



## L'information des candidats évincés



L'information des candidats évincés est obligatoire pour les marchés passés selon une procédure formalisée.

### **I-1 / S'agissant des marchés soumis au Code des marchés publics**

L'article 80 du code des marchés publics rappelle que pour les marchés passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur doit d'une part, informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre en indiquant les motifs de ce rejet; d'autre part, respecter un délai entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord-cadre de 16 jours si la notification se fait par courrier AR et de 11 jours si la notification se fait par voie électronique.

### **I-2 / S'agissant des marchés soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005**

L'article 46-I du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 prévoit la même obligation pour les marchés soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 passés selon une procédure formalisée.

## II / L'information des candidats évincés pour les marchés passés selon une procédure adaptée.

### I-1 / La position du Conseil d'Etat

Dans un arrêt en date du 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, le Conseil d'Etat a considéré que pour les marchés passés selon une procédure adaptée, aucune disposition, ni aucun principe général n'impose au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats évincés avant la signature du contrat.

*« Considérant que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution ».*

En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur peut signer le marché avec l'entreprise retenue et informer ensuite les candidats évincés du rejet de leurs offres.

### II-2 / La position de la Cour administrative d'appel de Bordeaux et de Marseille

Dans un arrêt du 7 juin 2011, Association Collectif des Citoyens du Breuil-Coiffault, la Cour administrative de Bordeaux a décidé d'adopter une position diamétralement opposée à celle du Conseil d'Etat au nom des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures affirmés par l'article 1er du Code des marchés publics (équivalent de l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005).

Pour la Cour administrative de Bordeaux, l'information des candidats évincés présente un caractère substantiel et sa méconnaissance entache de nullité le marché qu'il s'agisse d'une procédure formalisée ou d'une procédure adaptée :

*« Considérant que les marchés passés selon la procédure adaptée prévue par les articles 26 et 28 du code des marchés publics en leur rédaction en vigueur du 1er septembre 2006 au 1er janvier 2008 sont soumis, et ce, quel que soit leur montant, aux principes généraux posés au deuxième alinéa du I de l'article 1er du même code, selon lesquels " les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence (...). " ; que si la personne publique est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle ;*

*Considérant que par un moyen nouveau recevable en cause d'appel, l'ASSOCIATION COLLECTIF DES CITOYENS DU BREUIL-COIFFAULT, M. Marcel ROSSOLIN et M. John THORNE soutiennent que la décision du maire de Hanc doit être annulée comme n'ayant pas été précédée d'une information des candidats évincés ; qu'il résulte des pièces du dossier que les candidats évincés n'ont pas été informés du rejet de leur candidature et de l'identité ou de la raison sociale des deux entreprises retenues par le maire de la commune de Hanc ; que cette formalité, qui relève des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, présente un caractère substantiel et trouve également à s'appliquer, y compris aux marchés passés selon la procédure prévue par les dispositions précitées de l'article 26 du code des marchés publics » (CAA Bordeaux 7 juin 2011, Association Collectif des Citoyens du Breuil-Coiffault, req.n°09BX02775)*

Dans un arrêt du 19 décembre 2011, Sté Hexagone 2000, la Cour administrative de Marseille a décidé d'adopter la même solution que la Cour administrative d'appel de Bordeaux toujours au nom des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures :

*« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 80 du code des marchés publics qu'elles ne sont pas applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée ; que, par suite, le SOCIETE HEXAGONE 2000 ne peut utilement invoquer la violation des dispositions précitées ; que toutefois, les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique, rappelés par le II de l'article 1er de ce code, selon lequel : « Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. (...) » ; qu'à ce titre, il incombe notamment à la personne responsable du marché d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre afin de permettre aux intéressés, éventuellement, de contester le rejet qui leur est opposé » (CAA Marseille, 19 décembre 2011, Sté Hexagone 2000, req.n°09MA02011).*

## III – La solution dégagée par le Conseil d'Etat est critiquable pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, parce qu'il est permis de s'interroger sur l'absence réelle de principe général qui dispenserait un pouvoir adjudicateur d'informer les candidats évincés avant la signature d'un marché passé selon la procédure adaptée.

Le principe de transparence des procédures qui a valeur constitutionnelle s'applique bien pour ces marchés en amont de la procédure au stade de la publicité (CE 30 janvier 2009 ANPE, req.n°290236- CE 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes, req.n°333569).

Dans ces conditions, on ne voit pas très bien les raisons pour lesquelles ce principe qui s'applique en amont de la procédure ne

s'appliquerait pas en aval de la procédure avant la signature du marché pour faire connaître la décision qui a été prise par le pouvoir adjudicateur. Il y a là un maillon manquant que les opérateurs économiques et les praticiens du droit ont bien du mal à comprendre. Ensuite, la solution est également sinon surprenante du moins très décevante car les marchés à procédure adaptée ne sont pas soumis au contrôle de légalité et n'ont pas à faire l'objet d'un rapport de présentation. En d'autres termes, aucune traçabilité ni aucune justification n'est finalement exigée avant et après la signature d'un marché à procédure adaptée alors que ce type de contrat représente pourtant l'essentiel de la commande publique : de quoi s'inquiéter pour la bonne utilisation des deniers publics et l'égalité entre les candidats, un autre principe à valeur constitutionnelle. C'est donc tout un pan de l'économie publique qui se retrouve paré d'un manteau particulièrement obscur...

Par ailleurs, elle n'est tout simplement pas respectueuse des opérateurs économiques qui ont pris la peine de passer plusieurs jours pour élaborer un offre, pour participer parfois à des négociations et qui au final ne seront jamais informés des résultats de la mise en concurrence ou l'apprendront par des voies détournées.

Enfin, l'absence d'information des candidats évincés avant la signature du marché permet de réduire à néant l'effectivité du référé précontractuel voulue par le législateur et le pouvoir réglementaire depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 sur les procédures d'urgence puisque les candidats n'auront pas connaissance de l'existence de telles voies de recours et des délais à respecter pour saisir la juridiction compétente.

Partant, elle prive tous les candidats évincés du droit à un recours juridictionnel efficace et rapide. En effet, une voie de recours est utile et efficace si elle permet véritablement que la cause du requérant soit entendue équitablement dans un délai raisonnable et de façon effective.