

Indemnisation du candidat évincé d'une procédure irrégulière de marché public

Lire les commentaires de :

François Cafarelli

Indemnisation d'un candidat évincé : le refus de la « mitigation

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre 4 – N° 19LY01887 – Sté Le Ny – 08 avril 2021 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Passation des marchés, Procédure irrégulière, Candidat évincé

Rubriques

Marchés et contrats

Résumé Note universitaire

Résumé

¹ En vue d'obtenir réparation de ses droits lésés, le concurrent évincé peut engager un recours de pleine juridiction tendant à une indemnisation du préjudice subi à raison de l'illégalité de la conclusion du contrat dont il a été évincé. Il appartient au juge, lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché.

² Dès lors que l'offre d'un candidat irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché était irrégulière, ce candidat, de ce seul fait, ne peut être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, y compris lorsque l'offre retenue était tout aussi irrégulière, et n'est pas fondé, par suite, à demander réparation d'un tel préjudice.

³ Dans cette affaire, la cour administrative d'appel de Lyon fait application du cadre jurisprudentiel relatif à l'indemnisation des candidats irrégulièrement évincés à l'issue d'une procédure de sélection (CE, 18 juin 2003, ETPO Guadeloupe, n° 249630 B, et CE 28 février 2020, Régat des Isles, 426161, B), dans un cas particulier. L'entreprise ici évincée, a contesté son éviction dès la fin des opérations initiales de sélection dans le cadre d'un recours « gracieux » qui est une demande au maître d'ouvrage de l'indemniser : elle fait justement valoir que l'entreprise sélectionnée est dépourvue des qualifications techniques imposées par le règlement de la consultation et que cette candidature, « irrégulière » devait être écartée.

⁴ Après avoir rejeté cette demande indemnitaire, le maître d'ouvrage MOA résilie le marché (qui, signé, n'a cependant pas encore été mis en œuvre) pour un motif avancé « d'intérêt général », relance une procédure et attribue le marché à la même entreprise qui a depuis rectifié son offre. La société Le Ny, qui n'est pas retenue au terme de cette seconde procédure à laquelle elle a également candidaté, ne la conteste pas et porte son affaire (demande indemnitaire suite à sa première éviction) au tribunal administratif de Grenoble. Ce dernier

la rejette au motif, notamment, que la seconde procédure fait écran : son manque à gagner n'est en lien qu'avec sa seconde éviction, qu'elle n'a pas contestée.

⁵ La cour décide de censurer cette approche, notamment parce que la participation à un nouvel appel d'offres n'est pas, en tout état de cause, une condition opposable pour contester une éviction irrégulière d'une première procédure, et que l'hypothèse de la jurisprudence CE N° 355139 B, 19 décembre 2012 - selon laquelle le refus de mener à terme une procédure et de conclure le contrat pour un motif d'intérêt général prive le candidat évincé d'un droit à indemnité- n'est pas celle de l'espèce.

⁶ Après avoir vérifié que la société avait bien perdu une chance sérieuse selon les critères imposés lors du première appel d'offres et retenu le principe et le montant de son indemnisation, le jeu des appels en garantie (dont la cour est saisie par effet dévolutif) laisse à la charge de la commune une partie seulement de l'indemnité, qu'eu égard à ses carences dans sa mission de sélection, l'équipe du maître d'oeuvre MOE devra en bonne partie supporter.

⁷ *39-02-03, Marchés et contrats administratifs, Passation des marchés, Procédure irrégulière, Candidat évincé, Indemnisation du candidat évincé, Recours de plein contentieux, Illégalité de la conclusion du contrat, « Mitigation »*

Note universitaire

Indemnisation d'un candidat évincé : le refus de la « mitigation »

François Cafarelli

Maître de conférences en droit public CMH EA 4232 à l'Université Clermont Auvergne

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6693](https://doi.org/10.35562/alyoda.6693)

¹ Dans le cadre du contentieux de la passation des contrats de la commande publique, l'appréciation du lien de causalité entre une irrégularité procédurale, fautive, et le préjudice du candidat évincé prenant la forme d'une perte de chance d'obtenir le contrat est parfois délicate. La présente décision précise les contours de la condition d'imputabilité du préjudice dans l'hypothèse de la résiliation du contrat conclu à l'issue d'une procédure irrégulière, à laquelle succède une nouvelle procédure de passation. Il en ressort que, contrairement à ce qu'autorise la technique anglo-saxonne de la « mitigation », l'organisation d'une seconde chance ne permet pas à l'acheteur d'échapper à sa responsabilité ou de minorer le dommage subi par le candidat irrégulièrement évincé.

² S'il est fréquent que des candidats évincés puissent faire valoir l'irrégularité de la procédure d'attribution d'un contrat de la commande publique, il est beaucoup plus rare qu'ils puissent obtenir une indemnisation des préjudices qu'ils prétendent avoir subis. Suivant la grille d'analyse aujourd'hui fixée par le juge administratif (CE, 18 juin 2003, ETPO Guadeloupe, n° 249630 ; CE 28 février 2020, Régat des Iles, n° 426162), il faut procéder en deux temps en envisageant d'abord le principe de la responsabilité de l'acheteur, puis l'étendue du préjudice indemnisable. Ainsi le juge vérifie-t-il en premier lieu qu'il existe bien un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction. Ensuite, et en cas de réponse positive, vient le temps de l'évaluation du préjudice dont l'ampleur est fonction des chances de remporter le contrat. Le champ des possibles est alors réduit à trois hypothèses : celle de l'absence de toute chance d'obtenir le contrat qui exclut toute indemnisation ; celle de l'existence de chances d'obtenir le contrat justifiant le remboursement des frais engagés pour présenter une offre ; et celle de l'existence de chances qualifiées de sérieuses d'emporter le contrat justifiant, outre le remboursement des frais engagés pour présenter une offre, l'indemnisation du manque à gagner. Il est cependant acquis que cette dernière hypothèse ne peut être mise en

œuvre lorsque la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général, car en l'absence de contrat, il ne peut exister de manque à gagner.

3

Ces deux étapes sont autant d'occasions, pour le requérant de voir ses prétentions tenues en échec. Ajoutons à cela qu'il est souvent difficile, pour un candidat évincé, de faire valoir qu'il avait des chances sérieuses d'obtenir le marché faute de pouvoir librement accéder à l'offre du candidat retenu protégée par le secret industriel et commercial afin de la confronter à la sienne et faute de pouvoir compter sur le concours du juge administratif pour remettre en question l'évaluation des offres proposée par la personne publique, celui-ci se bornant à apprécier la régularité des modalités de l'analyse des offres, et non l'analyse en tant que telle. Le juge adopte même parfois des positions de principes. Concluant sur l'arrêt Régat des Iles, et suivi par la juridiction, Gilles Pellissier explique que dans certaines hypothèses, il est impossible de dire qu'un candidat avait des chances sérieuses d'obtenir le contrat : « *L'analyse prospective qu'implique toute évaluation d'une chance est possible lorsqu'il ne s'agit que de corriger un élément d'une procédure qui, s'étant par ailleurs déroulée correctement, a produit des résultats pertinents sur lesquels le juge peut s'appuyer. Elle est beaucoup plus difficile, voire impossible, lorsque (...) l'irrégularité affecte la totalité de la procédure suivie. Cette impossibilité, toutefois, ne touche pas nécessairement les trois degrés de l'appréciation de la perte de chance* ».

4

La combinaison de ces facteurs dessine de manière fort peu originale les contours d'un contentieux très asymétrique dans le cadre duquel les requérants, candidats évincés, ont de maigres chances d'obtenir satisfaction. Il est par conséquent très difficile de comprendre la position adoptée par le tribunal administratif de Grenoble qui, dans notre affaire, est venu ajouter quelques barbelés supplémentaires pour faire obstacle à l'indemnisation d'un candidat irrégulièrement évincé.

5

En l'espèce, la commune de Thonon-les-Bains avait entrepris une opération d'aménagement d'un pôle culturel dans l'ancien couvent de la Visitation. La rénovation de la charpente et de la toiture ayant été décidée, une procédure de passation d'un marché de travaux correspondant a été lancée en septembre 2015. Cette procédure s'est conclue par l'attribution du marché à l'entreprise Eurotoiture, suivie de sa signature. La société Alain Le Ny, candidat malheureux, a toutefois fait valoir que son éviction était irrégulière et a demandé à la commune de l'indemniser en réparation du préjudice subi. La commune a refusé de faire droit à cette demande, mais telle une reconnaissance de sa faute, a résilié le marché passé avec la société Eurotoiture pour lancer une nouvelle consultation permettant

d'attribuer un marché similaire. Les mêmes protagonistes ont participé à cette nouvelle procédure et son résultat a été identique à celui de première.

⁶ La société Alain Le Ny a alors saisi le tribunal administratif de Grenoble pour demander la condamnation de la commune à lui verser la somme de 133 829, 46 euros en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de son éviction irrégulière de la première procédure de passation du marché. Le tribunal, par un jugement du 12 mars 2019, a rejeté cette demande en estimant que la circonstance que la société requérante avait été mise en mesure de répondre à la seconde procédure d'appel d'offres, lancée après la résiliation du premier marché, faisait obstacle à ce qu'elle obtienne réparation du préjudice subi à raison de l'irrégularité de cette première procédure de passation. Ce faisant, le tribunal a remis en cause l'imputabilité du préjudice à l'irrégularité de la première procédure de passation. Cette analyse est à juste titre censurée par la Cour qui condamne la commune dès lors que l'offre du candidat retenu dans le cadre de la première procédure était irrégulière et que celle de l'entreprise requérante, classée en seconde position, était régulière.

1- L'imputabilité du préjudice

⁷ Le constat de l'existence d'une faute de la commune n'a soulevé aucune difficulté particulière. La première procédure de passation est manifestement irrégulière, car la commune a attribué le contrat à l'entreprise Eurotoiture alors que d'une part, sa candidature aurait dû être écartée, faute pour elle d'avoir justifié de qualifications spécifiques pourtant exigées, et d'autre part, son offre était irrégulière, les fenêtres de toit proposées ne respectant pas les prescriptions du cahier des clauses techniques particulières.

⁸ Pour autant, le tribunal a estimé que le lien de causalité entre la faute commise dans le cadre de la première procédure et le préjudice de la société Alain Le Ny était distendu, voire rompu, par la possibilité qui lui avait été offerte de participer à la seconde procédure. C'est cette analyse, particulièrement défavorable au candidat évincé, qui est opportunément remise en cause par la Cour. En effet, à suivre le tribunal administratif, le préjudice lié à une éviction *irrégulière* d'une procédure de passation pourrait être compensé par la mise en œuvre d'une nouvelle procédure proposant une seconde chance. La faute originelle pourrait ainsi être couverte et, en cas de nouvelle éviction, cette fois *régulière*, il n'y aurait plus de préjudice à réparer, l'éviction du candidat n'ayant pas pu proposer l'offre économiquement la plus avantageuse lui étant alors totalement imputable.

⁹ Une telle approche de la responsabilité de la personne publique n'est pas sans rappeler la pratique anglo-saxonne de la « mitigation » en matière de réparation du préjudice corporel (Nous tenons ici à

remercier Mme Caroline Lantero pour nos éclairants échanges). Cette pratique consiste à attendre de la victime d'un dommage corporel qu'elle minimise son dommage, notamment en acceptant les interventions médicales qui lui permettraient d'aller mieux, et à limiter son préjudice à sa portion irréductible. L'ampleur et les conséquences immédiates de la faute originelle ne sont pas prises en considération si celles-ci ont pu être minorées ou totalement corrigées.

¹⁰ Cette pratique est cependant rigoureusement rejetée par le juge administratif. Les termes de l'arrêt *Gandia* (CE, 3 décembre 2010 n° 334622) sont à ce titre très éclairants : il n'est pas possible d'imputer à une victime d'une erreur médicale qui refuse une intervention réparatrice l'aggravation de son état dès lors qu'une telle intervention « *n'aurait pas été rendue nécessaire si une faute n'avait pas été commise* ». Peu importent les chances d'amélioration proposées à la victime, la faute initiale demeure et l'entière responsabilité du préjudice initial reste imputable à son auteur. Pour Maryse Deguergue « *le juge administratif a adapté les causes étrangères exonératoires de la responsabilité de l'Administration, identiques à celles du droit privé à l'exception du cas fortuit, aux impératifs de l'intérêt public (...): si sa relative sévérité à l'égard des victimes traduit le souci de ne pas faire supporter aux patrimoines publics des sommes qu'ils ne doivent pas, la parcimonie avec laquelle il retient l'existence de causes étrangères répond au souci, non moins légitime, de favoriser l'indemnisation des victimes* » (M. Deguergue, Causalité et imputabilité, J.-Cl. Adm., Fasc. 830, §99).

¹¹ Toutes choses égales par ailleurs, c'est à une analyse similaire transposable que conduit le raisonnement de la Cour. La seconde procédure de passation mise en œuvre ne peut être comprise comme une seconde chance permettant d'imputer l'éviction du candidat évincé à lui-même. Si la procédure initiale avait été régulière, le candidat évincé à tort aurait eu des chances sérieuses d'obtenir le marché et la seconde procédure n'aurait pas été nécessaire.

¹² Ajoutons que dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence, une seconde chance ne peut tenir lieu de réparation, car elle bénéficie à l'ensemble des candidats et peut ainsi leur permettre, comme cela a été le cas en l'espèce pour la société Eurotoiture, de corriger leur offre au regard des lacunes identifiées dans le cadre de la première procédure.

2- L'étendue du préjudice

¹³ En dépit des difficultés récurrentes rappelées initialement à propos de l'appréciation délicate de l'ampleur de la perte de chance d'obtenir le contrat, celle-ci devant être établie avec un degré de

certitude suffisant, il existe des hypothèses dans lesquelles une telle appréciation est parfaitement possible, objective même, comme en témoigne notre espèce.

¹⁴ La Cour, relève ainsi que sur les cinq offres notées, l'offre de la société Alain Le Ny avait été classée en deuxième position après celle de la société Eurotoiture qui, rappelons-le, aurait dû voir sa candidature puis son offre rejetées. Par conséquent, sans qu'il soit utile de mener une analyse prospective nécessairement discutable, il est possible d'affirmer que la disqualification du premier justifie la première position du second.

¹⁵ Le seul moyen de faire obstacle à cette logique implacable consiste à établir que ce second, devenu premier, avait lui-même proposé une offre irrégulière qui n'aurait pas pu être retenue. Comme le précise Gilles Pellissier, *« lorsque le contrat ne pouvait, indépendamment de l'irrégularité commise, être attribué à la requérante, notamment parce que sa candidature ou son offre était irrégulière, la cause exclusive de son éviction est ce qui aurait de toutes façons fait obstacle à ce que le contrat lui soit attribué. C'est l'équivalent de la faute de la victime cause exclusive du dommage »*.

¹⁶ Reste que la commune n'a pas écarté l'offre de la société Alain Le Ny dans le cadre de la procédure de passation et tente donc, dans le cadre contentieux, de faire valoir une supposée irrégularité ainsi qu'un prix anormalement bas. Au terme d'une analyse factuelle laissant très peu de place à l'interprétation, la Cour rejette ces allégations et établit la régularité de l'offre de la société Alain Le Ny et le bien-fondé de sa réclamation.

¹⁷ La solution proposée a ainsi le mérite de respecter l'orthodoxie juridique des mécanismes d'engagement de la responsabilité des personnes publiques, et d'apporter au candidat évincé au terme d'une procédure grossièrement irrégulière, la plus large des réparations possibles.