



## Lexbase Hebdo édition publique n°482 du 30 novembre 2017

[Contrats administratifs] Jurisprudence

### Précisions sur le référé contractuel en matière de marché à procédure adaptée

N° Lexbase : N1438BXK



par Damien Guillou, Avocat au barreau de Lorient

**Réf. :** CE 2° et 7° ch. — r., 31 octobre 2017, n° 410 772, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A8176WX4)

**Dans un arrêt rendu le 31 octobre 2017, la Haute juridiction administrative a indiqué que, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur doit, dès qu'il décide de rejeter une offre, notifier ce rejet au soumissionnaire concerné, sans être tenu de lui notifier la décision d'attribution.**

Le SIVOM des plaines du sud de la Corse a engagé en décembre 2016 une mise en concurrence en vue de conclure un marché de travaux destiné à renforcer et à étendre son réseau d'eau potable. Le montant du marché étant largement inférieur aux seuils européens, l'établissement a mis en œuvre une procédure adaptée.

La société X a répondu à l'un des lots de ce marché, mais son offre a été rejetée. Cette décision a été notifiée le 27 mars 2017. Contestant cette attribution, cet opérateur économique a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bastia le 5 avril suivant, mais s'est désisté de cette action après avoir appris que le contrat avait été signé le jour même où le rejet de son offre lui avait été notifié. La société X a alors introduit un référé contractuel. Celui-ci a été rejeté une ordonnance du 5 mai 2017.

La société X s'est pourvue en cassation. Le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance du tribunal administratif de Bastia contestée, le juge des référés ayant omis de répondre au moyen tiré de ce que le SIVOM des plaines du sud de la Corse n'avait mis en œuvre aucune des mesures de publicité requises pour la passation du marché à procédure adaptée avec la société Y.

Toutefois, la demande de l'opérateur économique a été rejetée.

Pour ce faire, le Conseil d'Etat a eu à s'interroger sur les conditions de mise en œuvre du référé contractuel en matière de marchés à procédure adaptée.

En l'espèce, le marché ayant été signé le jour même de la notification du rejet de leur offre aux opérateurs économiques non retenus, il était nécessaire de vérifier si ce comportement permettait la saisine du juge des référés contractuels. En effet, cette voie de droit est recevable si un contrat a été signé par une personne publique au cours d'un laps de temps où cette action est proscrite pour permettre la saisine du juge des référés précontractuels en application de l'alinéa 3 de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative (N° Lexbase : L1598IEW).

Sous l'empire du Code des marchés publics de 2006, l'information immédiate des candidats non retenus était régie par les dispositions de l'article 80 du Code des marchés publics (N° Lexbase : L0165IRK). Or ce dernier ne visait que les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée. Par conséquent, ces dispositions ne régissent pas les marchés à procédure adaptée. Cette règle a été en permanence rappelée par les juridictions administratives (1). Certaines juridictions de première instance (2) et d'appel (3) ont considéré qu'en application des principes fondamentaux de la commande publique, il était nécessaire de laisser un délai raisonnable entre la notification du rejet des offres et la signature du contrat. Cette analyse avait également été reprise par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie dans son Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (4). Mais, le Conseil d'Etat a constamment rejeté cette position (5). Aussi, le référé contractuel ne peut être engagé sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, sauf dans l'hypothèse où le marché a été signé malgré la saisine du juge des référés précontractuel (si et seulement si la notification du recours a été valablement réalisée) ou la décision de ce dernier a été méconnue par le pouvoir adjudicateur.

Mais, dorénavant, en application des articles 99 et 101 du décret de 2016, relatif aux marchés publics (6), applicable notamment aux marchés passés selon une procédure adaptée, les acheteurs publics doivent notifier le rejet de leur offre au soumissionnaire concerné dès qu'il le décide. Le Conseil d'Etat s'est donc interrogé pour savoir si cette évolution entraînait *de facto* la reconnaissance d'un délai de *standstill* au sens des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative. Il est vrai que les dispositions de cet article visent expressément le "délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques". Or, cet envoi n'est prévu qu'en matière de procédure adaptée. Le Rapporteur public ayant conclu sur l'arrêt commenté (7), le Conseil d'Etat a interprété des "dispositions analogues, figurant à l'article 76 du code de 2001, qui visaient indifféremment tous les marchés" comme donnant aux opérateurs "un délai raisonnable avant la signature du contrat" pour saisir le juge des référés (8). Pourtant, aucun délai de ce type n'était inscrit dans le Code des marchés publics alors en vigueur. Le Conseil d'Etat cherchait à répondre "aux objectifs des directives communautaires sur les recours en matière de marchés publics et à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (9)" (10).

Mais le Rapporteur public ayant conclu sur l'arrêt commenté a estimé que "rien ne permet de penser que les auteurs du décret du 25 mars 2016 ont entendu revenir, sur ce point, sur l'état du droit antérieur". Il a distingué la reconnaissance de "la notification du rejet des candidatures ou des offres" et "l'instauration d'un délai de *standstill*". Or, si la première formalité a été reconnue obligatoire pour les marchés à procédure adaptée, il n'en est pas de même pour la seconde. Le délai de *standstill* n'est inscrit dans les règles gouvernant la commande publique que pour les marchés formalisés (11). Par conséquent, il a estimé qu'en matière de marché à procédure adaptée, le non-respect d'un délai raisonnable entre la notification du rejet des candidatures ou des offres et la signature du contrat ne permet pas de saisir le juge des référés contractuels sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative. Le Conseil d'Etat a validé ce raisonnement.

Il est vrai que la décision commentée constitue une interprétation, certes stricte, mais valide des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative. Toutefois, la solution retenue pose des difficultés tant pour les opérateurs économiques que pour les personnes publiques.

Pour les premiers, on peut se demander si l'accès au juge des référés précontractuels leur est pratiquement fermé en matière de marchés à procédure adaptée dès lors qu'une personne publique est concomitamment à même de notifier le rejet d'une candidature ou d'une offre et de signer le contrat. Dans ces conditions, peut-il être soutenu, comme l'a fait le Rapporteur public, que "l'esprit des textes qui l'instituent est en effet de privilégier la procédure du référé précontractuel, afin de purger le litige le plus en amont possible". La solution retenue par le Conseil d'Etat ne va-t-elle pas relancer la "course à la signature" souvent déplorée par la doctrine. Certes, les concurrents évincés ne se voient pas dénier de toute voie de recours. En effet, ils disposent du recours dit "Tarn-et-Garonne" (12). Mais, il s'agit d'une pâle consolation. En premier lieu, les délais d'instance de ces dossiers constituent un frein important à leur mise en œuvre : la plupart des marchés sont totalement exécutés avant le jugement de l'instance. En deuxième lieu, les conditions d'annulation d'un contrat sur le fondement de la jurisprudence "Tarn-et-Garonne" sont très limitées. En troisième lieu, le recours perd tout intérêt pratique pour les requérants opérateurs économiques sauf dans deux hypothèses : si ces derniers peuvent engager un référé-suspension ou obtenir un préjudice économique résultant

du vice soulevé. Or, ces deux hypothèses sont difficiles à mettre en œuvre. Une réforme des conditions d'ouverture du référé contractuel permettrait sûrement de limiter ces difficultés.

A l'inverse, la jurisprudence commentée peut poser des difficultés pour les personnes publiques ; ces dernières ont tout intérêt à ce que le litige soit traité rapidement au stade du référé précontractuel. Une suspension du contrat fondé sur le recours "Tarn-et-Garonne" peut avoir des incidences drastiques sur l'exécution des services publics. Par ailleurs, si le recours indemnitaire des concurrents évincés prospère, les finances de l'acheteur public seront nécessairement affectées. Dès lors, pour éviter les conséquences néfastes liées à un contentieux en validité des contrats, ces derniers ont tout intérêt à laisser un délai raisonnable entre la notification et la signature des contrats, même si la jurisprudence autorise à ne pas le respecter.

- 
- (1) Conclusions de N. Boulouis sur CE, 19 janvier 2011, n° 343 435 (N° Lexbase : A1573GQC), BJCP n° 75, p. 125.
- (2) TA Strasbourg, 26 juillet 2010, n° 1 003 254 ; TA Paris, 30 juillet 2010, n° 1 012 380 ; TA Limoges, 23 janvier 2012, n° 112 083.
- (3) CAA Bordeaux, 7 juin 2011, n° 09BX02 775 (N° Lexbase : A9979HTR) ; CAA Versailles, 15 juillet 2011, n° 10VE01 838 (N° Lexbase : A3747KR9) ; CAA Nantes, 28 mars 2013, n° 11NT03 159 (N° Lexbase : A1316KCO) ; CAA Nancy, 18 novembre 2013, n° 12NC01 181 (N° Lexbase : A5485KQ9).
- (4) Circulaire du 14 février 2012, relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (N° Lexbase : L1819IS8), JO du 15 février 2012.
- (5) CE, 19 janvier 2011, n° 343 435, préc. ; CE, 26 juin 2012, n° 357 976 (N° Lexbase : A0651IQ8) ; CE, 11 décembre 2013, n° 372 214 (N° Lexbase : A3735KRR) ; CE, 23 janvier 2017, n° 401 400 (N° Lexbase : A8377S97).
- (6) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics (N° Lexbase : L3006K7H).
- (7) L'auteur tient à remercier le Rapporteur public pour la communication de ses conclusions.
- (8) CE, 19 décembre 2007, n° 291 487 (N° Lexbase : A1509D3B), T. %7.
- (9) CJCE, 28 octobre 1999, aff. C-81/98 (N° Lexbase : A1727AWU).
- (10) Conclusions du Rapporteur public.
- (11) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, art. 101 I.
- (12) CE Ass., 4 avril 2014, n° 358 994 (N° Lexbase : A6449MIP), Rec. p. 70, RFDA, 2014. 425, concl. B. Dacosta et note P. Delvolvé, BJCP, 2014. 204, concl., AJDA, 2014. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, D. 2014. 1179, note M. Gaudemet et A. Dizier, BJCL, 2014. 316, chron. C. Fardet, Dr. adm. 6/ 2014, comm. F. Brenet n° 36, *ibid.* 4/ 2015, étude S. Hourson n° 6, complément commande publique 7/ 82 014, dossier O. Guézou, JCP éd. A, 2014, 2153, note S. Hul, *ibid.* 2330, note E. Langelier, JCP 2014, 732, étude P. Bourdon, LPA 123, 20 juin 2014. 13, note S. Douteaud, *ibid.* n° 202, 9 octobre 2014. 4, note M. Chachereau et J. Mestres, RDP, 2014. 1148, table ronde B. Seiller, S. Braconnier et B. Dacosta, *ibid.* 1175, note L. Janicot et J.— F. Lafaix, *ibid.* 1198, note F. Rolin, GAJA n° 116.