

MARCHÉ TACITEMENT RECONDUCTIBLE : QUELS DROITS À INDEMNISATION ?

Posté le 29 janvier 2020 par Sébastien Palmier



Catégorie : [Marchés publics](#)

CE 2 décembre 2019, Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine, req.n°423936

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat apporte d'utiles précisions sur l'étendue du droit à indemnisation d'un candidat évincé lorsque le marché est tacitement reconductible. Cette affaire est l'occasion de rappeler les règles d'indemnisation pour les marchés à durée ferme et pour les marchés à tacite reconduction.

Enseignement n°1 : Du rappel des règles d'indemnisation pour les marchés à durée ferme

Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat.

En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité.

Si le juge considère que le candidat n'était pas dépourvu de toute chance, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre.

Si le juge considère que le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

concurrent alors 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 (CE 14 octobre 2019, Sté les Téléskis de la Croix Fry, n°418317, CE 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe et autres, n°249630).

Hypothèses	Droit à indemnisation	Montant de l'indemnisation
Aucune chance de remporter le contrat	Non	0 €
Non dépourvu de chance de remporter le contrat sans toutefois prouver la chance sérieuse d'être déclaré attributaire	Oui	Uniquement les frais de présentation de la candidature et de l'offre
Chances sérieuses	Oui	Manque à gagner : bénéfice net sur la durée certaine du contrat incluant les frais de présentation de la candidature et de l'offre

Cela étant, certaines situations pourrait venir diminuer le montant de l'indemnisation due voir l'exclure totalement. Ainsi par exemple, comme il le fait en matière de résiliation irrégulière ou d'annulation d'un contrat, le juge pourrait tenir compte, pour l'indemnisation du manque du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié ou annulé (V. en ce sens CE 6 octobre 2017, Société Cegelec Perpignan, n° 395268, CE 10 février 2017, Société Bancel, n°393720).

Enseignement n°2 : Du rappel des règles d'indemnisation pour les marchés à tacite reconduction.

Lorsque le marché est tacitement reconductible, le Conseil d'Etat considère que l'indemnisation est limitée à la durée d'exécution certaine. En d'autres termes, dans le cas où le marché est susceptible de faire l'objet d'une ou de plusieurs reconductions si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en tant qu'il porte sur la période d'exécution initiale du contrat, autrement dit, la durée ferme et non sur les périodes de ultérieures qui ne peuvent résulter que d'éventuelles reconductions.

En revanche, il paraît utile de rappeler que le recours indemnitaire fait partie des recours de plein contentieux ou le juge doit apprécier une situation à la date à laquelle il statue. Si à cette date, le requérant apporte la preuve que le marché dont il a été irrégulièrement évincé a bien été reconduit alors le manque à gagner doit être calculé non seulement sur la période d'exécution initiale du contrat, autrement dit, la durée ferme mais également sur les périodes reconduites. Le requérant pourra d'ailleurs réclamer les factures réglées par l'acheteur public pendant les périodes de reconduction pour démontrer son préjudice certain sur la période considérée.

[CE 2 décembre 2019, Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine, req.n°423936](#)

Considérant ce qui suit :



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au bulletin officiel des marchés publics le 4 juin 2015, le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet la fourniture de tous éléments bruts ou cuisinés et produits consommables et l'exécution d'une mission d'assistance technique aux opérations de restauration, pour un nombre de repas annuel prévisionnel de 390 000 et pour une durée de douze mois renouvelable deux fois à compter du 1er septembre 2015. Quatre sociétés, dont la société Sogeres et la société Valeurs Culinaires, ont présenté des offres. Par un courrier électronique du 31 juillet 2015, la société Valeurs Culinaires a été informée qu'elle avait été classée en deuxième position et que le marché avait été attribué à la société Sogeres. La société Valeurs Culinaires a saisi le tribunal administratif d'Orléans de conclusions tendant à l'annulation du marché conclu le 11 août 2015 entre le groupement sanitaire et la société Sogeres et à la condamnation du groupement sanitaire à lui verser la somme de 209 292,60 euros correspondant à son manque à gagner sur trois ans. Par un jugement du 16 février 2017, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté sa demande. La cour administrative d'appel de Nantes, par un arrêt du 6 juillet 2018, a annulé ce jugement et condamné le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine à verser à la société Valeurs Culinaires une somme de 200 000 euros. Par une décision du 29 mars 2019, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, n'a admis les conclusions du pourvoi du groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine dirigé contre cet arrêt qu'en tant seulement qu'il a prononcé sa condamnation à indemniser le manque à gagner de la société Valeurs Culinaires pour une durée supérieure à douze mois.
2. Aux termes de l'article 16 du code des marchés publics applicable en l'espèce, repris depuis à l'article R. 2112-4 du code de la commande publique : " Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer ".

3. *Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le 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. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.*

4. *Lorsqu'il est saisi par une entreprise qui a droit à l'indemnisation de son manque à gagner du fait de son éviction irrégulière à l'attribution d'un marché, il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain. Dans le cas où le marché est susceptible de faire l'objet d'une ou de plusieurs reconductions si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en tant qu'il porte sur la période d'exécution initiale du contrat, et non sur les périodes ultérieures qui ne peuvent résulter que d'éventuelles reconductions.*

5. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, statuant sur les conclusions indemnitaires présentées par la société Valeurs Culinaires en raison de son éviction, par le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine, de l'attribution d'un marché public ayant pour objet des prestations de restauration, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé que cette société, irrégulièrement évincée alors qu'elle avait des chances sérieuses de l'emporter, pouvait prétendre à être indemnisée de son manque à gagner. Alors qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le marché faisant l'objet de la



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

procédure de passation litigieuse était conclu pour une période d'exécution initiale de douze mois, renouvelable deux fois, la cour a retenu que l'indemnisation du manque à gagner de la société Valeurs Culinaires devait être calculée sur une période totale de trois ans correspondant à la période d'exécution initiale ainsi qu'aux deux années supplémentaires susceptibles de faire l'objet de reconductions. Il résulte de ce qui a été dit précédemment qu'en statuant ainsi, alors que le manque à gagner susceptible de donner lieu à l'indemnisation de la société Valeurs Culinaires ne pouvait revêtir de caractère certain que pour la période initiale de douze mois, la cour a commis une erreur de droit.

6. Il résulte de ce qui précède que l'arrêt attaqué doit être annulé en tant qu'il a prononcé la condamnation du groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine à indemniser le manque à gagner de la société Valeurs Culinaires pour une durée supérieure à douze mois, soit, compte tenu des motifs de l'arrêt devenus irrévocables, pour un montant supérieur à 66 666,66 euros.
7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler, dans cette mesure, l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.
8. Ainsi qu'il a été dit au point 5, le manque à gagner susceptible de donner lieu à l'indemnisation de la société Valeurs Culinaires ne revêt un caractère certain que pour la période initiale de douze mois du marché litigieux. Les conclusions de la société tendant à l'indemnisation du manque à gagner au-delà de cette période ne peuvent, par suite, qu'être rejetées.
9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Valeurs Culinaires la somme de 3 000 euros à verser au groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : L'article 2 de l'arrêt du 6 juillet 2018 de la cour administrative d'appel de Nantes est annulé en tant qu'il fait droit aux conclusions de la requête d'appel de la société Valeurs Culinaires tendant à l'indemnisation de son manque à gagner pour une durée supérieure à douze mois.

Article 2 : Les conclusions de la requête d'appel de la société Valeurs Culinaires tendant à l'indemnisation de son manque à gagner pour une durée supérieure à douze mois sont rejetées. Le montant de la condamnation du groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine est ramené à la somme de 66 666,66 euros

Article 3 : La société Valeurs Culinaires versera au groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

