

Toujours pas de délai de standstill pour les MAPA

A propos de l'auteur

Mme Maeva Guillem

avocat

SCP Seban et associés

 [Voir les articles de cet auteur](#)

Maître Maeva Guillem, avocat au cabinet Seban et associés, revient cette semaine sur une ordonnance récente du juge du référé contractuel. L'obligation pour les acheteurs de notifier, en MAPA, aux candidats le rejet de leurs offres, prévue par le décret de mars 2016, implique-t-elle l'obligation de respecter un délai de stand still ? Non, répond le magistrat. En MAPA, il n'y a toujours aucun délai à respecter avant la signature du marché.



La question que le juge des référés contractuels du tribunal administratif de Cergy-Pontoise devait trancher était simple : les acheteurs publics doivent-ils respecter un délai de standstill avant la signature d'un marché passé suivant une procédure adaptée, ou peuvent-ils procéder à cette signature dès que cela est possible, dès que la personne qui dispose du pouvoir de signer est disponible ? Elle ne soulève au premier regard pas de difficulté : le Conseil d'Etat a déjà jugé à de nombreuses reprises qu'aucun délai de suspension ne s'impose entre le rejet des offres et la signature d'un marché passé selon une procédure adaptée (CE, 29 juin 2012, Société Pro 2C), et qu'il n'est – en conséquence – que très peu de moyens qui peuvent être utilement invoqués à l'encontre d'un MAPA devant le juge des référés contractuels (l'absence totale de mesures de publicité, l'absence de publicité au JOUE lorsqu'elle s'impose et la signature du contrat malgré l'introduction d'un référé précontractuel. voir : CE, 23 janvier 2017, SIVOM Morillon-Samoëns-Sixte Fer à Cheval-Verchaix, req. n° 401400 ; CE, 17 décembre 2014, Communauté de communes du canton de Varilhes, req. n° 385033 ; CE, 11 décembre 2013, Société antillaise de sécurité, req. n° 372214 ; CE, 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, req. n° 343435). Pour certains, il n'était toutefois pas pleinement acquis que ces jurisprudences, rendues sous l'empire du code des marchés publics, soient toujours valides depuis la réforme de la commande publique. Par une ordonnance en date du 2 mai 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a tranché la question : il a jugé qu'il n'est toujours aucun délai de standstill à respecter avant la signature d'un MAPA, et a rejeté la question prioritaire de constitutionnalité ainsi que l'exception d'inconstitutionnalité du décret qui étaient soulevées par la société requérante à titre subsidiaire.

L'absence de délai de standstill pour les marchés passés selon une procédure adaptée

Il est clair que ni l'ordonnance du 23 juillet 2015, ni son décret d'application du 25 mars 2016 ne fixe un délai de standstill s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée. Bien au contraire, l'article 101 du décret du 25 mars 2016 précise que cette obligation de respecter un délai avant la

signature du marché ne vaut que « pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée ». Mais il est vrai que l'article 99 du décret du 25 mars 2016 impose désormais à l'acheteur de notifier aux candidats évincés le rejet de leurs candidatures ou de leurs offres « dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre », ce qui, selon la société requérante, impliquait nécessairement qu'il respecte ensuite à tout le moins un délai raisonnable avant de signer. Le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a cependant jugé que ces dispositions n'avaient « ni pour objet ni pour effet d'imposer le respect d'un délai minimal entre la notification de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une offre et la signature du contrat pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée ». Et, s'inscrivant dans la lignée de la jurisprudence Société Pro 2C du Conseil d'Etat, il a rappelé par ailleurs que « les principes fondamentaux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en particulier les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement, n'imposent pas non plus aux pouvoirs adjudicateurs le respect d'un tel délai ».

“ Les principes fondamentaux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en particulier les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement, n'imposent pas aux pouvoirs adjudicateurs le respect d'un tel délai ”

Cette décision est la bienvenue, car conforme au texte et parce que toute autre conclusion aurait été source d'insécurité juridique : on voit mal ce que pourrait être un « délai raisonnable » de standstill quand il en est déjà un qui est fixé par les textes pour les marchés passés selon des procédures formalisées. Le délai nécessaire à un opérateur pour déposer une requête en référé précontractuel n'est en effet pas moins long lorsqu'est en cause un marché passé selon une procédure adaptée ; le délai nécessaire n'est pas tant fonction du type de procédure suivie, que de la complexité du marché et/ou des libertés prises par l'acheteur vis-à-vis de la procédure de passation. La conclusion retenue est en revanche, dans ses effets, sans doute quelque peu regrettable en ce qu'elle conduit, comme par le passé, à fermer dans bien des cas le référé précontractuel et le référé contractuel aux candidats évincés de marchés à procédure adaptée, marchés qui demeurent pourtant de loin les plus nombreux et les plus essentiels sur le plan économique pour bon nombre d'entreprises. Mais, s'il est un reproche à formuler sur le sujet, ce n'est donc pas au juge des référés qu'il faut le faire – puisqu'il a appliqué les textes et qu'il ne lui appartient pas de fixer un délai au cas par cas – mais au législateur ou au pouvoir réglementaire qui seuls auraient pu fixer un délai de standstill

applicable à tous les marchés.

Des textes conformes à la Constitution

Et c'est précisément aussi sur ce terrain, mais à titre subsidiaire, que la société requérante s'est placée : elle soutenait que les textes – l'ordonnance et/ou le décret – n'étaient pas conforme à la Constitution, parce qu'ils n'imposaient pas de délai de standstill avant la signature des marchés passés selon une procédure adaptée. Le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a cependant écarté le moyen tiré de l'inconstitutionnalité du décret du 25 mars 2016 et refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société requérante au Conseil d'Etat, et ce au motif qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux : il a notamment relevé que, dans la mesure où les concurrents évincés peuvent former un recours au fond tendant à contester la validité d'un marché en invoquant les manquements attachés à la procédure de passation du contrat, et assortir le cas échéant ce recours d'un référé suspension, ils ne sont pas privés de la possibilité d'exercer un recours juridictionnel effectif.

Cette solution ne surprend guère, et est notamment à rapprocher de la décision Novergie (CE, 15 février 2013, Novergie, req. 364325), par laquelle le Conseil d'Etat avait jugé, pour les mêmes motifs, que la circonstance que l'acheteur public puisse, en signant le marché, faire obstacle à ce qu'un concurrent évincé puisse utilement se pourvoir en cassation à l'encontre d'une ordonnance de référé précontractuel, ne le privait pas de la possibilité d'exercer un recours juridictionnel effectif. Dans ses conclusions sur cet arrêt, le rapporteur public soulignait d'ailleurs que le droit à un recours juridictionnel effectif n'implique pas « *la mise en place*

d'une action en justice pour sanctionner avant la conclusion du contrat les manquements aux règles de transparence et de mise en concurrence dans la passation des contrats administratifs » et doit s'apprécier au regard de « *l'ensemble des voies de droit par lesquelles une personne peut obtenir d'un juge une réponse à ses demandes* » (Conclusions Gilles Pélissier sur CE, 15 février 2013, Novergie, req. 364325).

Pour conclure, à suivre l'ordonnance du 2 mai 2017, la réforme de la commande publique n'a donc pas « bousculé » l'ordre des choses concernant l'achèvement des procédures adaptées : si les acheteurs publics doivent désormais informer les candidats évincés du rejet de leurs offres dès qu'ils prennent cette décision – et donc en principe avant la signature du marché – ils ne sont toujours pas tenus de respecter ensuite un quelconque délai avant de procéder à la signature du contrat. En pratique, une fois les courriers de rejet envoyés, les acheteurs publics pourront donc signer leurs MAPA dès que cela sera matériellement possible. C'est donc toujours une grande part de la commande publique qui pourra échapper au contrôle du juge des référés précontractuels et contractuels, mais rien n'empêche évidemment un acheteur de s'imposer de lui-même un délai de standstill, et d'en informer les concurrents évincés afin qu'ils puissent utilement former un référé précontractuel.

“ Le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a écarté le moyen tiré de l'inconstitutionnalité ”