

Marchés à procédure adaptée Vers l'obligation d'un délai de « stand still » ?

Une fois la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse effectuée, la période qui précède la signature du contrat cristallise les craintes des pouvoirs adjudicateurs. Deux décisions récentes de juridictions administratives ravivent leurs inquiétudes.

LES AUTEURS

**GUILLAUME GAUCH
ET OLIVIER METZGER,**
avocats associés
et avocat à la Cour,
SCP Seban et associés

L'article 80 du Code des marchés publics (CMP) prévoit une obligation, pour les pouvoirs adjudicateurs, d'informer les candidats évincés du rejet de leur offre. Afin de permettre à ces candidats de pouvoir utilement former un recours, le pouvoir adjudicateur doit respecter un délai de seize jours entre la notification de ce rejet et la date de signature du marché qui éteint le référé précontractuel (ou onze jours en cas de notification dématérialisée). Concernant les marchés formalisés, le non-respect de ce délai dit « de stand still » ouvre la voie du référé contractuel aux candidats évincés, quand bien même ces derniers auraient préalablement saisi le juge du référé précontractuel (art. L.551-13 du Code de justice administrative - CJA). Si le juge bénéficie naturellement d'un pouvoir d'appréciation, la règle a le mérite d'être clairement exposée et les sanctions connues de tous.

Au-delà de l'inapplicabilité de l'article 80 du CMP – laquelle paraissait assez incontournable –, le rapporteur public Nicolas Boulouis rappelle dans ses conclusions sur cet arrêt que le Conseil d'Etat n'a pas, à ce jour, reconnu que l'obligation d'informer les candidats évincés d'un Mapa, en laissant un certain délai avant de signer le marché, était un principe général, quand bien même l'efficacité du référé précontractuel le nécessiterait. Il s'agit ainsi d'une décision relativement favorable aux pouvoirs adjudicateurs, dans la mesure où une grande majorité des marchés passés sont des Mapa, susceptibles de concerner des commandes d'un intérêt économique réel. En effet, en matière de marchés publics de travaux, par exemple, le seuil de procédure formalisée est de 5 millions d'euros HT (3).

La direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie, des finances et de l'industrie rappelle aussi que si l'acheteur public peut toujours décider de se soumettre volontairement à la formalité de notification aux candidats évincés, il n'y est pas obligé (4). Une frange importante des contrats de la commande publique pourrait donc être conclue sans craindre réellement de passer devant le juge du référé précontractuel. En effet, il serait possible, concernant les Mapa, de ne pas avertir les candidats évincés du rejet de leur offre et de signer les marchés sans respecter le moindre délai de « stand still ». Cela aurait pour conséquence de fermer assez fortement le prétoire aux opérateurs économiques dès lors que le juge du référé précontractuel est dessaisi de sa compétence une fois que le marché est signé et que les moyens invocables dans le cadre d'un référé contractuel sont plus limités. Ainsi, la décision rendue par le Conseil d'Etat, pour logique qu'elle puisse paraître au regard des dispositions du CMP, a suscité quelques critiques.

1. Le flou sur les obligations

Pour les marchés à procédure adaptée (Mapa), la situation est plus floue ou, plutôt, les obligations des pouvoirs adjudicateurs semblent plus limitées, voire inexistantes. Outre le fait que la lettre même de l'article 80 du CMP ne fait référence qu'aux marchés formalisés, le Conseil d'Etat est venu confirmer début 2011 la très grande liberté laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des formalités de fin de procédure des Mapa. En effet, à l'occasion de son arrêt « Grand port maritime du Havre » (1), décision faisant le point sur les moyens pouvant être invoqués en référé contractuel, la haute juridiction administrative rappelait que: «[...] s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation [...] de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que [...] de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique » (2).

2. La réaction

C'est dans ce contexte que la cour administrative d'appel (CAA) de Bordeaux a, semble-t-il, décidé d'envisager différemment la question de l'information des candidats évincés en matière de Mapa. Dans une décision du 7 juin 2011, elle a sanctionné un pouvoir adjudicateur pour ne pas avoir

averti les candidats évincés du rejet de leur candidature et de l'identité ou de la raison sociale des deux entreprises retenues (5). En l'espèce, l'association Collectif des citoyens du Breuil-Coiffault a demandé l'annulation des décisions du maire de Hanc (Deux-Sèvres) concluant des marchés de travaux et d'enjoindre la commune de saisir le juge du contrat d'une demande de constat de la nullité de ces marchés dans un délai d'un mois à compter de la notification de l'arrêt à intervenir, sous astreinte de 15 euros par jour de retard. L'un des moyens soulevés en appel était fondé sur le fait que la décision du pouvoir adjudicateur n'avait pas été précédée d'une information des candidats évincés. Ce moyen a prospéré et conduit à l'annulation de la décision du juge de première instance qui n'avait pas annulé la décision attaquée.

La décision de la CAA de Bordeaux peut surprendre lorsque l'on sait que le marché en cause est un Mapa et alors même que le Conseil d'Etat a adopté une position radicalement opposée. Certes, la décision du juge bordelais ne prend pas

À NOTER

La direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie rappelle que si l'acheteur public peut décider de se soumettre à la formalité de notification aux candidats évincés, il n'y est pas obligé.

racine dans une violation de l'article 80 du CMP, mais tout simplement dans une violation des grands principes de la commande publique, l'information des candidats évincés revêtant le caractère de « formalité substantielle ». La cour indique en effet que « les candidats évincés n'ont pas été informés du rejet de leur candidature et de l'identité ou de la raison sociale des deux entreprises retenues par le maire de la commune de Hanc; [...] cette formalité, qui relève des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, présente un caractère substantiel et trouve également à s'appliquer, y compris aux marchés passés selon la procédure prévue par les dispositions précitées de l'article 26 du Code des marchés publics ».

Mais l'analyse des conclusions de Nicolas Boulouis sur l'arrêt précité du Conseil d'Etat aurait plutôt incité à anticiper une tout autre décision (voir supra). Ainsi, à suivre la cour administrative d'appel de Bordeaux, tout candidat évincé de la procédure de passation d'un marché à procédure adaptée devra donc en être averti et, a priori, il serait prudent de respecter un délai raisonnable entre cette notification et la signature du marché. Cette décision, en contradiction avec celle du Conseil d'Etat et la doctrine administrative, a pu rencontrer l'adhésion de certains praticiens qui y voient, au-delà d'une simple mesure protectrice des candidats à un marché public, une certaine garantie de la bonne utilisation des deniers publics et de l'égalité de traitement entre les candidats.

S'il en était besoin, le tribunal administratif de Limoges vient en quelque sorte de « boucler la boucle » (et de plonger encore un peu plus les acteurs publics dans l'expectative!): dans une ordonnance du 26 janvier 2012, il reconnaît, concernant les Mapa, l'obligation de respecter un délai de suspension entre la notification aux candidats évincés du rejet de leur offre et la signature du marché (6). Ainsi, le tribunal administratif de Limoges déduit, notamment, d'une lecture combinée du CJA et de l'article 2 sexies de la directive du 21 décembre 1989 (7), un principe général tenant au droit d'accès effectif au juge qui serait méconnu dès lors que ne serait pas respecté un délai de « stand still » minimum, même en matière de Mapa. Il sanctionne en conséquence une procédure de passation d'un Mapa concernant des travaux sur ce fondement. Il est intéressant de noter que la sanction prononcée est une pénalité financière et non l'annulation de la procédure de passation, ces mesures pouvant être indifféremment utilisées, ainsi que le prévoit l'article L.551-20 du CJA.

Mais s'il est vrai que la transparence de la procédure n'en serait que plus grande si ces décisions devaient être confirmées par la haute juridiction, les pouvoirs adjudicateurs risquent toutefois d'être confrontés à une situation pour le moins délicate à gérer. En effet, en présence d'une procédure à lancer et en l'absence de dispositions contraignantes, les pouvoirs adjudicateurs vont-ils devoir appliquer volontairement des règles très contraignantes afin d'être certains de se conformer aux grands principes de la commande publique? Cela peut concerner un Mapa pour les formalités de fin de procédure, mais pourrait également trouver à s'appliquer aux pouvoirs adjudicateurs soumis non au CMP, mais à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 – qui est censée être un peu plus souple ou, du moins, laisser une plus grande liberté aux pouvoirs adjudicateurs –, par exemple concernant la question de l'allotissement de leurs marchés... L'intervention du Conseil d'Etat afin de mettre fin à ces incertitudes pourrait donc se révéler particulièrement opportune.

À RETENIR

> **Délai raisonnable.** Si l'on suit la cour administrative d'appel de Bordeaux, tout candidat évincé de la procédure de passation d'un Mapa devra en être averti et, a priori, il serait prudent de respecter un délai raisonnable entre cette notification et la signature du marché.

RÉFÉRENCES

Code des marchés publics, articles 26 et 80.

(1) CE, 19 janvier 2011, req. n°343435.

(2) Les conclusions de Nicolas Boulouis sur cette décision vont dans le sens d'une confirmation de l'absence de toute obligation des pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des formalités de fin de procédure des marchés à procédure adaptée.

(3) Cf. règlement (UE) n°1251/2011 du 30 novembre 2011.

(4) Fiche DAJ du 22 octobre 2010: « L'information des candidats évincés ».

(5) CAA de Bordeaux, 7 juin 2011, « Assoc. collectif citoyens Breuil-Coiffault », req. n°09BX02775.

(6) TA de Limoges, ord., 26 janvier 2012, « Sté Toffoluti », n°1102083.

(7) Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.