

Informations des candidats évincés et communication de documents à leur demande

L'information des candidats et soumissionnaires évincés s'impose aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices à l'issue des procédures de passation des marchés publics. Cependant, cette obligation d'information ne suffit généralement pas à combler les attentes des entreprises évincées. Les acheteurs publics se retrouvent donc fréquemment confrontés à des demandes de communication d'informations ou de documents complémentaires.

Le principe de transparence des procédures visé à l'article L. 3 du Code de la commande publique oblige les acheteurs publics à transmettre aux candidats et soumissionnaires évincés les informations appropriées leur permettant de comprendre les motifs de leur éviction. S'agissant plus spécifiquement des marchés publics, différents dispositifs sont prévus au profit des opérateurs économiques afin de leur permettre de vérifier les conditions dans lesquelles s'est déroulée la procédure de mise en concurrence et de connaître les raisons qui ont conduit l'acheteur public à attribuer le marché public à l'un de leur concurrent.

Le Code de la commande publique consacre ainsi un chapitre spécifique⁽¹⁾ à l'information des candidats et des soumissionnaires évincés. Ce droit à l'information des candidats non retenus, propre au droit de la commande publique, est complété par le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs prévu dans le Code des relations entre le public et l'administration⁽²⁾, qui trouve à s'appliquer aux documents se rapportant à la procédure de passation des marchés publics.

Bien que ces mécanismes d'information et de communication de documents aux candidats évincés existent depuis plusieurs années et aient fait l'objet de nombreuses jurisprudences et avis de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (ci-après « CADA »), leur mise en œuvre n'apparaît pas toujours évidente. Une bonne maîtrise de ces dispositifs par les acheteurs publics s'avère pourtant indispensable afin d'une part, de s'assurer du respect de leurs obligations en matière de transparence et de mise en concurrence et, d'autre part, de désamorcer d'éventuel recours des concurrents évincés. Les acheteurs publics doivent donc avoir

Auteurs

Émeline Chazaud
Léa Girard
Cabinet Seban et Associés

(1) CCP, art. L. 2181-1, R. 2181-1 à R. 2181-6.

(2) CRPA, art. L. 300-1 et s.

une parfaite connaissance de l'étendue et des limites de leurs obligations en la matière pour trouver un juste équilibre entre transparence des procédures, bonnes relations avec les opérateurs économiques et gestion des risques contentieux.

L'obligation d'information des candidats évincés

L'information spontanée des candidats et soumissionnaires évincés, première source d'informations des entreprises évincées, constitue une formalité obligatoire d'achèvement des procédures de passation des marchés publics. Ainsi, quelle que soit la procédure de passation suivie, l'acheteur public doit notifier, sans délai, à chaque candidat et soumissionnaire, sa décision de rejeter sa candidature ou son offre^[3]. L'étendue et les modalités d'application de cette obligation seront différentes selon le type de procédure de passation qui aura été lancée et le moment de la notification.

Étendue du droit à l'information

Dans le cadre des procédures adaptées, les obligations des acheteurs publics sont allégées. Seule une notification du rejet de la candidature ou de l'offre est exigée à ce stade. Bien entendu, rien n'interdit aux acheteurs de motiver leur courrier de rejet pour éviter toute frustration des candidats qui pourrait les conduire à introduire des recours conservatoires par crainte de la signature des marchés avant qu'ils n'aient pu obtenir des réponses à leur demande d'informations complémentaires.

En procédure formalisée, l'étendue des informations à communiquer aux entreprises évincées dépend de l'état d'avancement de la procédure^[4]. En cas de notification avant l'attribution du marché, l'acheteur public doit transmettre spontanément les motifs de rejet de la candidature ou de l'offre. Postérieurement à l'attribution du marché, il doit également communiquer le nom de l'attributaire, les motifs qui ont conduit au choix de son offre et la date à laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect du délai de standstill^[5]. On rappellera, à toutes fins utiles, que ce délai de suspension ne s'impose qu'aux procédures formalisées et n'est donc pas applicable aux procédures adaptées^[6].

S'agissant du niveau de détail des informations à communiquer en procédure formalisée, le Conseil d'État impose, *a minima*, d'indiquer le classement du candidat évincé, le nom de l'attributaire et les notes obtenues par ces derniers au titre des critères et sous-critères de jugement des offres^[7]. Récemment, les juridictions

administratives ont considéré qu'étaient suffisants les courriers de rejet contenant les mentions suivantes :

- pour un accord-cadre multi-attributaires, « le nom des attributaires du lot, le classement des offres, les notes qui lui ont été attribuées et celles qu'ont reçues les offres retenues » et « les notes obtenues aux sous-critères techniques par chacun des candidats ^[8] » ;
- pour un marché public attribué à un groupement d'entreprises « le nom du groupement attributaire ainsi que le détail de sa notation et de celle de son groupement pour chaque critère et sous-critère^[9] ». L'acheteur n'est pas tenu de communiquer le détail de la composition du groupement d'entreprises attributaire.

Le Code de la commande publique, comme les dernières jurisprudences en la matière, n'imposent pas la communication spontanée des éléments d'explication relatifs aux notes attribuées. Ainsi, si l'acheteur public souhaite s'en tenir au strict minimum, il pourra se contenter de transmettre dans ses courriers de rejet le détail de la notation de l'offre du candidat évincé et de l'attributaire, sans fournir à ce stade plus d'explications. On gardera toutefois à l'esprit que si une telle stratégie peut apparaître séduisante pour tenter de canaliser les risques de contentieux immédiats, elle exposera probablement les acheteurs publics à une demande d'informations complémentaires, voire à un recours contentieux de la part des entreprises évincées qui voudront comprendre pourquoi leur offre a obtenu de telles notes.

Modalités d'application du droit à l'information

L'acheteur public doit informer les candidats évincés « sans délai ^[10] » et « dès qu'il a fait choix^[11] ». En procédure restreinte, la notification du rejet des candidatures doit intervenir dès que l'acheteur public a pris sa décision relative aux candidats admis à présenter une offre et sans attendre la fin de la procédure de passation. Les acheteurs publics ne seront toutefois pas tenus à l'issue de la procédure d'effectuer un nouvel envoi précisant le nom de l'attributaire et les motifs de choix de l'offre aux candidats ayant déjà été informés du rejet de leur candidature. En procédure ouverte, l'acheteur public informera tous les soumissionnaires évincés postérieurement au choix de l'attributaire.

L'obligation d'informer sans délai les entreprises évincées ne doit pas conduire les acheteurs publics à notifier leur décision de rejet trop tôt et en tout état de cause avant d'avoir procédé à la vérification de la régularité de la situation des candidats ou soumissionnaires pressentis^[12]. Les courriers de rejet ayant pour effet de délier les candidats de leurs engagements^[13], il convient de s'assu-

[3] CCP, art. R. 2181-1.

[4] CCP, art. R. 2181-3.

[5] CCP, art. R. 2182-1.

[6] CCP, art. R. 2182-1.

[7] CE 15 février 2013, req. n° 363854 et CE 19 avril 2013, req. n° 365617. La Cour de cassation adopte une position similaire, voir en ce sens Cass. com. 11 janvier 2023, n° 21-10.440.

[8] TA Guadeloupe 25 juin 2024, req. n° 2400733.

[9] TA Lyon 20 juin 2024, req. n° 2405082.

[10] CCP, art. R. 2181-1.

[11] CCP, art. L. 2181-1.

[12] CCP, art. R. 2144-4 et R. 2144-5.

[13] CE 31 mai 2010, req. n° 315851.

rer au préalable que les attestations fiscales et sociales ont été régulièrement produites par les candidats ou soumissionnaires choisis afin de pouvoir se retourner en cas de difficulté auprès de l'entreprise classée en seconde position.

On rappellera, même si cela semble une évidence, qu'il est important de notifier le rejet des offres par écrit et au moyen de la plateforme de dématérialisation des acheteurs publics. Ce formalisme est indispensable pour justifier de la notification du courrier de rejet et donc du point de départ du délai de standstill. Enfin, on ajoutera que si la mention de la date à laquelle le marché est susceptible d'être signé est nécessaire, celle des voies et délais de recours apparaît inutile.

Les demandes complémentaires des candidats évincés

Les informations transmises de manière spontanée par les acheteurs publics ne suffisent habituellement pas aux entreprises évincées qui se sont investies dans la préparation de leurs offres et ont parfois même participé à plusieurs auditions. Les acheteurs publics sont donc régulièrement saisis de demandes complémentaires qui selon la nature des éléments sollicités reposent sur des fondements différents.

Les demandes d'information complémentaires des candidats

Les acheteurs publics peuvent avoir à apporter des informations complémentaires aux entreprises évincées sur demande de ces dernières. Comme pour le droit à l'information spontanée, le droit aux informations complémentaires est à distinguer selon le type de procédure de passation.

En procédure adaptée^[14], tout candidat ou soumissionnaire ayant participé à la procédure de passation peut obtenir les motifs de rejet de sa candidature ou de son offre. Pour les soumissionnaires dont l'offre n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, l'information complémentaire devra également porter sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire. Dans les deux cas, la demande n'est soumise à aucun délai et peut même être formée après la signature du marché^[15]. Il appartiendra à l'acheteur public de répondre dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande.

En procédure formalisée^[16], l'obligation de communiquer les motifs du rejet étant imposée dès la notification de la décision de rejet, l'acheteur public est tenu de communiquer des informations supplémentaires en cas

de demande. Seuls les soumissionnaires qui n'ont pas vu leur offre rejetée comme étant irrégulière, inacceptable ou inappropriée peuvent obtenir lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés des informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou lorsque le marché a été attribué des informations sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue. Le Code de la commande publique précise, cette fois, que la réponse de l'acheteur public doit intervenir dans les « meilleurs délais » et au plus tard dans un délai de quinze jours à compter de la demande.

S'agissant du contenu des informations à communiquer au titre de ces dispositifs d'informations complémentaires, on précisera que la jurisprudence administrative n'exige pas que l'acheteur communique le détail des offres de l'attributaire et notamment, à titre d'exemple^[17], les caractéristiques détaillées des accessoires proposés pour chaque type de machine présentés dans l'offre de l'attributaire.

Lors de la rédaction des réponses à ces demandes de communication les acheteurs doivent veiller à la parfaite cohérence entre les informations complémentaires transmises et l'analyse détaillée qui figurent dans le rapport d'analyse des offres. On ne saurait que trop conseiller aux acheteurs publics d'anticiper les demandes complémentaires des candidats, qui sont de plus en plus fréquentes, en prévoyant par exemple, lors de la rédaction du rapport d'analyse des offres, des conclusions synthétiques sur chaque sous-critère qui pourraient être reprises dans les courriers de réponse aux demandes de compléments.

Enfin, si les acheteurs publics peuvent répondre à ces demandes d'informations complémentaires en transmettant des documents se rapportant à la procédure de passation, on rappellera qu'une telle pratique est facultative^[18] et qu'elle est même déconseillée avant la signature du marché s'agissant du rapport d'analyse des offres. En tout état de cause, les entreprises évincées ne sauraient solliciter la communication de tels documents sur le fondement des dispositions du Code de la commande publique au risque de se voir opposer un refus des acheteurs publics.

La demande de communication de documents se rapportant à la procédure de passation

Conformément aux dispositions des articles L. 300-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration, les candidats évincés disposent du droit de demander la communication de documents relatifs à la procédure de passation du marché à laquelle ils ont participé. Par de nombreux avis, la CADA a développé une doctrine dense, notamment accessible *via* la fiche relative à « La communication des documents administratifs

[14] CCP, art. R. 2181-2.

[15] Fiche technique de la DAJ « L'achèvement de la procédure : conclusion du marché public et mesures de publicité ».

[16] CCP, art. R. 2181-3.

[17] TA Martinique 29 décembre 2023, req. n° 2300740.

[18] TA Lyon 20 juin 2024, req. n° 2405082.

en matière de commande publique », ^[19] rédigée par la Direction des affaires juridiques de Bercy, qui dresse une typologie des documents communicables ou non dans le cadre de la passation des marchés publics. Parmi les documents pouvant intéresser plus particulièrement les candidats évincés, on citera :

- au titre des documents communicables sans restriction, les lettres de consultation adressées aux soumissionnaires ^[20], les lettres informant les candidats des conditions de la négociation ^[21], mais également des documents relatifs à l'examen des candidatures et des offres, tels que la liste des candidats admis à présenter une offre ^[22] ou encore la justification de la convocation des membres de la commission d'appel d'offres ^[23] ;
- au titre des documents non communicables, l'offre de prix détaillée contenue dans le bordereau des prix unitaires, la décomposition des prix globaux et forfaitaires ou le détail quantitatif estimatif ^[24] ;
- au titre des documents communicables sous réserve de l'occultation de certaines mentions, les procès-verbaux et les rapports de la commission d'appel d'offres relatifs à l'analyse et au classement des offres et au choix de l'attributaire ^[25].

Les demandes de communications de documents formulées par les candidats se heurtent à une limite temporelle tenant à la signature du marché. En effet, en application du Code des relations entre le public et l'administration ^[26], le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. En matière de marchés publics, ce n'est qu'une fois le marché signé que les documents se rapportant à la procédure de passation et ayant trait aux opérations d'attribution peuvent être communiqués. Tant que le marché n'est pas signé les acheteurs publics sont donc parfaitement fondés à refuser la communication d'un document, alors seulement préparatoire, pour ce seul motif. Postérieurement à cette signature, il leur appartiendra d'analyser les demandes de communication qui leur sont adressées au regard du type de document concerné et des limites applicables à la transmission de certaines informations.

On précisera également que si les acheteurs publics peuvent satisfaire à leur obligation de motivation du rejet des offres prévue par le Code de la commande publique en transmettant tout document permettant d'apprécier les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, ils ne pourront à l'inverse opposer à un candidat la communication de telles informations pour refuser la communication de documents ^[27].

L'encadrement du droit à l'information des candidats évincés

La présentation du droit à l'information des candidats évincés et de ses enjeux pour les acheteurs publics ne saurait être exhaustive sans une analyse de ses limites et des contrôles des obligations qui en découlent.

Les limites communes à la communication d'informations et de documents

Lors de la mise en œuvre des différents dispositifs d'information des candidats évincés qui viennent d'être évoqués, l'acheteur public est soumis à des limites identiques.

Le Code de la commande publique prévoit désormais, en son article L. 2132-1 : « L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telle que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres ». L'article pose néanmoins un tempérament à cette interdiction, en indiquant que l'acheteur public peut demander l'autorisation aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, et précisément désignées, puissent être divulguées. Il pourrait être envisagé de se saisir de cette possibilité en cas de doute quant au caractère communicable d'une information et ainsi de solliciter l'attributaire afin qu'il donne son autorisation à la communication d'informations portant sur les caractéristiques et avantages de son offre ou de certains documents de son offre.

Outre, les exemples d'informations confidentielles visées dans cet article du Code de la commande publique, les acheteurs publics devront être attentifs à ne pas transmettre des informations, conformément au CRPA, dont la divulgation méconnaîtrait le secret en matière commerciale et industrielle, le secret de la vie privée ou le secret professionnel ^[28]. À cet égard, on rappellera que la CADA distingue trois types de mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle, celles protégées par le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières, et le secret des stratégies commerciales.

Compte tenu du nombre d'informations susceptible d'être concerné par ses limites, les acheteurs publics doivent être particulièrement vigilants lors de la transmission des motifs de rejet et des caractéristiques et avantages de l'offre retenue ou encore lors de communication de documents se rapportant à la procédure de passation. Il est ainsi recommandé de systématiquement

[19] Fiche technique de la DAJ « La communication des documents administratifs en matière de documents administratifs ».

[20] CADA, avis n° 19993499 du 14 octobre 1999.

[21] CADA, conseil n° 20002823 du 27 juillet 2000.

[22] CADA, avis n° 20024332 du 7 novembre 2002.

[23] CADA, conseil n° 20002823 du 27 juillet 2000.

[24] CADA, avis n° 20161778 du 9 juin 2016 et CADA, avis n° 20091401 du 16 avril 2009.

[25] CADA, conseil n° 20091745 du 14 mai 2009.

[26] CRPA, art. L. 311-2.

[27] CADA, avis, n° 20114251 du 3 novembre 2011.

[28] Fiche technique de la DAJ « L'achèvement de la procédure : conclusion du marché public et mesures de publicité ».

vérifier si les informations ou documents à communiquer ne portent pas atteinte aux secrets protégés par la loi ou s'ils sont susceptibles d'affecter la concurrence entre les opérateurs. Les acheteurs publics ne peuvent pas procéder à des occultations excessives des documents^[29] ou refuser d'emblée de communiquer les informations ou documents au risque de se voir sanctionner par les juridictions administratives.

Le contrôle de l'obligation d'informations

L'obligation d'information des candidats évincés consacrée par le Code de la commande publique au nom du principe de transparence des procédures « a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge des référés précontractuels »^[30]. En conséquence, l'absence de communication ou l'insuffisance de communication, à une entreprise évincée, des motifs de rejet est susceptible de constituer un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. À cet égard, on rappellera que le juge du référé précontractuel a le pouvoir d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de procéder à la communication des informations demandées dans un délai qu'il détermine^[31].

Un tel manquement n'est toutefois pas sanctionné de manière automatique par le juge du référé précontractuel qui accepte que les acheteurs publics puissent régulariser un éventuel défaut d'information des candidats évincés en procédant soit à un complément d'information dans le cadre d'une réponse à une demande d'un candidat évincé^[32], soit en produisant les informations attendues en cours d'instance^[33] et avant que le juge des référés ne statue. En effet, la jurisprudence administrative considère « qu'un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations, mentionnées aux articles du Code de la commande publique précités, a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de

l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction »^[34].

Le fait que le courrier de rejet adressé par le pouvoir adjudicateur ne comporte pas toutes les informations normalement exigibles ne mettra donc pas nécessairement en péril la consultation. L'acheteur public aura la possibilité de se rattraper jusqu'au jour où le juge des référés statue et qui correspond à la date à laquelle le juge appréciera si les informations effectivement communiquées sont suffisantes pour écarter un manquement aux obligations d'information.

Concernant les recours au fond des candidats évincés, il convient de souligner que la juridiction administrative a jugé que : « la méconnaissance éventuelle de ces règles relatives à la seule information des candidats non retenus, et qui n'ont trait ni à l'objet même du marché, ni au choix du cocontractant, n'est pas de nature à justifier l'annulation du marché »^[35]. En outre, en matière indemnitaire, le juge administratif a rejeté une telle demande émanant d'un candidat évincé au motif qu'aucun lien de causalité direct et certain n'était établi entre les irrégularités relatives au défaut d'information et le préjudice invoqué^[36].

Si le respect des obligations d'informations des acheteurs publics est bien soumis au contrôle des juridictions administratives, le défaut ou l'insuffisance d'informations semble toutefois rarement sanctionné compte tenu notamment des sessions de rattrapage dont ils disposent.

Enfin, on rappellera brièvement, en ce qui concerne les demandes de communication présentées par les candidats évincés sur le fondement du CRPA, que le refus de communiquer un document administratif est soumis au contrôle de la CADA puis du tribunal administratif. La saisine de la CADA constitue un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux contre un refus de communication d'un document, lequel sera, le cas échéant, le seul moyen de contraindre l'acheteur public à la communication du document.

[29] CE 15 mars 2023, req. n° 465171.

[30] CE 1^{er} avril 2022, req. n° 458793.

[31] CE 11 mars 2013, req. n° 364827 ; CE 7 novembre 2014, req. n° 384014.

[32] TA Marseille 6 novembre 2023, req. n° 2309816.

[33] TA Guadeloupe 25 juin 2024, req. n° 2400733 et

CE 24 novembre 2023, req. n° 476301.

[34] CE 6 mars 2009, req. n° 321217 ; CE 1^{er} avril 2022, req. n° 458793.

[35] CAA Bordeaux 13 mars 2008, req. n° 06BX01418.

[36] CAA Bordeaux 21 décembre 2023, req. n° 22BX00924.