

Les droits des entreprises.

- **Les points essentiels à retenir :**

- **Tous les candidats sont informés du rejet de leur candidature. S'ils souhaitent connaître de façon plus détaillée les motifs de ce rejet, ils doivent en faire la demande écrite auprès de l'acheteur public.**
- **Un délai de 16 jours doit s'écouler entre la notification de rejet aux entreprises non retenues et la signature du marché avec le candidat retenu. (délai pouvant être réduit à 11 jours en cas de transmission électronique).**

Cela permet, si un candidat s'estime lésé, d'introduire un référé précontractuel devant le juge administratif avant la signature du marché.

- **ATTENTION, tout recours d'une entreprise devant un juge doit être fondé sur des motifs sérieux, sous peine d'amende pour recours abusif.**
- **Deux recours sont plus particulièrement pertinents dans le domaine spécifique des marchés publics :**
- *Le référé précontractuel est utilisé lorsque des « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence » ont été constatés lors de la passation du marché. Il ne peut être intenté qu'avant la signature du marché par la personne publique.*
- *Le référé suspension sert à suspendre un acte détachable du contrat lorsqu'un doute sérieux concernant sa légalité est constaté et que cette suspension revêt un caractère d'urgence. Cette suspension est temporaire jusqu'à ce que le juge du fond se soit prononcé définitivement sur le litige.*
- **Le candidat s'estimant lésé par le rejet de sa candidature peut saisir le juge de l'excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat. Depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007, il peut attaquer directement le contrat et en demander l'annulation dans un délai de deux mois suivant la publicité de sa conclusion.**

• Questions autour du thème :

Comment se déroule la notification de rejet ?

- Tout candidat à un marché public formalisé dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue est informé des motifs de son rejet, et du nom de l'attributaire et des motifs qui ont conduit au choix de son offre.
- Certains renseignements ne peuvent toutefois pas être divulgués (la liste limitative des cas est prévue à l'article 80-III du code des marchés publics ; par exemple : information pouvant nuire à la concurrence loyale entre les entreprises soumissionnaires).
- Lorsqu'un candidat n'a pas été destinataire du courrier l'informant des motifs de son rejet, il peut en faire la demande écrite à la personne publique, qui dispose alors d'un délai de 15 jours pour lui communiquer les informations (art. 83 CMP).
- Dans le cas où sa candidature n'a pas été écartée pour l'une des raisons évoquées à l'article 53-III (offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable), la personne publique doit l'informer des caractéristiques et des avantages de l'offre retenue ainsi que du nom de l'entreprise choisie.
- Un délai minimum de seize jours doit s'écouler entre la notification faite aux différents candidats du rejet de leurs candidatures et la signature du marché avec le candidat retenu (art. 80 CMP). Ce délai peut être réduit à 11 jours en cas de transmission électronique des courriers de rejet.

En quoi consiste le référé pré-contractuel ?

- Une entreprise évincée de la consultation peut introduire un référé pré contractuel devant le tribunal administratif lorsqu'elle estime que la procédure de passation d'un marché public à laquelle elle a participé a fait l'objet de « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».
- Le juge a la faculté d'enjoindre la personne publique de différer la signature du marché jusqu'à ce qu'il ait eu le temps de statuer sur la demande.
Le référé doit être exercé très rapidement, car une fois le contrat signé, le référé pré-contractuel devient inopérant.
- si le juge constate l'existence de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence par la personne publique, il juge dispose alors de pouvoirs importants et variés lui permettant d'y mettre fin.

Quelle est l'utilité du référé suspension ?

- Ce référé permet à l'entreprise évincée de demander au juge de suspendre un acte détachable du marché (par exemple la délibération d'un jury portant classement des offres, la décision de signer le marché avec le futur titulaire...). Elle peut également demander au juge d'utiliser son pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration afin de rendre cette suspension plus effective.

- Cette procédure requiert que le demandeur fasse état d'un « moyen propre à créer en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». L'urgence doit être constatée et le requérant doit parallèlement saisir le juge du fond pour demander l'annulation ou la réformation de la décision en cause. La suspension de l'acte que peut accorder le juge du référé ne préjuge en rien de la décision que prendra le juge du fond.
- L'intérêt de ce référé réside dans le fait que tout moyen permettant de créer un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée peut être soulevé : cela ne concerne pas seulement les atteintes à la publicité et à la mise en concurrence comme dans le cadre du référé précontractuel.

L'entreprise peut-elle introduire ces deux référés parallèlement ?

- Non, le requérant doit faire un choix entre ces deux procédures (Conseil d'Etat : 29/07/02, Ville de Nice).

Quels sont les recours que l'entreprise peut tenter postérieurement à la signature du marché ?

- Jusqu'au 16 juillet 2007, un tiers évincé n'avait pas la possibilité d'attaquer directement le contrat. Cette faculté n'était ouverte qu'aux parties. Les tiers y ayant intérêt ne pouvaient saisir le juge de l'excès de pouvoir que des actes détachables du contrat. Or l'annulation d'un tel acte n'entraîne pas automatiquement l'annulation du contrat : cela dépend de l'importance du vice constaté. En outre, le juge saisi par le tiers ne peut pas annuler directement le contrat : il peut seulement enjoindre l'un des cocontractants de saisir le juge du contrat pour en demander l'annulation.

- L'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation* rendu le 16 juillet 2007 par le Conseil d'Etat constitue un changement important de jurisprudence et une avancée pour les tiers lésés et évincés d'un contrat administratif.

En effet, pour les marchés passés à compter du 16 juillet 2007, un tiers dont la candidature n'a pas été retenue peut tenter un recours direct contre le contrat pour en demander la nullité dans un délai de deux mois suivant la publicité de sa conclusion. Par contre, ce candidat évincé ne peut plus alors attaquer les actes détachables antérieurs à la signature du marché. Afin de ne pas créer trop d'insécurité juridique, le juge reste toutefois libre d'apprécier quelle est la solution la plus raisonnable à apporter eu égard aux différents intérêts en présence. En effet, par le biais d'un bilan coûts/avantages, il lui revient de décider quelle solution apporter en fonction de la gravité des vices entachant le contrat. Il peut statuer en faveur d'une annulation (effet rétroactif), d'une résiliation (effet pour l'avenir), d'une régularisation ou d'une simple indemnisation du tiers lésé. Tout manquement n'est pas forcément sanctionné : l'entreprise dont la candidature n'a pas été retenue ne doit tenter un recours que pour un motif sérieux.

• Pour aller plus loin (liens utiles)

- http://www.conseil-etat.fr/ce/japrat/index_jp.shtml
- www.legifrance.gouv.fr
- www.pme.gouv.fr