marché public, Sous-critère d'appréciation de la valeur technique de l'offre non mentionnée, Eviction irrégulière, Indemnisation du manque à gagner, Attribution irrégulière des marchés publics, Droit à indemnisation des candidats évincés, Perte d'une chance, Indemnisation des frais de soumission, Perte d'une chance sérieuse, Évaluation du manque à gagner*

² Une entreprise irrégulièrement évincée d'une procédure de passation d'un marché public et disposant d'une chance sérieuse d'emporter le marché a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner en résultant pour elle, lequel inclut nécessairement et sauf stipulation contraire du contrat, les frais de présentation de l'offre.

³ La société HSC avait candidaté à la passation d'un marché relatif à la fourniture et à l'installation de stérilisateurs à vapeur et en a été irrégulièrement évincée en n'ayant pas été avertie de l'un des sous-critères du marché. Or, lorsque l'acheteur décide d'apprécier un ou plusieurs critères d'attribution grâce à des sous-critères, il doit les mentionner ainsi que leur pondération, dans le règlement de consultation ou dans l'avis d'appel public à concurrence.

⁴ En l'espèce, la société HSC, qui avait une chance sérieuse d'emporter le marché litigieux, a donc droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner, lequel ne doit pas être déterminé en fonction du bénéfice brut constaté dans son activité, mais du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu.

⁵ Afin de déterminer l'étendue de la réparation du préjudice du concurrent irrégulièrement évincé, le juge doit d'abord s'assurer que l'entreprise requérante avait une chance sérieuse de remporter le marché. Il va donc examiner trois cas de figure : soit l'entreprise est dépourvue de toute chance de remporter le marché et n'a donc droit à rien, soit elle n'est pas dépourvue de toute chance sans pour autant avoir une chance sérieuse et a alors droit au remboursement des frais de dossier, soit, enfin, elle a une chance sérieuse et a droit à être indemnisée du manque à gagner.

Note universitaire

L'indemnisation d'une éviction d'un appel d'offres en cas de perte d'une chance sérieuse du candidat évincé

Jean-François Sestier

Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, avocat au Barreau de Lyon

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.5873](https://doi.org/10.35562/alyoda.5873)

¹ Dans un contexte de concurrence de plus en plus âpre, les entreprises ne se contentent plus d'une demande d'annulation d'un marché litigieux, elles entendent aussi, et peut-être surtout, obtenir réparation du préjudice subi. Ainsi l'indemnisation d'un candidat irrégulièrement évincé devient-elle une question contentieuse récurrente du droit des marchés publics. La décision de la Cour conforte de ce point de vue quelques principes bien établis.

² Sur recours d'un candidat évincé, le Tribunal administratif de Lyon avait, par jugement du 17 juin 2010, annulé un marché conclu entre le Centre hospitalier de Roanne et une entreprise pour la fourniture et l'installation de stérilisateurs à vapeur. Le juge de première instance, tout en admettant au profit du requérant la perte d'une chance sérieuse d'emporter le marché, refusait de faire droit à ses prétentions indemnitaires, au motif que le montant du préjudice réclamé n'était pas établi.

³ Après avoir rappelé les principes d'indemnisation en la matière, la Cour reprend les modalités d'évaluation des préjudices subis en de pareilles circonstances.

I – Les principes régissant l'indemnisation du préjudice

⁴ La dévolution des marchés publics procède d'une mise en concurrence ouverte à plusieurs candidats, sauf exceptions très strictement réglementées. Même dans le cadre des hypothèses autorisant le recours au marché négocié, la négociation n'intervient dans la très grande majorité des cas qu'après avoir organisé un avis d'appel à candidatures. De ce fait, quelle que soit la procédure retenue, formalisée ou non, elle laisse à la charge des candidats une part d'investissement risqué tenant à l'incertitude du résultat. Soumissionner à un contrat soumis à mise en concurrence en général, à un marché public en particulier, revient à consacrer des moyens en personnel et en matériel parfois conséquents. Au demeurant et en

certain cas, comme en matière de concours de maîtrise d'œuvre, les textes prévoient une indemnisation des candidats, fonction des mérites et qualités de la proposition qu'ils auront fournie.

5 Mais la perte de cette part d'investissement risqué n'est acceptée des soumissionnaires que dans l'hypothèse où ils auront trouvé meilleur qu'eux dans la compétition, lorsqu'ils sont « battus à la régulière » serait-on tenté de dire. Ainsi, dès lors que le marché a été régulièrement attribué à un lauréat logique eu égard aux soumissions en présence, autrement dit celui qui aura présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, aucune faute n'est commise par le donneur d'ordre, pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice. En conséquence, aucune responsabilité ne peut lui être imputée.

6 Dans le cas contraire, la situation sera variable.

7 On sait qu'en matière de responsabilité pour faute, outre cette dernière, il revient au requérant d'établir un préjudice et un lien de causalité. Dans les situations d'éviction irrégulière d'une procédure d'attribution d'un marché, ce lien pose rarement difficulté. C'est bien de l'établissement du préjudice dans son fondement et son quantum qu'il est le plus souvent question.

8 Quant au fondement, il ressort de la présente décision comme de celle d'autres cours, que les juges font strictement application du considérant consacré par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, société Biwater, société Aqua TP, ([req n° 249630](#)) qui pose pour principe :

9 « *Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, 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* »

10 On notera que dans la présente décision, la Cour reproduit intégralement ce considérant, ce qu'elle avait déjà fait auparavant ([CAA Lyon 9 juin 2011, Cabinet MPC avocats, req. n° 09LY02354](#)) d'autres cours ayant également adopté une telle position ([CAA Marseille, 4 avril 2011, SARL CMI, req n° 08MA00004](#) ; [CAA Nancy, 29 septembre 2011 SIVOM du Val d'Amour, req n° 10NC01740](#)) .

¹¹ Le juge administratif distingue donc entre trois situations possibles : l'absence de chance de remporter le marché, l'existence d'une telle chance et l'existence d'une « chance sérieuse » de remporter le marché. Dans le premier cas, aucune indemnité n'est due. En revanche, dans le deuxième et le troisième cas une indemnisation est possible, de montant sensiblement différent puisque seule la perte d'une chance sérieuse donne lieu à une indemnisation du manque à gagner.

¹² Dans l'affaire précitée jugée par la Cour administrative de Marseille, un chef d'indemnisation particulier a de plus été retenu. Le dossier examiné montre que la société a été irrégulièrement évincée de l'attribution d'un marché constituant une reconduction de marchés antérieurs dont elle avait été jusque-là titulaire. Partant, elle a été privée d'une chance sérieuse d'attribution. Mais la Cour constate aussi que l'exécution des marchés précédents avait généré un déficit pour la société. Elle lui refuse donc logiquement une indemnisation du manque à gagner puisqu'aucun gain n'avait pu être constaté au cours des exécutions contractuelles précédentes.

¹³ En revanche, la non-attribution fautive du marché a conduit la société à la liquidation judiciaire de la société. La Cour en a déduit que la société devait être indemnisée des préjudices résultant de la mise en liquidation, n'incluant pas l'apport en capital des associés en ce qu'il n'est pas un préjudice subi par la société en tant que personne morale, mais prenant en compte les divers préjudices, dont les indemnités de licenciement versées aux salariés. C'est, comme on peut s'en douter, en réalité le mandataire liquidateur qui a perçu la somme.

II – La méthode d'évaluation du préjudice subi

¹⁴ La gradation dans l'indemnisation précédemment étudiée distingue entre perte d'une chance et perte d'une chance sérieuse. Dans l'hypothèse où le candidat se voit reconnaître la perte d'une chance, seuls les frais relatifs à sa soumission lui seront dus, ce qui appellera quelques remarques. Dans l'hypothèse de la perte d'une chance sérieuse, c'est le manque à gagner constitué par la marge nette procurée par le marché, et non pas par le taux de marge brut constaté dans l'activité qu'il faut prendre en considération. C'est, en toute logique, le rendement qu'aurait produit le marché s'il avait été attribué au candidat évincé dont il faut tenir compte.

¹⁵ Les fondements du raisonnement tenu par le juge ainsi que la méthode adoptée peuvent néanmoins faire l'objet de quelques remarques.

16 On peut ainsi s'interroger sur la réalité d'une chance qui ne serait pas sérieuse et sur la légitimité qu'elle aurait à fonder une indemnisation limitée aux seuls frais de soumissions.

17 Dans l'hypothèse où le marché aurait été régulièrement attribué, ce candidat évincé n'aurait pas eu droit à l'indemnisation de ses frais de soumission quels que soient par ailleurs les mérites de son offre. Faut-il y voir une sorte de « lot de consolation » pour un candidat dont on n'est pas sûr qu'il aurait été retenu, mais qui n'aurait pas démérité eu égard à la qualité de son offre ? On pourrait d'un autre point de vue considérer que l'indemnisation ainsi accordée constitue la sanction de la faute commise par la personne publique ayant attribué à tort le marché à un concurrent. Il est probable que l'explication se situe à mi-chemin. Il est sûr en revanche que, quelle que soit l'explication retenue, elle s'éloigne singulièrement du principe qui veut que l'on indemnise un préjudice certain.

18 Par ailleurs si l'indemnisation du manque à gagner paraît logique dans l'hypothèse d'une perte de chance sérieuse, on relèvera qu'en pareil cas, les frais de présentation de l'offre n'ont pas à être indemnisés « *sauf stipulation contraire du contrat* ». La formulation peut paraître curieuse à plus d'un titre.

19 En premier lieu on fera remarquer que la question de l'indemnisation des candidats n'est pas forcément traitée dans un document contractuel. C'est parfois dans les documents nécessaires à la passation et qui n'ont pas vocation à devenir contractuels, de type règlement de consultation, que le sort des candidats y compris l'attributaire du marché est réglé. En second lieu on voit mal comment raisonner sur le fondement du marché passé, puisque, par hypothèse, pour qu'une indemnisation puisse être accordée, il faut pour le juge, à tout le moins constater que ce marché a été irrégulièrement attribué, voire l'annuler si cela lui est demandé. En troisième lieu, à supposer que le contrat subsiste et produise des effets, ce n'est certainement pas à l'égard du candidat irrégulièrement évincé, lequel n'est pas en situation contractuelle.

20 En réalité, c'est par pragmatisme et souci de rétablir un équilibre économique injustement rompu entre des candidats qui, au-delà du marché, resteront des opérateurs économiques concurrents, que le juge impose que la victime de l'éviction reçoive une somme équivalente à celle que le titulaire du contrat a pour sa part reçue de manière illégitime.

21 On le voit, toute notion d'équité n'est pas étrangère à l'indemnisation de la perte d'une chance ou de la perte d'une chance sérieuse.