



MÉLANIE ROUSSEL,
avocate associée,
cabinet Goutal, Alibert et associés

Obligation
L'information des candidats évincés constitue une formalité d'achèvement de la procédure, dont la méconnaissance expose l'acheteur à des recours contentieux.

Enjeu
Le contenu de la lettre de rejet, imparfaitement encadré par les textes, donne lieu à un dilemme : trop laconique, il expose au référé et, trop détaillé, il arme le candidat évincé.

Jurisprudence
Dans une décision de septembre 2024, le Conseil d'État a assoupli l'exigence de célérité de l'information : un long délai n'étant pas susceptible, à lui seul, de constituer un manquement.

Marchés publics Comment informer les candidats évincés

L'information des candidats et soumissionnaires évincés est une formalité obligatoire d'achèvement de la procédure de passation des marchés publics. Expression des principes d'égalité de traitement et de transparence, consacrés à l'article L.3 du code de la commande publique (CCP), elle revêt une importance considérable tant pour la régularité de la procédure que pour la gestion du risque contentieux. Pourtant, son contenu demeure insuffisamment défini par les textes, plaçant les acheteurs face à un dilemme : comment informer suffisamment sans fournir les armes pour un éventuel référé précontractuel ?

L'OBLIGATION D'INFORMATION DES CANDIDATS ÉVINCS, GAGE DE TRANSPARENCE DE LA PROCÉDURE

UNE OBLIGATION D'INFORMATION CONSACRÉE PAR LES TEXTES

Quelle que soit la procédure suivie, l'acheteur doit, «dès qu'il a fait son choix» (CCP,

art. L.2181-1), notifier «sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre» (CCP, art. R.2181-1). Cette obligation, qui découle du principe de transparence, ne constitue pas une nouveauté pour les acheteurs, puisqu'elle existait déjà, dans des termes approchants, dans le code des marchés publics depuis le début des années 2000. Si le contenu de cette information varie sensiblement selon la procédure (cf. infra), l'obligation s'applique aujourd'hui sans distinction à toutes les procédures, formalisées comme adaptées.

L'objectif poursuivi est clair : l'information des candidats évincés vise à permettre au soumissionnaire de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel. L'absence ou l'insuffisance de cette information constitue donc un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence (1). Le Conseil d'État

a toutefois adopté une approche pragmatique concernant le délai dans lequel cette information doit être donnée aux candidats évincés. Par une décision du 27 septembre 2024 (2), il a ainsi jugé que le long délai écoulé entre la décision d'attribution et l'information du candidat évincé – en l'espèce, un délai de quinze mois – «n'est pas susceptible, à lui seul, de constituer un manquement», dès lors que la société évincée a été mise à même de contester utilement l'éviction de son offre et que ces informations lui ont été transmises dans un délai suffisant avant que le juge des référés ne statue.

Cette solution ne saurait être lue comme une autorisation de différer la notification aux candidats évincés, qui doit, en tout état, intervenir avant la signature du contrat. Mais elle permet aux acheteurs de ne pas être enfermés dans une limite temporelle stricte.

UNE INFORMATION SPONTANÉE LIMITÉE

L'obligation de notification, par l'acheteur, du rejet de sa candidature ou de son offre au candidat ou soumissionnaire évincé constitue ce que l'on appelle couramment l'obligation d'information «spontanée», que l'on distingue de l'information «sur demande».

Pour les marchés passés en procédure formalisée, le contenu de cette information spontanée est encadré par les dispositions de l'article R.2181-3 du CCP ; cette notification «mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre. / Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre : / 1° Le nom de l'attributaire, ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ; / 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le

marché dans le respect des dispositions de l'article R.2182-1».

La notification spontanée doit donc mentionner les motifs du rejet. Si elle intervient après attribution du marché, elle comporte également le nom de l'attributaire, les motifs de choix de son offre et la date prévisible de signature dans le respect du



À NOTER
Même si son contenu varie sensiblement selon la procédure, l'obligation d'information s'applique aujourd'hui sans distinction à toutes les procédures, formalisées comme adaptées.

délai de «standstill». La communication des «caractéristiques et avantages de l'offre retenue» ne doit, quant à elle, être réalisée que «sur demande» des soumissionnaires, sous réserve que leur offre ne soit pas irrégulière, inacceptable ou inappropriée (CCP, art. R.2181-4). L'acheteur dispose alors d'un délai de quinze jours pour répondre à cette demande.

En procédure adaptée, les obligations sont allégées : seule la notification du rejet est exigée, sans aucune obligation de transmettre les motifs de choix ou de rejet ni le nom de l'attributaire (CCP, art. R.2181-2). L'ensemble de ces informations n'est à transmettre que «sur demande» du candidat ou soumissionnaire évincé.

UNE OBLIGATION AUX CONTOURS INCERTAINS

UNE CLARIFICATION JURISPRUDENTIELLE NÉCESSAIRE

Si la liste des informations à transmettre spontanément ou sur demande est clairement établie dans le CCP, la question de savoir ce que recouvrent «les motifs» du rejet ou du choix est une question lancinante : s'agit-il d'explications littérales ? Ou bien la communication de l'ensemble des notes obtenues sur chacun des critères et sous-critères est-elle suffisante ? Cette zone grise est précisément celle où se noue le dilemme pratique.

C'est la jurisprudence qui a dessiné les contours de cette obligation. Sauf si le rejet de l'offre résulte de son caractère inacceptable, irrégulier ou inapproprié, le Conseil d'État exige, a minima, que l'acheteur transmette le classement du candidat évincé, les notes attribuées, le nom de l'attributaire et ses notes (3), puisque la communication doit permettre de comprendre pourquoi l'offre a été jugée économiquement moins avantageuse (4). En revanche, ni le code ni la jurisprudence n'imposent la communication spontanée du détail des appréciations littérales sous-tendant les notes (5), ni celle du rapport d'analyse des offres (6).

Des questions identiques ont pu se poser concernant les «caractéristiques et avantages de l'offre retenue», certains candidats évincés allant jusqu'à exiger une analyse comparative et détaillée de l'offre de l'attributaire par rapport à celle du candidat

RÉFÉRENCE

Code de la commande publique, art. R.2181-1.

évincé, voire la transmission des éléments justificatifs produits par le candidat retenu. L'intervention du juge européen a permis utilement de clarifier l'étendue des informations exigibles dans ce cadre (7). L'idée n'est pas de permettre au candidat évincé de contrôler point par point la légalité de l'évaluation opérée sur les offres par l'acheteur, mais de pouvoir obtenir, de la part de l'acheteur, la justification de la décision d'attribution, de manière à pouvoir la contester devant un juge s'il l'estime nécessaire.

LA LETTRE DE REJET, ENTRE INSUFFISANCE ET EXCÈS

Le risque découlant d'une insuffisance d'information est bien connu : il constitue un manquement aux obligations de transparence, susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure.

L'existence de ce risque ne doit toutefois pas excessivement inquiéter l'acheteur : à la suite de la décision Smirgeomes (8), le juge considère qu'aucun manquement n'est constitué si l'ensemble des informations a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle ce juge statue a été suffisant pour permettre au candidat de contester utilement son éviction (9). Cette «jurisprudence pragmatique» (10) permet donc à l'acheteur de bénéficier d'un rattrapage : si l'obligation d'information n'a pas été parfaitement remplie, il aura les moyens d'y remédier avant de voir sa procédure annulée par un juge. En procédure formalisée, la stratégie la plus sûre consiste donc à ne communiquer d'emblée que l'ensemble des informations obligatoires : classement et notes du candidat évincé et de l'attributaire, nom de l'attributaire et date de signature.

À l'inverse, une lettre excessivement détaillée peut s'avérer contre-productive. En communiquant d'emblée l'intégralité des éléments d'appréciation – commentaires littéraux, avantages détaillés de l'offre retenue, éléments de comparaison –, l'acheteur offre au candidat évincé les

arguments pour soulever potentiellement de sérieuses critiques à l'occasion d'un référé précontractuel. Des appréciations maladroites, des incohérences entre notes et commentaires, ou la révélation de faiblesses dans l'analyse des offres deviennent alors autant de prises pour le requérant.

S'ajoute la contrainte du secret des affaires : l'acheteur doit examiner si les renseignements communiqués sont susceptibles de porter atteinte au secret commercial et industriel (11). L'excès d'information peut ainsi exposer l'acheteur à un double risque : contentieux et violation du secret d'un tiers.

La rédaction de la lettre de rejet relève ainsi d'un véritable exercice d'équilibriste. La stratégie la plus sûre consiste à adopter une approche séquentielle, qui permet de concilier transparence et maîtrise du risque contentieux. Dans ce cadre, la communication spontanée sera réservée aux seules informations imposées par les textes, les informations détaillées ou les appréciations littérales étant réservées aux demandes complémentaires. ●

- (1) CE, 21 janvier 2004, req. n°253509.
- (2) CE, 27 septembre 2024, req. n°490697.
- (3) CE, 15 février 2013, req. n°363854 ; CE, 19 avril 2013, req. n°365617.
- (4) CE, 23 novembre 2011, req. n°350519.
- (5) CJUE, 14 octobre 2020, aff. C-447/19.
- (6) Avant signature du marché, le RAO ne constitue pas un document achevé dont la transmission pourrait être exigée au titre du code des relations entre le public et l'administration : Cada, 5 juillet 2007, conseil n°20072665.
- (7) Idem.
- (8) CE, 3 octobre 2008, req. n°305420.
- (9) CE, 6 mars 2009, req. n°321217 ; voir aussi, plus récemment : CE, 1^{er} avril 2022, req. n°458793 et 458864.
- (10) Cf conclusions sous CE, 27 septembre 2024, req. n°490697.
- (11) CE, 30 mars 2016, req. n°375529.