

FICHE **27****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 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 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).

I. L'information immédiate**I.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 d'information 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^o 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 adaptée¹. 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 administrative.

1. CE, 19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435 ; CE, 11 décembre 2013, *Société antillaise de sécurité*, n° 372214.

I.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 attributaire du 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 documents mentionnés à l'article 46 du code. Cette sécurité permet, en cas de défaut de production de ceux-ci 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).

I.3. Le contenu de l'information des candidats non retenus

I.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 (v. point 2.1) sous réserve d'avoir fourni les éléments suffisants.

I.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. Le Conseil d'Etat a toutefois considéré qu'était suffisante la communication des notes et du classement de l'intéressé ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par celui-ci³.

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

3. CE, 19 avril 2013, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 365617 ; CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice Côte d'Azur*, n° 363342.

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.

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 2011⁴.

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°).

L'article 80 précise que la notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre doit comporter l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose. Pour satisfaire à son obligation, le pouvoir adjudicateur ne peut se contenter uniquement de rappeler le délai minimum prévu par l'article 80⁵. Si la notification adressée aux candidats évincés n'indique pas le délai de suspension, le juge du référé contractuel 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 contrat⁶. En effet, en l'absence d'indication du délai de suspension qu'il s'impose, le pouvoir adjudicateur ne peut le respecter. 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 ainsi infligé une pénalité financière de 10 000 euros⁷.

1.3.4. Les voies et délais de recours

Depuis la décision *Tarn et Garonne* du Conseil d'Etat⁸, « *tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles* ».

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

5. En effet, dès lors que le délai prévu à l'article 80 n'est qu'un minimum, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans la notification le délai de suspension qu'il entend s'imposer. CE, 15 février 2013, *Société SFR*, n° 363854.

6. Dans son arrêt n° 366153, *Société Bancel*, du 3 décembre 2014, le Conseil d'Etat a précisé que « *les vices tenant tant à l'absence de mention de ces voies et délais de recours qu'au non-respect de ce délai de suspension n'affectent pas la validité du contrat et ne sauraient, en conséquence, justifier son annulation ou sa résiliation* ».

7. CE, 30 novembre 2011, *DPM Protection*, n°350788.

8. CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn et Garonne*, n°358994.

L'indication des voies et délais de recours dans la notification des candidats évincés est sans incidence sur la recevabilité de ce recours direct dans la mesure où seul l'avis d'attribution permet de faire courir le délai de deux mois au cours duquel il est possible de contester la validité du contrat devant le juge administratif.

Par ailleurs, si le Conseil d'Etat avait admis dans la décision *Tropic*⁹ que le recours contre les actes détachables restait possible avant la signature du contrat, la décision *Tarn et Garonne* a mis fin à cette possibilité. La mention des voies et délais de recours dans la notification aux candidats évincés est donc désormais inutile.

Elle demeure cependant nécessaire pour les notifications d'abandon de la procédure, qui, en l'absence de contrat, peuvent toujours faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Enfin, des référés précontractuel et contractuel peuvent être introduits à l'encontre de la procédure ou du contrat. Ces recours n'étant pas dirigés contre la décision de rejet, il n'y a toutefois pas lieu de les indiquer dans la lettre de notification.

Les différentes voies de recours et les délais y afférents figurent, en toute hypothèse, dans les avis de publicité (avis d'appel public à la concurrence, avis d'intention de conclure et avis d'attribution).

I.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 industrielle, 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 (voir à ce sujet 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.

I.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.

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

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

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 adaptée¹¹. 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 de l'offre retenue permet au candidat de contester utilement son éviction devant le juge des référés précontractuels. Le pouvoir adjudicateur peut toujours communiquer à un candidat les motifs du rejet de son offre après la saisine du juge du référé précontractuel à la condition néanmoins que le délai laissé entre la communication de ces éléments et le moment où le juge statue soit suffisant¹².

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

L'acheteur public, s'il ne l'a pas déjà fait, 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.

Les motifs doivent être suffisamment détaillés, pour permettre au candidat de contester le rejet qui lui est opposé¹³.

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 lorsque ceux-ci en font la demande. A ce titre, il ne peut refuser de communiquer les éléments relatifs à l'offre retenue tels que le prix, les notes obtenues au titre des « sous-critères », ou encore les délais d'exécution¹⁴.

En revanche, 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.

11. CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n°363656.

12. TA Melun, 27 décembre 2013, *Sté Apave Parisienne*, n° 1310331/2 ; CE, 19 décembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

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

14. CE, 11 mars 2013, *min. de la Défense c/ Société Aéromécanic*, n° 364827 ; CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

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 contractuel¹⁵. Notamment, le juge des référés précontractuels peut enjoindre au pouvoir adjudicateur de procéder à la communication des informations demandées dans un délai qu'il détermine¹⁶.

Toutefois, ce manquement ne peut être invoqué par le requérant que s'il est susceptible de le léser¹⁷. Tel est le cas lorsque la méconnaissance de l'obligation d'information a empêché l'entreprise de contester utilement le rejet de son offre¹⁸.

En revanche, ce manquement n'est pas 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 éviction¹⁹, ou si les informations demandées sont étrangères aux caractéristiques de l'offre retenue²⁰.

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

16. CE, 11 mars 2013, *min. de la Défense c/ Société Aéromécanic*, n° 364827 ; CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.

17. CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420.

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

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

20. CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014.