

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*

L'article 80-I-1° ne s'impose qu'aux 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.

Les marchés fondés sur un accord-cadre passé selon une procédure formalisée sont également soumis à cette obligation. Si cette règle n'est pas précisée explicitement par l'article 80, elle se déduit de 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.

En revanche, les dispositions du I de l'article 80 ne sont pas applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée¹. L'acheteur public peut toujours néanmoins se soumettre volontairement à cette formalité.

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

Aux termes de l'article 80 du CMP, 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. Toutefois, cette notification ayant pour effet de délier les entreprises de leur engagement, y compris lorsqu'elle a été envoyée par erreur², 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. Cette sécurité permet, en cas de défaut

¹ TA Lille 22 juin 2010, Société Application Concept, n° 1003569.

² CE, 31 mai 2010, Sté Cassan, n° 315851.

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.

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 nouvelle rédaction du code 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 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.

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 de rejet et d'attribution (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 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, art. 80-I-2°).

Il ne s'impose pas non plus en procédure adaptée. Toutefois, certains tribunaux administratifs ont jugé que, dans le cadre d'une procédure adaptée, le respect d'un délai raisonnable entre la notification volontaire de la décision d'attribution aux candidats évincés et la signature du marché étaient nécessaires, afin de permettre aux candidats évincés d'exercer un référé précontractuel et de fermer le référé contractuel³. Compte tenu de la rédaction explicite du 3° du I de l'article 80 du code des marchés publics, cette jurisprudence doit être accueillie avec prudence, tant que le Conseil d'Etat 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.

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.

³ TA Lyon, 26 mars 2010, Société Chenil Service, n° 1001296 ; TA Strasbourg, 26 juillet 2010, Laboratoire Cevrida, n° 1003254 ; TA Paris, 30 juillet 2010, Société Althing, n° 1012380.

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 notification⁴. 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 administratifs⁵, 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* »⁶.

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

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 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 dans le cadre des marchés publics](#)).

1.5. Les modalités de notification

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. La notification par un moyen de transmission électronique, y compris par voie de télécopie⁷, 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 par le biais du profil d'acheteur, qui bénéficie d'une fonction sécurisée et horodatée de transmission de documents aux candidats.

⁴ CE, 8 juin 1994, M. Mas, n° 141026.

⁵ CE, 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, n° 291545

⁶ J. Boucher et F. Lenica, chr. AJDA 2007, p. 1582.

⁷ TA Strasbourg 21 juillet 2010, Société Energest, n° 1003146.

2. L'information sur la demande des candidats écartés

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 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 et 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.

A l'instar de l'information immédiate, les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé⁸.

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.

Contrairement aux codes 2001 et 2004, le code 2006 n'impose pas la communication du montant du marché. Cette information figure dans l'avis d'attribution, lorsqu'un tel avis est publié.

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 entreprises.

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 contractuel⁹.

Toutefois, ce manquement ne peut être invoqué par le requérant que s'il est susceptible de le léser ou risque de le léser¹⁰. Tel est le cas lorsque la méconnaissance de l'obligation d'information a empêché l'entreprise de contester utilement le rejet de son offre¹¹.

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 statue¹².

⁸ CE, 10 juillet 2009, Département de l'Aisne, n° 324156.

⁹ CE, 21 janvier 2004, Sté Aquitaine Démolition, n° 253509.

¹⁰ CE Section, 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, n° 305420.

¹¹ CE, 6 mars 2009, Commune d'Aix en Provence, n° 314610.

¹² CE, 6 mars 2009, Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon, n° 321217.