

6.5. Marchés publics : les voies de recours du soumissionnaire évincé

Dans le cadre d'un marché public, les recours offerts au soumissionnaire évincé sont multiples et aux effets divers. Une maîtrise de la matière s'avère nécessaire pour effectuer le bon choix procédural en fonction de l'objectif recherché.

LE RECOURS EN SUSPENSION

Un marché public n'est rien d'autre qu'un contrat : il se forme par la rencontre de l'offre et de son acceptation, cette rencontre se faisant formellement par la notification de la décision d'attribution par le pouvoir adjudicateur au soumissionnaire à qui le marché est attribué, l'adjudicataire.

Le seul recours qui permet d'empêcher cette notification (et donc la conclusion du contrat) est le recours en suspension introduit dans le délai de standstill durant lequel la loi fait interdiction au pouvoir adjudicateur de notifier la décision d'attribution à l'adjudicataire. Ainsi, à défaut de délai de standstill, un recours en suspension n'empêchera pas la conclusion du contrat.

Le délai de standstill est de 15 jours. Il est de droit dans les marchés publics dont la valeur atteint le montant prévu pour qu'ils fassent l'objet d'une publication européenne. Dans les marchés dont le montant est inférieur à ce seuil de publicité européenne, un tel délai de standstill est de droit pour les marchés de travaux soumis à publicité belge dont le montant excède la moitié du montant fixé pour la publicité européenne. Dans les autres hypothèses (marché de travaux dont le montant est inférieur à la moitié du seuil de publicité européenne, tout marché de service ou tout marché de fourniture), le délai de standstill n'existe que si le pouvoir adjudicateur décide de s'y soumettre volontairement (dans le cahier spécial des charges ou dans le courrier de notification au soumissionnaire évincé).

Si le recours est introduit dans ce délai de 15 jours, l'interdiction faite au pouvoir adjudicateur de notifier la décision d'attribution à l'adjudicataire (et donc de conclure le contrat), perdure jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur ce recours en suspension.

Ce recours doit être introduit devant le Conseil d'Etat si le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative, ou devant le juge judiciaire si ce n'est pas le cas. Le recours introduit devant la mauvaise juridiction est irrecevable. Il est donc important de définir la nature du pouvoir adjudicateur, ce qui peut être malaisé dans certaines hypothèses.

LE RECOURS EN ANNULATION

Le recours en suspension vise à paralyser la notification de la décision d'attribution, mais ne fait pas disparaître cette décision. Le seul recours qui permet d'anéantir définitivement la décision d'attribution est le recours en annulation.

Ce recours en annulation sera évidemment introduit si le soumissionnaire évincé a obtenu la suspension de la décision d'attribution afin d'empêcher définitivement la conclusion du contrat (et non plus sa simple paralysie temporaire).

Mais ce recours en annulation peut également être introduit dans toutes les autres hypothèses, soit que le soumissionnaire n'a pas obtenu la suspension de la décision d'attribution, soit qu'un tel recours en suspension n'a pas été introduit parce qu'il n'existait pas de délai de standstill ou parce que le soumissionnaire n'a pas introduit de recours en suspension dans ce délai.

Dans ces autres hypothèses, par définition, le contrat a été conclu et le recours en annulation ne pourra pas modifier cette situation. Ce recours demeure cependant intéressant dans le cadre d'une demande de dommages et intérêts qui serait formulée par le soumissionnaire évincé.

Tout comme le recours en suspension, le recours en annulation doit être introduit devant le Conseil d'Etat si le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative, ou devant le juge judiciaire si ce n'est pas le cas.

LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Il se peut que le soumissionnaire évincé souhaite obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il subit en raison de la décision illégale du pouvoir adjudicateur de ne pas lui attribuer le marché.

L'introduction d'un recours en suspension et/ou en annulation n'est pas un préalable obligatoire à l'introduction d'une demande de dommages et intérêts. Les deux recours peuvent être introduits indépendamment l'un de l'autre. Il en résulte que différents recours en dommages et intérêts existent.

Si l'instance de recours compétente est le Conseil d'Etat, le soumissionnaire évincé peut également lui demander l'allocation d'une indemnité réparatrice qui sanctionne l'illégalité qu'aura retenue le Conseil dans sa décision finale. Le soumissionnaire évincé doit prouver le lien de causalité entre cette illégalité et le préjudice qu'il subit.

Même en cas de recours devant le Conseil d'Etat, le soumissionnaire évincé a cependant le choix de soumettre sa demande de dommages et intérêts au juge judiciaire. Son choix entre le Conseil d'Etat et le juge judiciaire le lie définitivement, il ne peut pas introduire sa demande devant les deux juridictions.

Dans tous les autres cas (recours en suspension et/ou en annulation devant le juge judiciaire, ou absence totale d'un tel recours), la demande de dommages et intérêts est obligatoirement introduite devant le juge judiciaire.

Devant ce juge judiciaire, deux mécanismes existent, le premier de droit commun et le second spécifique à la réglementation en matière de marchés publics.

Le recours de droit commun est celui de la responsabilité extracontractuelle classique du pouvoir adjudicateur. Le soumissionnaire évincé doit donc prouver que ce pouvoir adjudicateur a commis une faute qui est en lien causal avec le préjudice qu'il subit.

C'est très précisément parce que la doctrine et la jurisprudence ne sont toujours pas fixées sur la question de savoir si toute illégalité constitue une faute, que le législateur a introduit un mécanisme d'indemnisation propre aux marchés publics dans lequel le soumissionnaire évincé doit prouver que ce pouvoir adjudicateur a commis une illégalité qui est en lien causal avec le préjudice qu'il subit.

Toute illégalité peut ainsi ouvrir le droit à indemnisation. Ce mécanisme sera donc privilégié au recours de droit commun, surtout si le soumissionnaire évincé a obtenu une décision en annulation qui conclut à l'illégalité de la décision d'attribution.

LA DÉCLARATION D'ABSENCE D'EFFETS - LA SUBSTITUTION

Pour mémoire, il faut encore souligner deux recours ouverts au soumissionnaire évincé que sont la déclaration d'absence d'effets et la sanction de substitution dans le premier, l'instance de recours (Conseil d'Etat ou juge judiciaire) déclare le marché dépourvu d'effets, tandis que le second, elle peut abréger la durée du marché ou imposer une pénalité financière à l'autorité adjudicatrice.

Ces deux recours sont cependant soumis à des conditions tellement strictes qu'ils sont très peu utilisés en pratique.

En conclusion, face à une décision qui rejette son offre, un soumissionnaire évincé dispose de plusieurs procédures pour voir reconnaître son droit à obtenir le marché ou obtenir des dommages et intérêts. Tous ces mécanismes sont liés à l'examen de la légalité de la décision d'attribution et requièrent donc l'expérience de juristes aguerris.

Séverine Hostier
Avocat
HENRY & MERSCH

AIHE REVUE Nr. 228 Avril-Mai 2020