

MARCHÉS PUBLICS

La requête indemnitaire du candidat irrégulièrement évincé

Le concurrent privé d'une chance de remporter un marché à cause de manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations n'est pas totalement démuné. Il peut saisir le juge pour demander réparation des préjudices ainsi subis. Pour cela, le candidat évincé doit agir devant le juge administratif par une requête qui peut être précédée d'une demande indemnitaire préalable.

CYRIL LAROCHE,
docteur en droit, avocat, président de l'Association
des professionnels du droit public

De quelles voies de recours juridictionnelles dispose le concurrent évincé d'une procédure de passation d'un marché public ?

- Le candidat évincé peut agir devant le juge des référés du tribunal administratif pour solliciter l'annulation de la procédure de passation (référé précontractuel) ou du marché lui-même (référé contractuel). Le juge des référés statue dans un bref délai de vingt jours (référé précontractuel) ou d'un mois (référé contractuel) dont la violation n'est, cependant, pas sanctionnée.
- L'entreprise évincée peut également saisir le tribunal administratif pour lui demander d'annuler le marché et, le cas échéant, de condamner le pouvoir adjudicateur à lui verser une indemnité au titre de son éviction irrégulière de la procédure de passation du marché. Il agit alors par un recours en contestation de validité du marché.
- Le requérant peut aussi se borner à demander au tribunal administratif, par une requête indemnitaire, de condamner l'acheteur public à réparer les préjudices subis du fait de son éviction de la procédure de passation. Contrairement aux procédures de référé, le recours en contestation de validité du marché et la requête indemnitaire constituent des recours au fond sur lesquels le tribunal se prononce dans un délai qui dépasse souvent 18 mois.

Quels moyens invoquer pour obtenir la condamnation du pouvoir adjudicateur à verser une indemnité pour éviction irrégulière ?

Le requérant doit apporter la preuve que l'acheteur public a commis une faute lors de la procédure de passation du marché. Cette faute peut être constituée par tout manquement à l'une des obligations de publicité ou de mise en concurrence.

De surcroît, le concurrent irrégulièrement évincé doit démontrer que ce manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence du pouvoir adjudicateur est directement la cause des préjudices dont il sollicite la réparation.

Quels sont les préjudices dont le concurrent évincé peut demander la réparation ?

Le candidat évincé a droit au remboursement des frais engagés pour présenter son offre, si le juge administratif considère que le manquement commis par l'acheteur public à l'une de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence lui a fait perdre une chance de remporter le marché. Si la chance – perdue – de remporter le marché est considérée comme « sérieuse », l'entreprise candidate peut revendiquer une indemnité d'un montant égal au manque à gagner subi du fait de son éviction irrégulière du marché. Cette indemnisation comprend alors les frais de procédure engagés pour remettre son offre.

Comment calculer le manque à gagner ?

Le manque à gagner subi par le concurrent évincé est le bénéfice perdu à raison de

l'inexécution du marché. Il correspond à la marge nette qui aurait dû être dégagée du fait de l'exécution du contrat.

Il incombe au requérant de justifier du montant de ce manque à gagner en fournissant des documents et des calculs appropriés au marché litigieux. Il peut également faire état du bénéfice dégagé sur des marchés semblables par lui ou par des tiers.

Le concurrent évincé peut-il solliciter la réparation d'un préjudice commercial ?

Le préjudice commercial (atteinte portée à l'image ou à la réputation commerciale...) doit être établi concrètement par le requérant. En pratique, la demande de réparation de ce préjudice est rejetée par la plupart des décisions juridictionnelles.

Le requérant peut-il prétendre au remboursement de la quote-part des frais généraux qui aurait été affectée au marché ?

Les frais généraux sont les dépenses supportées par le titulaire du marché pour son fonctionnement. A supposer qu'il ait remporté le marché, il aurait pu soutenir qu'une quote-part de ces frais aurait été engagée pour l'exécution du marché et solliciter

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Le concurrent évincé d'une procédure de passation d'un marché public peut agir devant le juge administratif pour obtenir la réparation des préjudices subis du fait d'un manquement du pouvoir adjudicateur à l'une de ses obligations de publicité ou de mise en concurrence.
- Il a droit à obtenir le remboursement des frais engagés pour déposer son offre s'il a perdu une chance de remporter le marché du fait de son éviction irrégulière. Si cette chance était « sérieuse », l'entre-

prise peut réclamer le manque à gagner subi du fait de son éviction.

- La requête indemnitaire doit être précédée d'une demande indemnitaire auprès du pouvoir adjudicateur, sauf lorsque le marché a pour objet l'exécution de travaux publics.

- L'indemnité est une créance prescrite dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle le rejet de la candidature ou de l'offre a été notifié.

FICHE PRATIQUE

leur remboursement. Le juge administratif écarte, cependant, une telle demande.

Quel est le délai pour déposer une requête indemnitaire devant le juge administratif ?

L'indemnité à laquelle le concurrent évincé prétend avoir droit est une créance prescrite dès lors qu'elle n'a pas été payée par le pouvoir adjudicateur dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle le rejet de sa candidature ou de son offre lui a été notifié.

Le concurrent doit donc agir avant l'expiration de ce délai pour solliciter la réparation de ses préjudices.

Toutefois, le délai de prescription des créances des personnes publiques est interrompu par toute réclamation écrite adressée au pouvoir adjudicateur ou tout recours juridictionnel, sous réserve que ces recours soient afférents à la créance née de l'éviction irrégulière de la procédure de passation du marché. Toute communication émise d'office par le pouvoir adjudicateur afférente à la créance alléguée par le concurrent évincé interrompt également le délai de prescription.

En cas d'interruption, le délai de prescription recommence à courir pour sa totalité, soit pour une durée de quatre ans, à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle le délai a été interrompu.

La requête indemnitaire devant le juge doit-elle être précédée d'une demande de réparation du préjudice au pouvoir adjudicateur ?

En principe, le concurrent évincé doit présenter une demande indemnitaire au pouvoir adjudicateur avant de saisir le tribunal. Si tel n'est pas le cas, son recours juridictionnel doit être jugé irrecevable.

Toutefois, cette règle de recevabilité des recours juridictionnels n'est pas opposable aux concurrents évincés si le marché a pour objet l'exécution de travaux publics. Tel sera souvent le cas puisqu'un travail est public dès lors qu'il est exécuté sur un immeuble, dans l'intérêt général, pour le compte d'une personne publique et sous son contrôle. Dans ces conditions, la requête indemnitaire peut être déposée devant le tribunal sans qu'une demande de réparation soit préalablement adressée à l'acheteur public.

Un concurrent évincé qui aurait adressé une demande indemnitaire préalable au pouvoir adjudicateur est-il lié par cette demande ?

Il est de jurisprudence constante que le requérant n'est pas lié par sa demande préalable indemnitaire. De sorte que ce dernier peut solliciter, devant le tribunal, une indemnité d'un montant supérieur à celui demandé préalablement au pouvoir adjudicateur.

En cas de demande indemnitaire préalable, un délai de recours juridictionnel est-il opposable au requérant ?

Le pouvoir adjudicateur dispose de deux mois pour répondre à la demande indemnitaire préalable. Si la réponse apportée par l'acheteur public ne satisfait pas le concurrent évincé, celui-ci dispose d'un délai franc de deux mois – soit deux mois plus un jour – à compter de la notification de cette décision pour saisir le juge administratif par une requête indemnitaire. Le délai de recours juridictionnel n'est, toutefois, pas opposable si le pouvoir adjudicateur n'a pas informé le concurrent évincé de son existence dans sa réponse.

Si le pouvoir adjudicateur ne répond pas à la demande indemnitaire dans un délai de deux mois, il doit être considéré l'avoir implicitement rejetée. Le concurrent évincé n'est alors soumis à aucun délai pour saisir le juge administratif, sauf celui de la prescription quadriennale.

Convient-il de chiffrer ses demandes dès le dépôt de la requête indemnitaire ?

A supposer que le concurrent évincé puisse agir sans qu'un délai de recours juridictionnel lui soit opposable, il peut chiffrer ses demandes dans sa requête au plus tard à la date de clôture de l'instruction.

Au contraire, si le pouvoir adjudicateur a répondu explicitement à la demande indemnitaire du concurrent évincé, ce dernier doit chiffrer ses demandes dans le délai du recours juridictionnel de deux mois qui lui est imparti pour saisir le juge administratif. Il peut, cependant, prévoir de solliciter la désignation d'un expert afin que son préjudice soit chiffré. Si tel est le cas, il doit chiffrer sa demande à la suite du dépôt du rapport de l'expert, avant la clôture de l'instruction.

En cas de condamnation du pouvoir adjudicateur à une indemnité, des intérêts sont-ils dus ?

Si sa requête indemnitaire prospère, le requérant a droit à des intérêts moratoires au titre du retard de paiement pris par le pouvoir adjudicateur pour régler l'indemnité sollicitée. Le taux des intérêts moratoires est celui de l'intérêt légal.

Les intérêts moratoires commencent à courir à compter du jour où le pouvoir adjudicateur a reçu la demande indemnitaire. A défaut, ils courent à compter du jour où la requête indemnitaire a été déposée devant le juge administratif.

Sous réserve d'en faire la demande, le requérant a droit à ce que les intérêts moratoires échus depuis plus d'un an soient capitalisés année par année. ■

TEXTES DE RÉFÉRENCES

- *Articles 1^{er} et 2 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics.*
- *Article R.421-1 du Code de justice administrative.*