

L'information des candidats évincés : une étape à ne pas manquer

Par Guillaume Delaloy

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.

L'information des candidats évincés : une obligation

L'information des candidats évincés constitue une obligation de publicité et de mise en concurrence, dont le non-respect est susceptible d'être sanctionné par le juge des référés précontractuel et contractuel¹. Toutefois, ce manquement ne peut être invoqué par le requérant que s'il est susceptible de le léser ou risque de le léser². Tel est le cas, lorsque la méconnaissance de l'obligation d'information a empêché l'entreprise de contester utilement le rejet de son offre³. 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 statue⁴.

Les obligations qui s'imposent aux acheteurs publics en matière d'information des candidats malheureux à la procédure ont été récemment modifiées avec les textes de transposition de la directive « Recours » du 11 décembre 2007⁵, qui renforcent le référé précontractuel et créent le référé contractuel⁶.

Les articles 80 et 83 du code des marchés publics prévoient deux types d'information : l'information immédiate des candidats dès

que l'acheteur public a fait son choix sur une candidature ou une offre (1.) et l'information à la demande des entreprises ayant participé à la consultation (2.).

1. L'information immédiate

L'article 80-I-1° du code des marchés publics dispose que, « pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet ».

1.1. Champ d'application de l'obligation d'information immédiate

Cette disposition ne vise que 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. L'obligation d'information immédiate 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.

En revanche, les dispositions du I de l'article 80 ne sont pas obligatoirement applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée⁷. L'acheteur public peut, dans un souci de transparence, voire de courtoisie à l'égard des candidats, se soumettre volontairement à cette formalité, mais aucune disposition du code des marchés publics ne confère à cette mesure facultative d'information un quelconque effet juridique.

L'information immédiate n'est pas obligatoirement applicable aux MAPA

¹ CE, 21 janvier 2004, Sté Aquitaine Démolition, n° 253509.

² CE Section, 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, n° 305420.

³ CE, 6 mars 2009, Commune d'Aix en Provence, n° 314610.

⁴ CE, 6 mars 2009, Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon, n° 321217.

⁵ Dir.2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JOUE, 20 décembre 2007, L. 335/31.

⁶ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatifs aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

⁷ TA Lyon, 26 mars 2010, Sté Chenil service, req. n° 1001296.

La notification du rejet des offres délie les entreprises de leur engagement

Certains tribunaux administratifs ont récemment jugé que, dans le cadre d'une procédure adaptée, la notification volontaire de la décision d'attribution aux candidats évincés et le respect du délai de suspension de la signature suffisaient à rendre irrecevable un éventuel référé contractuel⁸. Toutefois, compte tenu de la rédaction explicite du 3° du I de l'article 80 du code des marchés publics, cette solution doit être accueillie avec prudence, tant que le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur ce point.

En effet, il résulte de l'article 80-I-3° qu'en procédure adaptée, seule la publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) d'un avis d'intention de conclure le marché, dans les conditions prévues à l'article 40-1, accompagnée du respect – là aussi volontaire – d'un délai de onze jours avant la signature du marché, permet de fermer la voie du référé contractuel, en application de l'article L. 551-15 du code de justice administrative (CJA). Cette faculté est également ouverte aux marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence.

Les marchés fondés sur un accord-cadre passé selon une procédure formalisée sont également soumis à l'obligation d'information immédiate, conformément à l'article 41 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, aux termes duquel « *les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant la conclusion d'un accord-cadre, l'adjudication d'un marché ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique* » et qui ne prévoit aucune exception pour les marchés subséquents.

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* ». Ainsi, à l'issue de l'examen des candidatures, l'acheteur public doit informer, à ce stade, toutes les entreprises dont la candidature a été écartée, sans

attendre la fin de la procédure, en indiquant les motifs de ce rejet. Ensuite, lorsque l'acheteur public a sélectionné 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.

Il convient toutefois de ne pas se précipiter. La notification du rejet des offres a pour effet de délier les entreprises de leur engagement, y compris lorsqu'elle a été envoyée par erreur⁹. C'est pourquoi le code des marchés publics précise, pour chaque procédure formalisée, que cette information n'intervient 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 (CMP, articles 59-II, 64-II, 66-VI, 67-VIII et 70-IX). Cette sécurité permet, en cas de défaut de production de ces documents par l'attributaire, de solliciter le candidat classé en deuxième position. Si celui-ci avait déjà reçu la lettre lui faisant part du rejet de son offre, il ne serait plus tenu de conclure le marché.

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, article 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 nouvelle articulation entre les dispositions des

⁸ TA Saint-Denis, 18 mai 2010, Sté SACPA, req. n° 1000309 ; et, a contrario, TA Lyon, 26 mars 2010, Sté Chenil service, précité.

⁹ CE, 31 mai 2010, Sté Cassan, n° 315851 ; voir le commentaire de Marie-Charlotte Bontron dans cette revue, p. 41.

articles 80 et 83 impose de communiquer les motifs détaillés, dès le stade de l'information immédiate. En effet, désormais, 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 **chapitre 2.1.**). L'information immédiate doit donc être complète, y compris lorsqu'elle est effectuée de manière volontaire, dans le cadre d'un marché passé en procédure adaptée ou d'un marché négocié sans publicité préalable.

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.

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 les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence, le I de l'article 80 dispose que la signature du marché ne peut intervenir avant l'expiration d'un délai de 16 jours, à compter de la date de la notification (11 jours en cas de notification par voie électronique).

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 code prévoit expressément que le respect de ce délai ne s'impose pas dans le cas des appels d'offres ou des marchés négociés, lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ni dans le cas des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique (CMP, article 80-I-2°).

Il ne s'impose pas non plus en procédure adaptée. Avant la transposition de la directive « *Recours* », il était recommandé de respecter un délai raisonnable entre

l'information des candidats non retenus et la signature du marché. La jurisprudence communautaire avait en effet jugé que l'absence de délai de suspension obligatoire ne devait pas avoir pour effet de faire échapper ces marchés à tout recours¹⁰. Or, avec la création du référé contractuel par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, les marchés passés selon une procédure adaptée et les marchés fondés sur un accord-cadre peuvent toujours faire l'objet d'un recours après qu'ils ont été signés. Ces marchés peuvent donc être signés dès qu'ils ont été attribués.

1.3.4. Les voies et délais de recours

Contrairement à ce qui a pu être écrit¹¹, la liste des voies et délais de recours qui doit figurer dans la lettre de notification ne doit pas couvrir l'ensemble du contentieux des marchés publics.

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 (article R. 421-5 du CJA), ce délai n'est opposable qu'à la condition d'avoir été mentionné dans la notification¹². 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'État du 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux signalisation, par lequel la Haute juridiction a ouvert une nouvelle voie de droit contre les contrats administratifs¹³, que les candidats évincés ne sont plus recevables à demander l'annulation pour excès de

¹⁰ CJCE, 28 octobre 1999, Alcatel Austria, aff. C-81/98.

¹¹ Voir notamment : Ph. Neveu, « *Éviction des candidats d'une procédure d'attribution de marché public : du bon usage des clauses relatives aux voies et délais de recours* », JCP éd. A, 2010, 2174.

¹² CE, 8 juin 1994, M. Mas, n° 141026.

¹³ CE, 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, n° 291545.

La signature du marché ne peut intervenir avant l'expiration d'un délai de « *standstill* »

pouvoir des actes détachables à compter de la conclusion du contrat, c'est-à-dire de sa signature par le représentant du pouvoir adjudicateur. 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*¹⁴ ».

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).

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

Le III de l'article 80 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.

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 industrielle, 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 commerciales¹⁵.

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.

1.4. Les modalités d'information

Le code des marchés publics n'impose pas de formalisme particulier. La notification des décisions de rejet et d'attribution peut être effectuée par voie postale ou par voie électronique (courrier électronique ou télécopie). La notification par un moyen de transmission électronique 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. À cette fin, il est recommandé de demander un accusé de réception ou d'effectuer la notification électronique par le biais du profil d'acheteur, qui bénéficie d'une fonction sécurisée et horodatée de transmission de documents aux candidats.

2. L'information sur demande des candidats écartés

Aux termes de l'article 83 du code des marchés publics, « *le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté, qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin* ».

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

Les articles 80 et 83, dans leur rédaction antérieure au décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009, organisaient un

¹⁵ Voir G. Delaloy et A. Lambotin, « *Secret des affaires et marchés publics* », CJFI n° 51, p. 113.

¹⁴ J. Boucher et F. Lenica, chr. AJDA 2007, p. 1582.

Le code des marchés publics n'impose pas de formalisme particulier

L'information des candidats ne peut porter atteinte aux secrets protégés par la loi

système d'information en deux phases qui n'étaient pas exclusives l'une de l'autre : l'information immédiate des candidats pouvait être complétée à la demande des entreprises. Désormais, les champs d'application respectifs des articles 80 et 83 ne se recoupent pas dans la mesure où le nouvel article 83 ne vise que les candidats qui n'ont pas été destinataires de la notification prévue au 1° du I de l'article 80.

En conséquence, si le pouvoir adjudicateur a notifié, de façon complète, aux candidats évincés les décisions de rejet et d'attribution et les motifs détaillés de ces décisions, en application de l'article 80 – 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, en application de l'article 83.

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, 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.

À l'instar de l'information immédiate, les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé¹⁶.

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.

Depuis 2006, le code des marchés publics n'impose pas la communication du montant du marché. Cette information figure dans l'avis d'attribution.

Bien évidemment, et même si l'article 83 ne le précise pas, l'acheteur public ne peut 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 entreprises¹⁷.

Guillaume Delaloy (Direction des affaires juridiques)

¹⁶ CE, 10 juillet 2009, Département de l'Aisne, n° 324156.

¹⁷ CE, 4 juillet 2005, n° 269177.