|  |
| --- |
| **AJDA 2014 p. 542** |
| **Le droit à réparation du candidat évincé****Daniel Tasciyan, Avocat** |
|   |
| **L'essentiel**Le candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat administratif est en droit de demander la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait des irrégularités ayant affecté la procédure d'attribution du contrat litigieux. Pour cela, il doit démontrer que l'irrégularité commise par la collectivité publique l'a privé d'une chance sérieuse de conclure le contrat litigieux, et on constate, à l'examen de la jurisprudence, que la différence entre le candidat privé d'une chance sérieuse d'emporter le contrat et celui qui ne disposait d'aucune chance sérieuse est assez ténue. |
| Toute illégalité commise par la puissance publique est constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité (CE, sect., 26 janv. 1973, n° 84768, *Ville de Parisc/Driancourt*, Lebon 78Document InterRevues).Ce principe, pilier du droit de la responsabilité administrative, permet à la victime d'un dommage causé par la faute de la collectivité publique de se faire indemniser du préjudice subi. Pour ce faire, la victime doit démontrer que le préjudice qu'elle a subi est la conséquence directe de la faute commise par la collectivité publique (R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15e éd., 2001, n° 1407). Simple dans sa conception, l'engagement de la responsabilité de la collectivité publique peut toutefois être source de difficulté pour le requérant victime d'un dommage. C'est notamment le cas dans les litiges relatifs à l'attribution des contrats administratifs.En effet, afin d'obtenir un droit à réparation, la victime doit démontrer que le préjudice qu'elle a subi est certain (CE 21 févr. 2000, n° 195207, *Vogel*, LebonDocument InterRevues ; Dr. adm. 2000, comm. 145). Le préjudice purement éventuel est donc irréparable. Le préjudice futur, c'est-à-dire celui qui ne s'est pas encore produit, ouvre néanmoins droit à réparation à la condition qu'il ne soit pas qu'éventuel, mais certain. La perte d'une chance sérieuse constitue en ce sens un préjudice certain, qui ouvre droit à réparation.Ainsi, le candidat qui a perdu une chance sérieuse d'emporter un contrat administratif en raison d'une irrégularité commise dans la procédure d'attribution de ce contrat peut obtenir une réparation pour le préjudice subi. L'indemnisation couvre à cet égard le manque à gagner.La différence entre le candidat privé d'une chance sérieuse d'emporter le contrat et celui qui ne disposait d'aucune chance sérieuse est toutefois ténue. C'est pourquoi, la perte d'une chance sérieuse d'emporter le contrat litigieux pour le candidat irrégulièrement évincé relève d'une appréciation *in concreto*. Pour chaque cas qui lui est soumis, le juge doit s'interroger sur le lien de causalité entre l'irrégularité commise par la collectivité publique et le préjudice subi par le candidat évincé.A l'examen des différentes affaires qui ont été portées à sa connaissance, le juge a pu mettre en place une grille d'évaluation de l'appréciation de la perte de chance du candidat irrégulièrement évincé ainsi que de son manque à gagner. Il s'agira dès lors de donner une vue synthétique et pratique des différentes décisions rendues en la matière.**I - L'appréciation de la perte de chance du candidat irrégulièrement évincé**Le candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat administratif a droit à une indemnisation. L'étendue du droit à réparation est cependant fonction du préjudice subi.**A. La démonstration d'une éviction irrégulière**La jurisprudence précise qu'un candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat public est en droit de demander la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait des irrégularités ayant affecté la procédure d'attribution du contrat litigieux (CE 18 juin 2003, n° 249630, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupec/Commune du Lamentin*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2003. 1676http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif ; Contrats Marchés publ. 2003, comm. 171 ; ACCP nov. 2003, p. 11 ; CE 27 janv. 2006, n° 259374, *Commune d'Amiensc/Entreprise Delattre*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2006. 286http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif ; Dr. adm. 2006, comm. 57 ; CE 10 juill. 2013, n° 362777, *Compagnie martiniquaise de transports*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2013. 1482http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif ; Contrats Marchés publ. 2013, comm. 257).Au préalable, la notion de « candidat à l'attribution d'un contrat public » doit être distinguée de celle de « concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif » (CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation*, Lebon 360Document InterRevues ; AJDA 2007. 1577http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif, chron. F. Lenica et J. Boucherhttp://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif ; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnierhttp://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif ; 1777, tribune J.-M. Woehrlinghttp://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif ; D. 2007. 2500Document InterRevues, note D. CapitantDocument InterRevues ; RDI 2007. 429, obs. J.-D. DreyfusDocument InterRevues ; *ibid.* 2008. 42, obs. R. NoguellouDocument InterRevues ; 2009. 246, obs. R. NoguellouDocument InterRevues ; RFDA 2007. 696, concl. D. CasasDocument InterRevues, 917, étude F. ModerneDocument InterRevues, 923, note D. PouyaudDocument InterRevues, et 935, étude M. Canedo-ParisDocument InterRevues ; RTD civ. 2007. 531, obs. P. DeumierDocument InterRevues ; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. KovarDocument InterRevues ; JCP Adm. 2007, n° 2212), qualité qui est reconnue « à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable » (CE, avis, 11 avr. 2012, n° 355446, *Société Gouelle*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2012. 1109http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif, note P. Cassiahttp://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif, et 2013. 1268, étude O. Agnushttp://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif ; RDI 2012. 398, obs. S. BraconnierDocument InterRevues ; AJCT 2012. 435, obs. S. HulDocument InterRevues).En effet, si un candidat à l'attribution d'un contrat public peut être considéré comme étant un concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif, il semblerait que tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif n'ait pas la qualité de candidat à l'attribution d'un contrat public. Cette dernière notion, plus restreinte que la précédente, paraît ne concerner que le candidat qui a subi un préjudice du fait de l'irrégularité commise par la collectivité publique.L'emploi de l'expression « attribution » n'est ainsi pas anodin. La passation des contrats administratifs se déroule en général en deux étapes : une phase de sélection des candidatures puis une phase d'attribution du contratNote de bas de page(1). Ainsi, dans un premier temps, la collectivité publique procède à la sélection des candidatures admises à présenter une offre. Ensuite, à partir de cette sélection, la collectivité attribue le contrat au candidat qui lui a présenté l'offre qu'elle juge la plus intéressante.Il faut, par conséquent, comprendre que seul le requérant qui a pu ou qui aurait pu présenter une offre, si aucune irrégularité dans la procédure d'attribution n'avait été commise, a la qualité de candidat à l'attribution d'un contrat public (CAA Lyon, 14 févr. 2013, n° 12LY00305, *Société ACS production*, AJDA 2013. 1139http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif).Ainsi, le candidat évincé de l'attribution d'un contrat public ne peut obtenir la réparation du préjudice dont il demande l'indemnisation que s'il existe un lien de causalité direct entre la faute résultant de son éviction irrégulière et le préjudice subi (CE 10 juill. 2013, *Compagnie martiniquaise de transports*, préc. ; Contrats Marchés publ. 2013, comm. 253).Le juge précise en ce sens que la simple « circonstance que des irrégularités aient été commises lors de la procédure d'attribution d'un contrat ne saurait suffire à entraîner l'indemnisation du candidat évincé » (CE 10 juill. 2013, *Compagnie martiniquaise de transports*, préc.).Autrement posé, la responsabilité de la collectivité publique n'est susceptible d'être engagée que si le candidat évincé démontre que les irrégularités invoquées ont conduit au rejet de son offre. Seules les irrégularités de nature à vicier les conditions de mise en concurrence des candidats peuvent comporter un lien de causalité avec le préjudice subi.En définitive, l'expression « candidat à l'attribution d'un contrat public » peut être considérée comme une notion propre au recours indemnitaire. La notion de « concurrent évincé » étant, quant à elle, une expression spécifique au recours en contestation de la validité du contrat engagé dans le cadre d'un recours « *Tropic* » (CE, ass., 16 juill. 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, préc.). Les conclusions tendant à la contestation de la validité du contrat peuvent toutefois être accompagnées, au sein de la même requête, de conclusions indemnitaires (CE, avis, 11 mai 2011, n° 347002, *Société Rebillon Schmit Prevot*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2011. 932http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif ; RDI 2011. 397, obs. R. NoguellouDocument InterRevues ; CE, avis, 11 avr. 2012, *Société Gouelle*, préc.).On peut relever par ailleurs que même si la jurisprudence fait référence au concept de « contrat public » lorsqu'elle traite de l'indemnisation du candidat évincé de l'attribution d'un contrat, l'emploi de cette expression paraît discutable.D'une part, seuls les contrats relevant du droit de la commande publique semblent être concernés par les principes que nous venons d'énoncer. Les solutions dégagées par la jurisprudence paraissent en effet difficilement transposables aux contrats échappant au droit de la commande publique dans la mesure où ces contrats, comme les conventions d'occupation du domaine public (CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272, *Ville de Paris*, *Association Paris Jean-Bouin*, Lebon avec concl. 472Document InterRevues ; AJDA 2010. 2343http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif, et 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaserhttp://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif ; RDI 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. NoguellouDocument InterRevues ; AJCT 2011. 37, obs. J.-D. DreyfusDocument InterRevues ; RTD eur. 2011. 496, obs. J.-P. KovarDocument InterRevues ; Dr. adm. 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; JCP Adm. 2011, n° 2043, note C. Devès), ne sont pas soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable (v. not. E. Fatôme et L. Richer, Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique, AJDA 2003. 2348http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif ; E. Delacour, Rapport introductif : Les fondements et les orientations de la réforme de la commande publique, du marché public à l'achat public, Contrats Marchés publ. 2005. Etude 6 ; P. Yolka, L'offre et la commande, JCP Adm. 2012. Actu. 892).D'autre part, au sein de cet ensemble des contrats relevant du droit de la commande publique, on considère généralement que les modalités d'indemnisation mises en place par le juge administratif ne s'appliquent qu'aux candidats à l'attribution d'un contrat administratifNote de bas de page(2).En effet, selon la doctrine, « les contrats publics et les contrats administratifs ne sont pas des termes synonymes. Le premier indique seulement que le contrat est passé par une personne publique [...] tandis que le second terme désigne la nature juridique du contrat pris comme un tout et non par rapport au seul critère organique » (M. Guibal, A propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante, *inEnvironnement, les mots du droit et les incertitudes de la modernité.Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble PUG, 2004, p. 23 ; v. égal., G. Eckert, Conditions d'indemnisation en cas de procédure de passation, Contrats Marchés publ. 2013, comm. 253).Or, les litiges relatifs à la passation des contrats publics peuvent également relever de la compétence du juge judiciaire s'ils ne sont pas de droit administratif. En ce sens, les contrats passés en vertu de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, qualifiables de contrats publics, peuvent, selon leur nature, être soit de droit privé soit de droit administratif. Les modalités d'indemnisation par le juge judiciaire du candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat public peuvent en conséquence ne pas être forcément identiques à celles mises en place par le juge administratif (v., par ex., CA Douai, 10 sept. 2013, n° 10/04065).Toutefois, la jurisprudence judiciaire étant rare en la matière, seul le droit à réparation du candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat administratif relevant du droit de la commande publique fera l'objet de notre propos. Ce droit à réparation varie selon trois hypothèses.**B. La nature du préjudice subi**L'irrégularité de la procédure de passation établie, « lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat, il appartient au juge de vérifier d'abord si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat ; que, dans l'affirmative, il n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient, d'autre part, de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat ; que, dans un tel cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique » (CE 19 déc. 2012, n° 355139, *Simon*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2013. 5http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif ; AJCT 2013. 244, obs. R. BonnefontDocument InterRevues).Il importe ainsi de distinguer trois situations.La première concerne le cas du candidat évincé dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat (CE 9 déc. 1987, n° 70836, *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres*, LebonDocument InterRevues). Dans pareille situation, le candidat évincé n'a droit à aucune indemnité. C'est le cas lorsque l'irrégularité ayant entaché la procédure de passation du contrat n'a eu aucune conséquence sur les conditions de mise en concurrence des candidats (CE 10 juill. 2013, *Compagnie martiniquaise de transports*, préc.).La deuxième situation concerne l'hypothèse où le candidat évincé n'était pas dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat (CE 3 juill. 1968, *Lavigne*Document InterRevues, préc.). Dans ce cas précis, il a droit au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Ainsi en est-il lorsque l'erreur dans le choix de la procédure de passation du contrat - une collectivité qui recourt à tort au dialogue compétitif au lieu de l'appel d'offres, par exemple - n'a eu aucune conséquence sur le choix du candidat attributaire (CE 23 déc. 2011, n° 342394, *Société Jean-Claude Decaux*.La troisième situation est relative au cas dans lequel le candidat évincé disposait d'une chance sérieuse d'emporter le contrat (CE, sect., 13 mai 1970, n° 74601, *Montic/Commune de Ranspach*, LebonDocument InterRevues). Dans ce schéma, le candidat a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'il a subi. C'est le cas lorsque, en réalité, l'offre du candidat évincé était meilleure que celle du candidat attributaire (CE 8 févr. 2010, n° 314075, *Commune de La Rochelle*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2010. 240http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif ; RTD eur. 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. BouveresseDocument InterRevues ; JCP Adm. 2010, n° 2187).Le principe posé, il convient de s'interroger sur l'office du juge lorsqu'il est amené à apprécier cette situation.En premier lieu, il est utile de préciser que cet office ne consiste nullement à se substituer au pouvoir d'appréciation dont dispose la collectivité publique dans le choix du candidat attributaire. Ce choix est en effet caractérisé par une part, aussi infime soit-elle, de subjectivité. C'est pourquoi, lorsque le juge est amené à comparer les offres du candidat attributaire et du candidat évincé, son rôle se limite le plus souvent au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des offres des candidats (CE 8 févr. 2010, *Commune de La Rochelle*, préc.).De plus, la marge d'appréciation donnée à la collectivité publique dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un contrat de délégation de service public étant plus importanteNote de bas de page(3), « les hypothèses où le juge administratif peut être conduit à reconnaître l'existence d'une chance sérieuse sont *a priori* plus rares qu'en matière de marchés, pour lesquels joue l'exigence du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » (B. Dacosta, concl. sur CE 19 déc. 2012, *Simon*, préc.). C'est ainsi qu'une cour administrative d'appel a annulé le jugement rendu par un tribunal administratif notamment parce que ce dernier n'avait pas tenu compte de la marge de manoeuvre dont disposait la collectivité publique pour attribuer une délégation de service public (CAA Lyon, 17 oct. 2013, n° 12LY02126, *Communauté urbaine de Lyon*, Contrats Marchés publ. 2013, comm. 329).Quoi qu'il en soit, le juge doit toujours exposer les considérations de fait qui motivent son appréciation (CE 27 oct. 2010, n° 318023, *Société Pradeau et Morin*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2010. 2080http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif ; Contrats Marchés publ. 2010, comm. 410). Cette obligation s'impose d'autant plus au juge du fond qu'elle a pour objectif de mettre le juge de cassation à même d'exercer son contrôle.En deuxième lieu, bien que le contrôle opéré par le juge sur la chance sérieuse du candidat d'emporter le contrat n'ait pas vocation à se substituer à l'analyse effectuée par la collectivité publique, ce contrôle demeure assez complet et exhaustif. Nous pouvons, en ce sens, relever, au titre de l'appréciation portée sur les offres, que le juge s'autorise, par exemple, à contrôler la notation des offres des candidats (CAA Nantes, 1er juill. 2011, n° 10NT00987, *Société Savoie Frères*, JCP Adm. 2012, n° 2159). Dans le même sens, le juge peut aussi contrôler l'appréciation des mérites techniques des offres par une commission d'appel d'offres au vu du rapport d'analyse des offres et des mémoires techniques remis par les candidats (CE 8 févr. 2010, *Commune de La Rochelle*, préc.). Ce faisant, le juge s'autorise parfois à vérifier, au titre de la valeur technique des offres, la qualité des projets remis (CAA Lyon, 14 nov. 2013, n° 12LY01244, *SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgellafrey*), voire même la qualité des intervenants présentés par les candidats (CAA Marseille, 27 févr. 2012, n° 09MA01655, *Cabinet MPC Avocats*, JCP Adm. 2012, n° 2197).Si l'examen porté par le juge sur les offres remises par les candidats semble poussé, il revient cependant au requérant d'apporter à ce dernier les éléments nécessaires devant lui permettre d'apprécier la qualité de son offre. La charge de la preuve de l'existence d'une chance sérieuse revient, en d'autres termes, au requérant qui s'estime irrégulièrement évincé de la procédure d'attribution d'un contrat administratif. Une discussion purement formelle du requérant sur la nature et le caractère plus ou moins détaillé des documents produits à l'appui de son offre et de celle du candidat retenu ne saurait en ce sens suffire (CAA Paris, 6 mars 2012, n° 10PA05223, *Société Pradeau et Morin*, Contrats Marchés publ. 2012, comm. 169).A défaut, néanmoins, le juge pourra prescrire une expertise aux fins de déterminer si le requérant avait une chance sérieuse d'emporter le contrat litigieux (CAA Paris, 6 mars 2012, *Société Pradeau et Morin*, préc.). Dans une telle situation, l'expert aura pour mission de présenter au juge la qualité respective des offres au vu des critères d'attribution mis en place par la collectivité publique.Toutefois, le fait de savoir si le requérant disposait ou non d'une chance sérieuse d'emporter le contrat constitue une qualification juridique des faits qui, à ce titre, relève de la compétence exclusive du juge. L'expert ne peut donc nullement se prononcer sur cette question (CAA Marseille, 23 déc. 2011, n° 10MA02717, *Commune de Cannes*, Contrats Marchés publ. 2012, comm. 60).En troisième lieu, lorsqu'il est amené à vérifier qu'un candidat disposait d'une chance sérieuse d'emporter le contrat, le juge peut être conduit à se référer à un faisceau d'indices. Plusieurs éléments sont, à ce titre, de nature à laisser penser qu'un candidat évincé disposait d'une chance sérieuse d'emporter le contrat. Le recours à ce faisceau d'indices s'emploie en complément de la vérification de l'offre du requérant. En effet, toutes les irrégularités ne sont pas de nature à établir que le candidat évincé aurait été certain d'emporter le contrat si l'irrégularité invoquée n'avait pas été commise.Ainsi, si le juge peut corriger la notation des candidats en neutralisant les irrégularités commises (CAA Douai, 5 juin 2012, n° 11DA00464, *Cabinet MPC Avocats*), la portée de certaines irrégularités est plus difficilement mesurable. Pour illustrer la difficulté relative à la portée des irrégularités, nous pouvons nous référer à l'exemple suivant issu d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon (4 avr. 2013, n° 12LY01253, *Société Intracom*, Contrats Marchés publ. 2013, comm. 179). Un avis d'appel public à la concurrence d'un marché précisait qu'à l'issue du délai de consultation, et après analyse des offres, trois candidats seraient sélectionnés pour être auditionnés par la collectivité. En l'occurrence, celle-ci n'a pas procédé aux auditions des candidats. Elle a donc commis une irrégularité en attribuant le contrat au candidat dont l'offre a été classée première après la première phase d'analyse des offres. Le candidat classé second a donc subi un préjudice dont il est difficile de connaître la portée étant donné que même si celui-ci avait été auditionné il n'était pas certain que son offre, à l'issue de la phase d'audition, aurait été classée première. Aussi, pour savoir si cette irrégularité a privé le candidat évincé d'une chance sérieuse d'emporter le marché, le juge va se référer à un certain nombre d'indices. Ainsi, le fait que l'offre du candidat évincé avait été classée deuxième avant la phase d'audition et le fait que l'écart séparant les offres du candidat attributaire et du candidat évincé était très faible ont été considérés comme des indices permettant de penser que l'irrégularité commise dans le cas d'espèce avait empêché le candidat évincé d'améliorer sa notation. Partant, le juge a considéré que le candidat évincé a été privé d'une chance sérieuse d'emporter le marché litigieux.De même, si le fait d'avoir la qualité de candidat sortant ne peut à lui seul laisser présumer que le candidat évincé disposait d'une chance sérieuse d'emporter le contrat (CAA Bordeaux, 15 mars 2012, n° 10BX02136, *EURL FTM*, Contrats Marchés publ. 2012, comm. 168), cette qualité constitue néanmoins un indice permettant de laisser penser le contraire (TA Nîmes, 9 févr. 2012, nos 1001647-11011231, *Société Sater*, Contrats Marchés publ. 2012, comm. 232).De même, également, si le fait d'avoir la qualité d'unique concurrent au candidat retenu ne saurait, indépendamment de toute autre considération, déterminer la chance sérieuse d'obtenir le contrat litigieux (CAA Marseille, 27 févr. 2012, *Cabinet MPC Avocats*, préc.), il constitue un indice important dans l'appréciation de la chance sérieuse (CAA Nantes, 24 déc. 2004, n° 02NT01580, *Collinet* ; CE 8 févr. 2010, *Commune de La Rochelle*, préc.).Plus surprenant, enfin, le juge peut aussi apprécier la chance sérieuse dont disposait un candidat évincé d'après, notamment, l'expérience professionnelle de ce dernier dans le secteur concerné (TA Saint-Martin, 20 déc. 2013, n° 1000031, *SARL Gilberte multifonctions*).Le droit à indemnisation démontré, le candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat administratif doit ensuite établir le montant du préjudice subi.**II - L'appréciation du manque à gagner**Dans le cadre de son recours indemnitaire, le candidat disposant d'une chance sérieuse d'emporter le contrat doit, une fois le préjudice démontré, établir le montant de ce préjudice subi. Celui-ci doit être déterminé à partir du manque à gagner résultant de cette éviction irrégulière, lequel est fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le contrat s'il l'avait obtenu.Le calcul de l'indemnisation de la perte d'une chance sérieuse d'emporter le contrat étant déterminé à partir du bénéfice net qu'aurait procuré le contrat litigieux au candidat évincé, aucune indemnisation ne lui sera accordée si la procédure d'attribution du contrat est déclarée sans suite pour un motif d'intérêt général.**A. Une indemnisation calquée sur la perte de bénéfice net**Les modalités d'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat administratif ont été synthétisées par le Conseil d'Etat durant ces dix dernières années.Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a rappelé que le candidat à l'attribution d'un contrat administratif qui disposait d'une chance sérieuse d'emporter le contrat, si son offre n'avait pas été irrégulièrement rejetée, a droit à l'indemnisation de son manque à gagner. Ce dernier inclut les frais de présentation de l'offre, dans la mesure où le candidat a intégré ces frais dans ses charges. Ceux-ci peuvent cependant faire l'objet d'une indemnisation spécifique si cela a été prévu dans le contrat litigieux (CE 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, préc.).Dans un second temps, le juge du Palais-Royal a précisé que la réalisation par un candidat, après qu'il a été irrégulièrement évincé de l'attribution d'un contrat, d'un chiffre d'affaires sur d'autres contrats était sans incidence sur l'évaluation du manque à gagner résultant de cette éviction irrégulière (CE 27 janv. 2006, *Commune d'Amiens*, préc.). En d'autres termes, l'évolution du chiffre d'affaires du candidat évincé, postérieurement à l'attribution irrégulière du contrat, est sans conséquence sur l'évaluation de son manque à gagner. Les modalités d'indemnisation établies dans le cadre de la décision *Deberles* (CE, ass., 7 avr. 1933, n° 04711, *Deberlesc/Commune d'Haillicourt*, Lebon 439Document InterRevues ; RD publ. 1933. 624), propres au droit de la fonction publique, n'ont en ce sens pas été retenues. Il aurait été en effet difficile pour le juge et les parties de savoir si les nouveaux contrats obtenus par le candidat irrégulièrement évincé compensent le contrat non obtenu.Dans un troisième temps, le Conseil d'Etat a clarifié la notion de manque à gagner en énonçant que celui-ci doit être déterminé non en fonction du taux de marge brute constaté dans l'activité du requérant mais en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le contrat litigieux (CE 8 févr. 2010, *Commune de La Rochelle*, préc.).La notion de bénéfice net s'entend de la différence entre les produits et les charges d'exploitation engagés sur la même période par le candidat disposant d'une chance sérieuse d'emporter le contrat (CAA Nancy, 10 juin 2013, n° 11NC01257, *Société Aquatrium*). A ce titre, il y a lieu de déduire l'ensemble des charges que le candidat évincé aurait dû supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. Cela inclut donc non seulement la part de la masse salariale qui aurait été consacrée à la réalisation du contrat (CAA Lyon, 5 janv. 2012, n° 10LY02566, *Cabinet Seve*, Contrats Marchés publ. 2012, comm. 103) mais aussi la marge d'erreur et d'alea ainsi que les investissements qui auraient dû être nécessaires pour l'exécution de la mission (CAA Nancy, 10 juin 2013, *Société Aquatrium*, préc.).Quant aux déductions à opérer au titre des frais généraux, lesquelles comprennent, par exemple, les frais de structure et les frais d'assurance de responsabilité civile générale (CAA Nancy, 10 juin 2013, *Société Aquatrium*, préc.), il semblerait qu'elles ne concernent que les frais généraux susceptibles d'être affectés à l'exécution du contrat (CAA Bordeaux, 5 juill. 2012, n° 11BX00828, *Cabinet d'assurances AXA Laroche*, AJDA 2012. 2056http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif, chron. G. de La Taillehttp://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif ; AJCT 2013. 48, obs. J.-F. FinonDocument InterRevues). Le remboursement des frais généraux du candidat évincé qui seraient affectés au contrat litigieux n'est de surcroît pas pris en compte dans le calcul du manque à gagner (CAA Paris, 1er oct. 2013, n° 12PA03392, *SA Oury*).L'établissement du taux de marge nette du candidat évincé n'étant pas aisé à démontrer, le juge admet que le requérant puisse l'établir d'après une attestation de son expert-comptable (CAA Lyon, 4 avr. 2013, *Société Intracom*, préc.) ou de son commissaire aux comptes (CAA Nancy, 28 nov. 2013, n° 13NC00967, *OPH Metz Habitat Territoire*). L'attestation produite n'est toutefois retenue que si celle-ci n'est pas contestée par les parties (CAA Nancy, 7 févr. 2013, n° 11NC01001, *Société Soprema entreprise SAS*). Pour cela, il est important que l'attestation soit accompagnée de l'ensemble des pièces justificatives tirées de la comptabilité du candidat évincé permettant de justifier le taux de marge retenu (CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY02298, *Société Fonderies des cloches Paccard*).Lorsque le candidat évincé n'apporte pas suffisamment d'éléments probants permettant d'établir la marge nette qu'il aurait pu dégager si le contrat litigieux lui avait été attribué, le juge dispose de trois solutions.Tout d'abord, il peut se servir du taux moyen de bénéfice net du candidat évincé durant ses trois précédents exercices pour l'appliquer au chiffre d'affaires prévisionnel du contrat objet du litige (CAA Nantes, 7 déc. 2012, n° 11NT02533, *CCI de Caen*).Il peut, ensuite, se référer au taux de marge pratiqué par les autres entreprises intervenant dans le même secteur concurrentiel pour l'appliquer au chiffre d'affaires que le contrat litigieux aurait procuré au candidat évincé (CAA Paris, 1er oct. 2013, *SA Oury*, préc.).Enfin, le juge peut purement et simplement rejeter les conclusions indemnitaires du candidat évincé si ce dernier ne lui indique pas le montant du bénéfice net que lui aurait procuré le contrat litigieux (CAA Paris, 4 nov. 2013, n° 11PA01390, *Société Promosac*).En ce qui concerne les marchés à bons de commande, le principe est que l'engagement de l'autorité adjudicatrice sur un montant minimum crée un droit à indemnisation au profit du titulaire du marché si ce montant n'est pas atteint. L'indemnisation équivaut en ce cas à la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dégagée l'exécution du montant minimal des commandes prévu au marché (CE 18 janv. 1991, n° 80827, *Ville d'Antibesc/SARL Dani*, LebonDocument InterRevues ; RDI 1991. 207, obs. F. Llorens et P. TerneyreDocument InterRevues). Par un raisonnement analogique, nous pouvons donc penser que le candidat irrégulièrement évincé de l'attribution d'un marché à bons de commande a droit à une indemnisation ne couvrant que la marge bénéficiaire qu'il aurait pu dégager de l'exécution du montant minimal prévu au marché.Ce principe semble toutefois s'effacer dans deux situations. D'une part, si le marché est arrivé à terme, le juge peut alors se référer aux commandes réellement émises par la collectivité pour déterminer le manque à gagner du candidat irrégulièrement évincé (CAA Douai, 5 juin 2012, *Cabinet MPC Avocats*, préc. ; CAA Lyon, 4 avr. 2013, *Société Intracom*, préc.). D'autre part, lorsque le marché ne prévoit pas de montant minimum, le juge a la possibilité de se référer aux commandes émises par la collectivité antérieurement à la conclusion du nouveau marché, notamment si l'ancien titulaire est le candidat requérant (TA Nîmes, 9 févr. 2012, *Société Sater*, préc.).S'agissant des marchés comportant des tranches conditionnelles, le manque à gagner ne couvre que le bénéfice net que le candidat aurait pu dégager s'il avait obtenu les tranches fermes du marché. Le juge n'indemnise le manque à gagner résultant des tranches conditionnelles du marché que si le caractère certain du préjudice est établi, c'est-à-dire lorsqu'il est démontré que le candidat attributaire a également exécuté les tranches conditionnelles (CAA Douai, 31 déc. 2013, n° 11DA00860, *Société Gallis*).L'indemnisation du candidat non dépourvu de toute chance de se voir attribuer le contrat ne posant pas véritablement de difficulté, notre étude ne s'attardera pas sur cette problématique.**B. Le cas de la déclaration sans suite de la procédure pour un motif d'intérêt général**Le principe qui se dégage de l'étude des décisions évoquées est que le candidat évincé qui disposait d'une chance sérieuse d'emporter le contrat litigieux a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner en résultant, même si, *in fine,* la collectivité publique décide de ne pas donner suite à la procédure d'attribution (CAA Versailles, 18 déc. 2012, n° 11VE00872, *Commune de Linas*).Il existe cependant une exception à ce principe : c'est lorsque la procédure d'attribution du contrat est déclarée sans suite pour un motif d'intérêt général.Dans pareille hypothèse, en effet, le droit à indemnisation disparaît (CAA Versailles, 5 janv. 2012, n° 08VE02889, *Cabinet MPC Avocats*, Contrats Marchés publ. 2012, comm. 80). Aussi, même si le motif d'intérêt général est lié à l'irrégularité commise dans la procédure d'attribution, la responsabilité de la collectivité publique ne pourra pas être engagée (CE 19 déc. 2012, *Simon*, préc.). Cela s'explique par le fait que même si le candidat évincé avait été déclaré attributaire du contrat, il n'aurait de toute façon pas pu exécuter le contrat et n'aurait donc pas pu dégager un bénéfice.Cette exception s'efface au demeurant lorsque la procédure d'attribution a pu faire naître une relation contractuelle. Dans ce cas, même si le contrat conclu entre la collectivité et le candidat attributaire est résilié pour un motif d'intérêt général, le candidat irrégulièrement évincé peut prétendre à se faire indemniser du préjudice subi (CAA Paris, 18 juin 2013, n° 10PA01906, *Cabinet MPC Avocats*). Une telle solution se comprend dans la mesure où l'attributaire du contrat a droit à la réparation intégrale du préjudice résultant pour lui de la résiliation anticipée du contrat (CE 16 févr. 1996, n° 82880, *Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers*, RDI 1996. 208, obs. F. Llorens et P. TerneyreDocument InterRevues). Partant, si le candidat attributaire du contrat a droit à une indemnisation, il doit également en aller de même du candidat évincé qui aurait pu être l'attributaire du contrat si aucune irrégularité n'avait été commise dans la procédure d'attribution. |
| **Mots clés :****MARCHE PUBLIC** \* Formation \* Candidat évincé \* Perte de chance \* Manque à gagner |
| [(1)](http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&dochype=AJDA/CHRON/2014/0092) Ainsi en est-il notamment des marchés publics (art. 52 et 53 C. marchés), des contrats de délégation de service public (art. 38 de la loi n° 93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques) ou des contrats de partenariat public-privé (art. L. 1414-6 CGCT).[(2)](http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&dochype=AJDA/CHRON/2014/0092) Les critères relatifs à l'indemnisation des candidats évincés de l'attribution d'un contrat administratif ont initialement été mis en place dans le domaine du droit des marchés publics (CE 3 juill. 1968, n° 69497, *Lavigne*, LebonDocument InterRevues ; CE 21 sept. 1992, n° 111555, *Commune de Bagnols-sur-Cèzec/SARL Alpha Ambulances*, LebonDocument InterRevues et, surtout, CE 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, préc). C'est en 2012 que le Conseil d'Etat a pour la première fois appliqué sa jurisprudence sur les marchés publics aux contrats de délégation de service public (CE 19 déc. 2012, n° 355139, *Simon*, JCP Adm. 2013, n° 2100, concl. B. Dacosta, qui souligne que « cette extension » lui paraît « logique »).[(3)](http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&dochype=AJDA/CHRON/2014/0092) A la différence des marchés publics où la collectivité est tenue d'attribuer le marché au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 53 C. marchés), en matière de délégation de service public , « l'autorité responsable de la personne publique délégante choisit librement, au vu des offres présentées, ceux des candidats admis à présenter une offre avec qui elle entend mener des négociations » (CE 23 mai 2008, n° 306153, *Musée Rodinc/Société Horeto Sorest'Art*, LebonDocument InterRevues ; AJDA 2008, n° 1768http://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-jurisprudence.gif, note P. Sablièrehttp://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/sharp_TRANSVERSE/images/picto-doctrine.gif ; JCP Adm. 2008, n° 2184). |