

Commentaire

L'indemnisation des candidats lors de la remise d'une offre dans un marché public



mardi, 11 septembre 2012 11:23

J'aime

69 personnes aiment ça. Sign Up pour voir ce que vos amis aiment.



Yves Claisse, avocat au cabinet Claisse et associés, fait le point ce mois-ci sur les différentes possibilités d'indemnisation des candidats lors de la remise d'une offre. Il insiste particulièrement sur le versement de primes en cas de remise d'échantillons, de maquettes ou de prototypes.

En principe, la participation d'une entreprise à une procédure de passation d'un marché public n'est pas indemnisée. C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat, dans sa formation de jugement la plus solennelle, l'Assemblée du Contentieux, dans un arrêt « Ordre des Architectes » du 29 avril 1981 : « *L'appel à la concurrence préalablement à la passation de marchés d'études, et notamment le fait, pour les concurrents dont le projet n'est pas retenu par l'administration, de supporter des frais d'études sans compensation pécuniaire, ne peut être regardé comme portant illégalement atteinte au libre exercice de leur profession par les architectes* » (1). La solution est ancienne et n'a jamais été sérieusement remise en cause, l'idée qu'un échange économique avec une personne publique et, au-delà entre tous les opérateurs économiques, induise nécessairement des « *coûts de transaction* » (coûts de recherche, d'information, de négociation ou de décision) est une évidence dès lors qu'il n'existe pas, sauf dans la théorie économique, de concurrence « *pure et parfaite* ». Autrement dit « *les frais exposés par (une) société pour constituer son dossier d'appel d'offres, puis pour le compléter, sont au nombre des risques normaux qu'assume une entreprise soumettant une offre en vue de l'obtention d'un marché* » (2). Encore faut-il préciser, bien sûr (c'est un autre sujet), que ce principe de non indemnisation n'a jamais fait échec au droit de l'entreprise irrégulièrement évincée mais non dépourvue de toute chance de remporter un marché public, d'obtenir le remboursement des frais engagés pour la présentation de son offre, en ce compris le temps passé à la constitution de son dossier (3). Ceci étant dit, la réglementation actuelle apporte de nombreux tempéraments à ce principe, soit qu'elle impose, à certaines conditions et dans des limites strictement définies, une indemnisation des « *frais de candidature* », soit qu'elle ouvre au pouvoir adjudicateur la possibilité de le prévoir. Dans sa rédaction actuelle, issue des réformes de la fin de l'année 2011, le code des marchés publics prévoit le versement d'une prime dans quatre hypothèses.

1ère hypothèse : la procédure fait plus ou moins appel à une part d'études dans la préparation de l'offre

Obligatoire dans les concours et pour les marchés de conception-réalisation, l'allocation de primes aux participants à la procédure reste juridiquement une faculté en dialogue compétitif même si la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics indique (point 13.2) qu'il est : « toujours de l'intérêt des acheteurs de prévoir le versement de primes de dédommagement à hauteur de l'effort demandé. La prime permettra de susciter une réelle concurrence en incitant le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer au dialogue ».

- Procédure du concours (hors marchés de maîtrise d'œuvre - Cf infra : deuxième hypothèse -) : « *les participants au concours sont indemnisés selon des modalités prévues par le règlement du concours* » (article 38, alinéa 3 CMP) ; « *Après réception de l'avis et des procès-verbaux du jury, et après examen de l'enveloppe contenant le prix, le ou les lauréats du concours sont choisis par le pouvoir adjudicateur. Des primes sont allouées aux candidats conformément aux propositions du jury* » (article 70 VII CMP).
- Dialogue compétitif : « *Il peut être prévu dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence qu'une prime sera allouée à tous les participants au dialogue ou à ceux dont les propositions ont fait l'objet de la discussion ou encore à ceux dont les offres ont été les mieux classées. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée en application de l'alinéa précédent* » (article 67 X CMP).
- Marchés de conception-réalisation : d'une façon générale « *Le règlement de la consultation prévoit le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont le jury a estimé que les offres remises avant l'audition étaient incomplètes ou ne répondaient pas au règlement de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.* La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime

qu'il a reçue » (article 69 I dernier alinéa CMP) ; pour les opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments et pour les marchés de conception-réalisation dont le montant est inférieur aux seuils de procédures formalisées : article 69 IV ; pour les marchés associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance : article 73 II dernier alinéa).

2ème hypothèse : le marché porte sur des missions de maîtrise d'œuvre au sens de la loi MOP du 12 juillet 1985

Dans les marchés de maîtrise d'œuvre, et dès lors que les candidats présélectionnés sur dossier ont été invités à remettre une proposition (APS, etc), l'indemnisation est de droit dans des conditions différentes selon que le marché de maîtrise d'œuvre est passé au terme :

- d'un concours - c'est le principe, au moins pour la réalisation des bâtiments neufs - : « *Les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. L'avis d'appel public à la concurrence indique le montant de cette prime. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'avis d'appel public à la concurrence et précisées dans le règlement du concours affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La rémunération du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation au concours par le candidat attributaire* » (article 74 III alinéas 2 et 3 CMP) ;
- d'une procédure adaptée, lorsque cela est possible : l'article 74 II renvoie ici à la règle applicable au concours ;
- d'un dialogue compétitif, lorsque les conditions particulières du recours à cette procédure pour les marchés de maîtrise d'œuvre sont réunies : article 74 IV alinéa 2 (pour la règle de calcul de la prime) et alinéa 5 (faculté pour le jury du concours de diminuer ou supprimer la prime prévue s'il estime que les prestations remises sont incomplètes ou non conformes au règlement de la consultation.

L'obligation d'indemniser les candidats ayant remis des prestations est donc, dans ce domaine, d'application générale et s'applique même lorsque le maître d'ouvrage décide d'abandonner le projet en cours de consultation, après la désignation des lauréats du concours (4). Ce régime juridique doit inciter les maîtres d'ouvrage à : privilégier dans tous les cas une procédure restreinte ; au moins pour les projets les plus complexes, s'entourer de compétences extérieures pour définir et encadrer les prestations à remettre, à les analyser et à mener les négociations, comme le préconise d'ailleurs la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics en son point 14.1.

3ème hypothèse : le marché a pour objet des réalisations se rattachant à l'obligation de décoration des constructions publiques

L'article 13 du décret n°2002-677 du 29 avril 2002 modifié, auquel renvoie l'article 71 du CMP prévoit une rémunération pour les artistes ayant présenté une offre au maître d'ouvrage à l'origine d'une procédure de passation d'un marché public se rattachant à la satisfaction de l'obligation de décoration des constructions publiques (procédure dite du « 1% artistique ») : « *Les artistes ayant présenté au comité artistique un projet non retenu reçoivent une indemnité. Le total des indemnités ne peut dépasser 20 % du montant défini à l'article 2 (5). Le maître de l'ouvrage peut décider, sur proposition du comité artistique, de supprimer ou de réduire le montant de l'indemnité en cas d'insuffisance manifeste du projet présenté par un candidat.* »

4ème hypothèse le pouvoir adjudicateur exige que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes en rapport avec l'objet du marché

Dans ce cas, l'article 49 du code des marchés publics dispose que « *Quel que soit le montant du marché, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché (...). Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime* ». C'est cette dernière hypothèse qui retient aujourd'hui le plus l'attention car les pouvoirs adjudicateurs utilisent de plus en plus la faculté qui leur est ainsi ouverte quel que soit l'objet du marché (travaux, services ou fournitures), son montant ou la procédure suivie (formalisée ou non). Pour l'acheteur public, le « testing » présente un avantage certain : il permet de disposer d'un élément concret pour comparer les mérites respectifs des offres remises. Mais pour l'entreprise, qui n'a aucune garantie quant au succès de sa réponse, la charge financière est plus élevée que celle qu'elle supporte normalement dans son activité de prospection. Demander des échantillons peut dissuader les candidats potentiels de participer à une consultation, voire désavantager certaines entreprises, notamment les PME-PMI.

Dans la pratique, on observe que la question est de plus en plus sensible :

- les questions parlementaires se multiplient (6) ;

- les organisations professionnelles se mobilisent. Par exemple, « La charte des marchés publics de design à l'attention des commanditaires publics » réalisée par l'Alliance française des designers comporte en annexe un tableau de calcul du montant de l'indemnisation des candidats, l'objectif affiché de ce syndicat professionnel étant d'ajuster le nombre de compétiteurs au montant global alloué à l'indemnisation et non pas de réduire le montant de l'indemnisation pour accroître le nombre de compétiteurs (7) ;
- des contentieux sont initiés, notamment lorsque le pouvoir adjudicateur sollicite une prestation sans prévoir d'indemnisation. On peut citer l'arrêt de rejet rendu par la CAA de Versailles (8) à propos de la pratique de plus en plus courante de demandes de consultations gratuites dans le cadre de la passation de marchés de conseil, d'assistance juridique et/ou de représentation en justice. A notre connaissance, nécessairement non exhaustive, une seule collectivité territoriale, la Ville de Puteaux, a dans ce domaine, en 2010, mis en place un dispositif de paiement des diligences demandées aux candidats retenus au titre de la rédaction d'une consultation particulière dans le cadre de la procédure alors même que cette indemnisation n'était pas juridiquement obligatoire.

Si l'on synthétise les choses, trois questions sont aujourd'hui source de discussions, de tensions et parfois de contestations :

1° *Qu'est-ce qu'un « investissement significatif » rendant obligatoire le versement d'une prime aux candidats ayant déposé une offre conforme ?*

Il n'existe pas, à notre connaissance de jurisprudence mais une doctrine administrative formulée de façon identique, quelle que soit la source : « *L'investissement peut être considéré comme significatif dès lors que les charges provoquées par la présentation d'échantillons, de maquettes ou de prototypes sont sensiblement plus élevées que celles généralement supportées par les candidats aux marchés publics pour lesquels aucune précision du contenu de l'offre n'est demandée et que cette différence, si elle n'était pas le versement d'une prime, aurait pour effet de dissuader les candidats potentiels de participer à la consultation.* » (9).

2° *Des règles particulières à certaines professions obligent-elles le pouvoir adjudicateur à indemniser la fourniture de maquettes, d'échantillons, de consultations alors même qu'elles ne représenteraient pas un investissement significatif au sens de l'article 49 CMP ?*

On constate que de plus en plus de professions tentent de faire consacrer l'idée que le pouvoir adjudicateur devrait s'interroger sur l'impossibilité pure et simple de recourir à la faculté ouverte à l'article 49 CMP ou sur l'obligation de mettre en place un dispositif de primes alors même que l'investissement demandé aux candidats n'est pas significatif au sens de ce texte. Et ce, au nom de règles particulières les régissant : ainsi les avocats (au nom des exigences déontologiques et de la responsabilité professionnelle s'attachant à la fourniture d'opinions juridiques) ou les designers pour qui, par exemple, la fourniture dans l'offre d'études d'esquisse (visuels et note méthodologique) doit être indemnisée au regard de la législation sur la protection de la propriété intellectuelle. Pour l'instant, ces tentatives ont échoué, la jurisprudence la plus récente en matière de marché de prestations juridiques affirmant sans réserve que le pouvoir adjudicateur est en droit d'exiger que l'offre du candidat soit accompagnée, sans contrepartie financière, d'un avis juridique en rapport avec l'objet et l'importance du marché à condition que cette prestation ne représente pas un investissement significatif (10).

3° *Comment peut-on fixer le montant des primes ?*

Le pouvoir adjudicateur se référera utilement aux travaux diffusés par les professions les plus sensibilisées à cette question (V. par ex : supra la charte de l'Alliance française des designers), aux indications fournies par les conseils extérieurs chargés d'une mission d'assistance à maitre d'ouvrage. Il devra surtout tenir compte du montant du marché et de l'investissement supporté par les candidats dans l'élaboration de leur offre. Même si, comme le souligne la fiche technique de la DAJ du Ministère des finances (V. supra), « *le montant de la prime n'a pas à équivaloir à l'euro près, le coût exposé par le candidat mais représente une atténuation du risque financier qu'il a pris* », l'indemnisation doit être fixée à un niveau suffisant pour garantir le respect des principes de l'accès à la commande publique et de la libre concurrence.

Gageons qu'à l'heure de l'optimisation des coûts pour les entreprises et de la maîtrise des dépenses publiques, toutes ces questions vont prendre de l'importance et qu'on n'a pas fini de débattre de ce sujet. A suivre, donc ...

(1) [CE, Assemblée, 29 avril 1981, Ordre des Architectes, n°12851](#)

(2) [CE, 10 février 1982, Sté de Construction R. Magnier, n° 24491](#)

(3) V. pour une illustration récente concernant un marché de prestations de services juridiques : [CAA Marseille, 27 février 2012, Cabinet MPC avocats, 09MA01655](#) : allocation d'une indemnité « forfaitaire » de 600 €

(4) [CE, 23 novembre 1983, Commune de Mont-de-Marsan, n°30493](#)

(5) *article 2 : Le montant, toutes taxes comprises, des sommes affectées au respect de l'obligation mentionnée à l'article 1er est égal à 1 % du montant hors taxes du coût prévisionnel des travaux, tel qu'il est établi par le maître d'oeuvre à la remise de l'avant-projet définitif. Il ne peut excéder deux millions d'euros. Le coût prévisionnel qui sert de base à ce calcul ne comprend pas les dépenses de voirie et réseaux divers ni celles d'équipement mobilier*

(6)V. par ex les réponses ministérielle aux questions de J.J.Urvoas publiée au JO du 3 avril 2012, p. 2725, M.J. Zimmermann, publiée au JO le 22 mars 2011, p. 2807, ou X. Breton publiée au JO le 3 août 2010

(7) [La charte des marchés publics de design à l'attention des commanditaires publics](#)

(8)[CAA Versailles, 2 février 2012, Cabinet Bruno Kern Avocats SELAS, n° 09VE01405](#)

(9) la formule se trouve dans la réponse ministérielle à la question du député X. Breton publiée au JO le 3 août 2010 mais aussi dans la fiche technique rédigée par la DAJ du Ministère des finances relative à la « remise d'échantillons, de maquettes et de prototypes par les candidats à l'appui de leurs offres».

(10) [CAA Versailles, 2 février 2012, Cabinet Bruno Kern Avocats SELAS, n° 09VE01405](#)

Yves Claisse © achatpublic.info

[Suivant >](#)