

Recours des candidats évincés contre les contrats publics : les conséquences pratiques pour l'administration contractante.

Selon une jurisprudence ancienne et constante, seules les parties à un contrat administratif peuvent, si elles estiment ce contrat invalide, en demander l'annulation en justice.

Par son arrêt du 16 juillet 2007 « Société Tropic Travaux Signalisation », le Conseil d'Etat, statuant en Assemblée, a modifié profondément cet état de droit en accordant un droit de recours à certains tiers contre les contrats publics.

Les concurrents évincés d'une mise en concurrence précontractuelle peuvent désormais contester la validité d'un contrat, et accompagner cette action d'une demande tendant à suspendre l'exécution du contrat.

L'admission d'un tel recours entraîne des conséquences pratiques pour la collectivité contractante.

Les contrats concernés par ce nouveau recours

Seuls les contrats dont la procédure de passation a été engagée après le 16 juillet 2007 (date de lecture de la décision) sont exposés au nouveau recours.

Tous les contrats administratifs sont concernés, dès lors qu'ils sont soumis à une obligation de mise en concurrence. Il s'agit principalement des marchés publics et des délégations de service public, ainsi que des contrats que l'administration soumet volontairement à une mise en concurrence. C'est pourquoi, dès que l'administration mettra en concurrence plusieurs entreprises, celles-ci deviendront de fait des candidats qui, à défaut d'obtenir le contrat, acquièrent le statut de candidats évincés en droit d'introduire un recours.

Concernant le domaine des marchés publics, plusieurs conséquences sont à noter :

- tous les marchés publics sont concernés, qu'ils soient passés par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice.
- les marchés publics de travaux tombent sous le coup de cette nouvelle jurisprudence, et ce alors que l'article 421-1 du code de justice administrative dispense les recours en matière de travaux publics de l'obligation d'être introduits dans un délai de deux mois.
- Les marchés dits « successifs », tels que les marchés particuliers de l'article 35, ou les accords-cadres, sont également concernés par cette jurisprudence. Par contre, les bons de commande, qui ne sont que des mesures d'exécution du marché, y échappent. C'est également le cas des avenants, sauf si ceux-ci bouleversent l'économie générale du marché ou en changeant l'objet : la jurisprudence considère en effet qu'un nouveau contrat a été conclu, celui-ci doit donc être soumis à la nouvelle règle.
- mais surtout, il est à noter que ce recours est également ouvert contre les marchés passés en procédure adaptée. **Les collectivités devront donc prévoir, dans le cadre de la procédure qu'ils choisiront de mettre en œuvre, un dispositif d'information des entreprises candidates, afin de leur faire connaître.**

Les modalités du recours

Les tiers admis à présenter un tel recours

Selon le conseil d'Etat, « tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction... ».

Les autres tiers, et notamment les élus et contribuables, ne peuvent donc, puisqu'ils n'ont pas la qualité de concurrent, former un tel recours.

Sont évidemment considérés comme ayant la qualité de concurrent évincé les entreprises qui ont déposé un dossier de candidature (et à fortiori celles ayant déposé une offre) et n'ayant pas été retenu.

Par contre une incertitude demeure concernant les entreprises n'ayant pu se porter candidates parce que l'administration n'a pas effectué une publicité suffisante, ou parce qu'elle a utilisé une procédure de dispense de mise en concurrence, telle que la procédure négociée.

La jurisprudence devra donc préciser la portée de cette notion de « concurrent évincé ». Mais si elle décide de retenir une large définition, c'est-à-dire qui dépasse le cadre des entreprises ayant soumissionné, **la collectivité devra prévoir des mesures permettant une large information, et pas uniquement une lettre aux candidats dont la candidature/offre est rejetée (le procédé de la lettre restera toutefois admissible si l'administration démontre qu'elle a effectué une publicité impeccable en amont).**

Les moyens pouvant être évoqués à l'appui de cette action

L'arrêt mentionne « les vices entachant la validité du contrat ». Cette formule générique englobe :

- les irrégularités affectant la procédure de passation et les actes détachables
- les vices propres du contrat (clauses irrégulières telles que les clauses restrictives de concurrence, vices du consentement...)

Les modalités de la publicité à la charge de l'administration

Les délais pour effectuer la publicité

Si le juge admet l'exercice d'un tel recours « dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées », il n'est pas imposé de délai à l'administration pour effectuer sa publicité.

Celle-ci est donc libre de l'effectuer plusieurs jours ou plusieurs mois après, voire même ne jamais l'effectuer. Néanmoins dans ce cas elle ne fait pas courir le délai de deux mois offert aux candidats évincés. C'est pourquoi si l'administration souhaite sécuriser son contrat, elle s'efforcera de rendre publique « la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation » rapidement.

Les mesures de publicité à réaliser

L'administration doit notifier, dans les délais de recours, aux candidats évincés la conclusion du contrat, et les modalités de consultation de son contenu. Ceci afin de leur donner la possibilité d'exercer leurs droits.

Le Conseil d'Etat impose d'effectuer des « mesures de publicité appropriées », et suggère la publication d' « un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ».

A partir de là, plusieurs possibilités sont envisageables par l'administration :

- effectuer une insertion dans la presse, notamment dans le support qui a été utilisé pour faire la publicité de la consultation

- fusionner cette publicité avec l'avis d'attribution, lorsque celui-ci est imposé (pour les marchés supérieurs à 210 000 € H.T.)
- effectuer une publicité plus sommaire, pour les marchés de faible montant, tel que la majorité des MAPA
- remplacer la publication (le juge ne l'imposant pas) par un courrier, ou un email envoyé à l'ensemble des candidats évincés

Une sécurité juridique renforcée après l'expiration du délai de recours

L'arrêt prévoit en effet que « à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ».

Cela signifie que **si l'administration met en place une publicité appropriée à sa consultation, et si un recours n'a été formé dans le délai de deux mois, sa procédure sera définitivement hors d'atteinte des recours des candidats évincés.**

Par conséquent, cela entraînera un nombre important d'actions car les candidats ne voudront pas perdre la possibilité d'agir contre les actes détachables, telles que les délibérations de la commission d'appel d'offres ou de l'assemblée délibérante.