

L'INFORMATION DES CANDIDATS ÉVINCÉS

L'information des candidats non retenus à l'issue d'une procédure de marché public constitue une formalité essentielle d'achèvement de la procédure, tant en vertu du principe de transparence rappelé à l'article 1^{er} du code des marchés publics, qu'au regard de ses effets sur les voies de recours ouvertes à ses destinataires contre la procédure ou contre le contrat lui-même.

Les obligations qui s'imposent aux acheteurs publics en la matière ont été récemment renforcées avec la transposition de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, dite directive « Recours »).

Le code des marchés publics (CMP) prévoit deux types d'information :

- l'information immédiate des candidats, dès que l'acheteur public a fait son choix sur une candidature ou une offre (art. 80) ;
- l'information à la demande des entreprises ayant participé à la consultation (art. 83).

1. L'information immédiate.

1.1. Champ d'application de l'obligation d'information immédiate (article 80).

L'obligation d'information immédiate des candidats évincés pèse sur tous les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, à l'exception de ceux qui ont été passés selon une procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence, en application du II de l'article 35. Cette obligation des candidats évincés s'impose également aux marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, en vertu de l'article 78-II-3° du code et aux marchés subséquents à un accord-cadre passé selon une procédure formalisée.

En revanche, cette obligation ne s'impose pas aux marchés passés selon une procédure adaptée. L'acheteur public peut toujours néanmoins se soumettre volontairement à cette formalité.

L'information des candidats évincés en procédure adaptée ou à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable ne permet pas cependant au pouvoir adjudicateur de fermer la voie du référé contractuel. Seule la publication au JOUE d'un avis d'intention de conclure et le respect d'un délai de 11 jours avant la signature du marché permet de bénéficier des dispositions de l'article L. 551-15 du code de justice administrative¹.

1.2. L'information des candidats évincés doit être rapide, mais pas précipitée.

Le pouvoir adjudicateur doit procéder à l'information des entreprises non retenues, « *dès qu'il fait son choix pour une candidature ou une offre* ».

L'acheteur public doit donc informer, à l'issue de l'examen des candidatures, toutes les entreprises dont la candidature a été écartée, en indiquant les motifs de ce rejet sans attendre la fin de la procédure.

Ensuite, lorsque l'acheteur public a choisi le candidat auquel il envisage d'attribuer le marché, il notifie aux autres candidats admis à présenter une offre le rejet de celle-ci et les motifs de ce rejet. Cette notification a pour effet de délier les entreprises de leur engagement, y compris lorsqu'elle a été envoyée par erreur². Aussi, cette information ne doit elle intervenir qu'après que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché a produit les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 du code. Cette sécurité permet, en cas de défaut de production de ces documents par l'attributaire, de solliciter le candidat classé en deuxième position. En effet, si celui-ci avait déjà reçu notification du rejet de son offre, il ne serait plus lié par son offre.

¹ CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n°343435.

² CE, 31 mai 2010, *Société Cassan*, n°315851.

L'information des candidats s'impose également, dans les plus brefs délais, lorsque l'acheteur public décide de déclarer la procédure sans suite. Cette décision doit être motivée (CMP, art. 80-II).

1.3. Le contenu de l'information des candidats non retenus.

1.3.1. Les motifs de la décision de rejet ou d'abandon de la procédure.

Quel que soit l'objet de la notification (rejet des candidatures, rejet des offres ou abandon de la procédure), celle-ci doit mentionner les motifs détaillés de la décision.

Alors que le code des marchés publics, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, permettait de ne communiquer à ce stade qu'un exposé synthétique des motifs de la décision et de n'indiquer les motifs détaillés que si les entreprises le demandaient, la rédaction du code impose de communiquer les motifs détaillés, dès le stade de l'information immédiate. En effet, depuis cette date, lorsque l'acheteur public a procédé à l'information des candidats en application de l'article 80, il est dispensé de procéder à de nouvelles mesures d'information à la demande des entreprises au titre de l'article 83 (voir ci-dessous point 2.1).

1.3.2. Le nom de l'attributaire et les motifs de ce choix.

Lorsqu'elle a lieu à l'issue de la procédure, la notification doit également préciser le nom de l'attributaire du marché et les motifs qui ont conduit au choix de son offre.

La lettre de rejet doit ainsi détailler les raisons qui ont conduit l'acheteur public à choisir l'offre de l'attributaire. La communication du classement ou du montant de cette offre ne suffit pas, puisqu'elle n'éclaire pas le candidat évincé sur le choix du pouvoir adjudicateur. Sur la base des éléments figurant dans le rapport de présentation ou les tableaux d'analyse des offres, les appréciations de l'offre retenue doivent être portées à la connaissance des entreprises écartées.

La motivation du choix de l'offre retenue doit permettre au candidat évincé de comprendre pourquoi son offre a été considérée comme économiquement moins avantageuse que celle sélectionnée et, s'il le souhaite, d'exercer utilement un recours contre la décision de rejet. Ces précisions sont d'autant plus importantes pour les critères qualitatifs ou relatifs à la valeur technique.

1.3.3. La durée du délai minimal de suspension de la signature du marché.

Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée, sauf pour les marchés négociés sans publicité, ni mise en concurrence. La signature du marché ne peut intervenir avant l'expiration d'un délai de 16 jours, à compter de la date de la notification de rejet et d'attribution (11 jours en cas de notification par voie électronique).

Ce délai de computation s'opère de date à date, c'est-à-dire du jour d'envoi de la décision de rejet jusqu'au dernier jour du délai inclus. Ainsi, l'envoi de la notification de rejet d'une offre le 28 décembre 2010 entraîne l'expiration du délai de suspension le 12 janvier au soir ; le pouvoir adjudicateur peut régulièrement signer le contrat dès le 13 janvier 2011³.

Ce délai de suspension (ou de « standstill ») a pour objet de permettre aux candidats évincés d'exercer le référé précontractuel, prévu aux articles L.551-1 et suivants du CJA.

Le respect de ce délai ne s'impose pas dans le cas où le marché est attribué au seul candidat ayant participé à la consultation. Les marchés subséquents à un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique sont également dispensés du respect du délai de suspension de signature (CMP, art 80-I-2°).

Si la notification adressée aux candidats évincés n'indique pas le délai de suspension avant la signature du contrat, le juge des référés est tenu soit de priver d'effet le contrat en l'annulant ou le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat. Pour un marché signé deux jours après l'envoi aux candidats de la notification du rejet de leur offre sans mention du délai de suspension, le juge administratif a infligé une pénalité financière de 10 000 €⁴.

³ CE, 2 août 2011, *Société Clean Garden*, n°347526.

⁴ CE, 30 novembre 2011, *BPM Protection*, n°350788.

1.3.4. Les voies et délais de recours.

Les décisions de rejet et d'attribution constituent des décisions administratives détachables du contrat et susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, dans un délai de deux mois à compter de leur notification.

Conformément au droit commun (art. R.421-5 du CJA), ce délai n'est opposable qu'à la condition d'avoir été mentionné dans la notification⁵. Toutefois, outre que l'absence d'une telle information est sans incidence sur la légalité même de la décision, l'intérêt de mentionner cette voie de recours dans la notification aux candidats évincés est limité.

En effet, il ressort de l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux signalisation, par lequel la Haute juridiction a ouvert une nouvelle voie de droit contre les contrats administratifs⁶, que les candidats évincés ne sont plus recevables à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes détachables à compter de la signature du contrat. En outre, et même si le juge ne s'est pas encore prononcé sur ce point, il est permis de penser que « *dans l'hypothèse où il n'aurait pas encore été statué sur d'éventuels recours dirigés contre les actes détachables lorsque se produit la signature du contrat, le juge de l'excès de pouvoir se verra dans l'obligation de rendre une décision de non-lieu* »⁷.

Ainsi, l'indication du recours pour excès de pouvoir dans la notification aux candidats évincés ne présente un intérêt que lorsque le pouvoir adjudicateur estime que le marché ne sera pas signé dans les deux mois qui suivent cette notification ou, en tout état de cause, avant que le juge se prononce sur un éventuel recours contre la décision de rejet.

En outre, les autres voies de recours (référé précontractuel et contractuel, recours en contestation de validité du contrat) ne sont pas ouvertes contre les décisions qui font l'objet de la notification mais contre la procédure ou le contrat. La date de la notification de ces décisions est sans incidence sur l'opposabilité ou la computation des délais attachés à ces voies de recours. Il n'y a donc pas lieu de les mentionner dans la lettre de notification. Ces voies et délais de recours figurent, par ailleurs, obligatoirement dans les avis de publicité (avis d'appel public à la concurrence, avis d'intention de conclure et avis d'attribution).

1.4. Les limites du contenu de l'information des candidats.

Il est interdit aux acheteurs publics de communiquer des renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ou à l'intérêt public ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques (article 80-III).

L'information des candidats évincés ne saurait, en effet, porter atteinte aux secrets protégés par la loi, notamment le secret de la vie privée ou le secret professionnel ainsi que le secret en matière commerciale et industriel, dit également « secret des affaires », qui, selon la Commission d'accès aux documents administratifs, couvre le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières et le secret des stratégies commerciales.

De même, dans le cadre des achats qui s'inscrivent dans une suite répétitive de marchés portant sur une même catégorie de biens ou services, les renseignements ne doivent pas être susceptibles de porter atteinte à la concurrence lors du renouvellement de ces marchés (voir la fiche sur la communication des documents administratifs en matière de commande publique).

Dans le cadre de l'information des candidats évincés, l'acheteur public peut toujours communiquer plus d'éléments que ceux imposés par le CMP. Une telle communication complète utilement l'information obligatoire, mais peut toutefois présenter un risque contentieux à prendre en compte.

La méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur, pour la mise en œuvre des critères de sélection des offres, n'a pas à être portée à la connaissance des candidats⁸, et ce quels qu'aient pu être ses effets sur la notation des offres⁹. De même, aucun texte n'impose à l'acheteur public de communiquer les notes attribuées au candidat retenu ou au candidat rejeté, ainsi que leur classement.

⁵ CE, 8 juin 1994, *M. Mas*, n°141026.

⁶ CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux signalisation*, n°291545.

⁷ J. Boucher et F. Lenica, chr. AJDA 2007, p. 1582.

⁸ CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n°334279.

⁹ CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n°333737.

1.5. Les modalités de notification.

Le code des marchés publics n'impose aucun formalisme particulier. La notification des décisions de rejet et d'attribution peut être effectuée par voie postale ou par voie électronique. La notification par un moyen de transmission électronique, y compris par voie de télécopie¹⁰, permet de raccourcir de 16 à 11 jours le délai minimal de suspension de la signature.

La notification constitue le point de départ de ce délai. Les acheteurs publics doivent donc pouvoir démontrer que celle-ci a bien été effectuée. A cette fin, il est recommandé de demander un accusé de réception ou d'effectuer la notification électronique via le profil d'acheteur, qui bénéficie d'une fonction sécurisée et horodatée de transmission de documents aux candidats.

2. La réponse à la demande d'information des candidats écartés.

2.1. Champ d'application de l'article 83 du code des marchés publics.

Depuis le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009, si le pouvoir adjudicateur a notifié, de façon complète, aux candidats évincés à la fois les décisions de rejet et d'attribution et les motifs détaillés de ces décisions – soit parce qu'il y était tenu, soit parce qu'il s'y est volontairement soumis –, il n'est pas tenu de communiquer à nouveau ces motifs ultérieurement.

L'article 83 du code des marchés publics s'applique aux procédures formalisées comme aux marchés passés selon une procédure adaptée. La communication, en réponse à une demande écrite du candidat évincé, des motifs du rejet de son offre, du nom de l'attributaire et des caractéristiques et avantages relatifs à l'offre retenue, avant que le juge ne statue, permet au candidat de contester utilement son éviction devant le juge des référés précontractuels.

2.2. La communication à tout candidat des motifs du rejet de sa candidature ou de son offre.

L'acheteur public est tenu de communiquer à tout candidat qui en fait la demande par écrit s'il ne l'a déjà fait, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai. Elles peuvent être faites à tout moment, avant comme après la signature du marché.

A l'instar de l'information immédiate, les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé¹¹.

2.3. La communication à certains candidats d'informations relatives à l'offre retenue.

L'acheteur public doit également communiquer aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

Il n'est pas tenu de communiquer le montant du marché. Cette information figure dans l'avis d'attribution, lorsqu'un tel avis est publié.

L'acheteur public ne peut en aucun cas communiquer des informations dont la divulgation porterait atteinte à un secret protégé par la loi, à l'intérêt public ou à la concurrence loyale entre les entreprises.

¹⁰ TA Strasbourg 21 juillet 2010, *Société Energest*, n°1003146.

¹¹ CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n°324156.

3. Sanction du défaut d'information.

L'information des candidats évincés constitue une obligation de publicité et de mise en concurrence dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par le juge des référés précontractuel et contractuel¹².

Toutefois, ce manquement ne peut être invoqué par le requérant que s'il est susceptible de le léser¹³. Tel est le cas lorsque la méconnaissance de l'obligation d'information a empêché l'entreprise de contester utilement le rejet de son offre¹⁴.

En revanche, ce manquement n'est plus constitué, si les motifs détaillés de ce rejet ont été communiqués au candidat évincé, à la date à laquelle le juge des référés statue, lui permettant de contester utilement son éviction¹⁵.

¹² CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, n°253509.

¹³ CE Section, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n°305420.

¹⁴ CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix en Provence*, n°314610.

¹⁵ CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon*, n°321217.