



## LES FICHES ACHAT

### Les obligations vis-à-vis des candidats évincés

#### Préambule

Les obligations vis-à-vis des candidats évincés sont régies par les articles R. 2181-1 à R.2181-6 du code de la commande publique. Dans un souci de transparence et d'égalité de traitement des candidats, l'acheteur doit remplir certaines obligations envers ces derniers.

#### A – l'obligation d'information envers les candidats non retenus

L'acheteur public a une obligation d'information des candidats non retenus, obligation résultant du principe de transparence posé à l'article L.3 du code de la commande publique. C'est également au nom de ce principe que les dossiers des candidats évincés doivent être conservés le temps nécessaire à un éventuel contrôle de l'activité des services.

##### a) L'obligation d'information

Concrètement, ces obligations imposent à l'acheteur public :

- D'informer les candidats : l'article R. 2181-1 du code de la commande publique dispose que « *L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre* ». L'information des candidats évincés est obligatoire pour toutes les procédures.
- De motiver cette décision : Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la motivation du rejet est obligatoire dès le courrier informant le candidat ou le soumissionnaire du rejet de sa candidature ou son offre (voir annexe lettre aux candidats évincés). L'opérateur économique peut ensuite demander par écrit des précisions complémentaires sur les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre. Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, il n'y a pas d'obligation de motiver la décision de rejet du candidat.
- De communiquer les motifs de rejet, uniquement sur demande des candidats ou des soumissionnaires : Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, « *tout candidat ou soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été rejetée peut obtenir les motifs de ce rejet dans un délai de quinze jours à compter de la réception de sa demande à l'acheteur. Lorsque l'offre de ce soumissionnaire n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, l'acheteur lui communique en outre les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché* ». (Article R. 2181-2 du CCP)

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, l'article R. 2181-4 du code de la commande publique précise qu'« à la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande :

1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ;

2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ».

- De respecter, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de 11 jours entre cette information et la signature du marché (Article R. 2181-1 du CCP)  
Ce délai minimal est porté à 16 jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique.  
Ce délai permet au candidat évincé de saisir le cas échéant le juge du référé précontractuel sur la base de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. Le juge peut enjoindre notamment à l'administration de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de 20 jours. Désormais, pour tous les marchés supérieurs à 40 000 € HT, l'information des candidats évincés est effectuée sur le profil acheteur.
- De mentionner les délais et voies de recours : Aucun texte ni aucun principe général du droit n'impose d'indiquer dans la notification de la décision d'attribution les délais et voies de recours ouverts contre la procédure ou le contrat lui-même, lesquels figurent obligatoirement dans l'avis de publicité. Toutefois, dans un souci de transparence, il est recommandé aux acheteurs d'indiquer dans le courrier d'information des candidats les délais et voies de recours.

#### b) Les informations qui peuvent être communiquées :

De façon générale, l'acheteur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

- Ferait obstacle à l'application des lois,
- Serait contraire à l'intérêt public,
- Porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé,
- Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

En pratique, il s'agit de respecter le secret des affaires, notamment, le secret des procédés, le secret des stratégies commerciales, de même que les informations sur les prix et les délais d'exécution (que le juge rapproche ici du secret des informations techniques).

Dans ces conditions, il revient aux acheteurs publics de faire preuve de la plus grande vigilance. Ils doivent en effet éviter deux écueils :

- Celui de faire le jeu des entreprises rivales qui tentent par tous moyens (y compris à travers des demandes de communication formulées par des tiers au marché) d'obtenir des informations sur la concurrence ;
- Celui de l'annulation du marché, sanction d'une méconnaissance des dispositions précitées.

Le cas échéant, la divulgation indue de renseignements protégés et non communicables par un agent peut constituer une faute passible de sanctions disciplinaires, voire de poursuites comme rappelé plus loin.

### c) le cas des marchés « sans suite »

Si l'acheteur décide d'arrêter la procédure, tous les candidats doivent être informés dans les plus brefs délais de « *la décision* » motivée de *ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure* ». (Article R.2185-2 du CCP).

## **B - La conservation des dossiers non retenus**

Cette procédure d'information des candidats non retenus ne met pas fin aux obligations de l'acheteur public. L'acheteur doit conserver également les dossiers des divers candidats durant un temps suffisant afin de permettre un contrôle éventuel, notamment des juridictions financières.

L'article R.2184-13 dispose que « *l'acheteur conserve les pièces constitutives du marché pendant une durée minimale de 5 ans dans le cas des marchés publics de fournitures ou de service, et 10 ans pour les marchés publics de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique, à compter de la fin de l'exécution du marché public* ». Les candidatures, les offres des candidats non retenus et les documents relatifs à la procédure sont, pour leur part, conservés au moins pendant 5 ans à compter de la date de signature du marché. (Article R.2184-12 du CCP).

Le nouveau référentiel de conservation des archives, consacré à la commande publique a été publié en janvier 2021. Ce guide fait un point sur l'archivage des documents des marchés, qu'ils soient "papiers" ou dématérialisés.

[https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2021/01/commande\\_publice\\_referentiel\\_de\\_conservation\\_v1\\_def.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2021/01/commande_publice_referentiel_de_conservation_v1_def.pdf)

## **C - le candidat évincé peut demander à avoir accès à certains documents**

En réponse à son éviction, le candidat évincé peut demander à avoir accès à certains documents afin de vérifier le bien-fondé de son éviction.

### a) Le principe du libre accès aux documents administratifs

Le Code des relations entre le public et l'administration accorde aux usagers des services publics un droit d'accès très large aux documents de l'Administration ; ainsi, l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public sont tenus de communiquer les documents administratifs qu'ils détiennent aux personnes qui en font la demande.

Cependant, ce droit d'accès doit notamment se concilier avec le secret des affaires, anciennement dénommé secret en matière industrielle et commerciale, protégé par l'article L311-6 du même code.

En effet, les documents administratifs dont la communication porterait atteinte à ce secret ne sont communicables qu'à l'intéressé, sous peine de sanctions : ainsi, un responsable des services

techniques d'un centre hospitalier a été condamné à une exclusion temporaire de 12 mois dont 11 avec sursis, au motif qu'il avait méconnu l'obligation de discrétion professionnelle ainsi que la réglementation du code des marchés publics (alors encore en vigueur) en communiquant à un candidat évincé des documents dont l'un contenait des indications détaillées, qui n'avaient pas été occultées, relatives aux montants et aux détails des offres non retenues ainsi qu'aux notes et appréciations portées sur chacune d'entre elles (CE, 4 juillet 2005, requête n°269177).

Par conséquent, l'acheteur public doit faire preuve d'une certaine prudence en matière de communication de documents. En cas de doute, la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) peut être consultée. En cas de refus de l'acheteur de communiquer les documents du marché dans le délai d'un mois, le candidat évincé pourra saisir la CADA.

### b) les documents communicables

Les marchés publics et les documents qui s'y apportent sont considérés comme des documents administratifs soumis au droit d'accès institué par la loi. La C.A.D.A. publie sur son site un tableau récapitulatif des documents communicables ou non dans le cadre de la passation d'un marché public (<http://www.cada.fr/marches-publics,6085.html>).

Sont ainsi communicables les pièces suivantes :

- Le Cahier des clauses administratives particulières (CCAP)
- Le Cahier des clauses techniques particulières (CCTP)
- Le Règlement de la consultation
- La liste des candidats admis à présenter une offre
- Le rapport de présentation du marché
- Le procès-verbal d'ouverture des plis, des candidatures ou des offres
- La lettre de notification du marché, après occultation des mentions protégées au titre du secret industriel et commercial
- Le rapport d'analyse des offres et éléments de notation et de classement : sont communicables les mentions qui concernent l'attributaire, mais ne le sont pas les mentions qui se rapportent aux autres candidats (sauf au demandeur lui-même)
- L'offre de prix globale des candidats, retenus ou non ;
- Le dossier de candidature de l'entreprise titulaire, avec l'occultation des éléments suivants : mentions relatives aux moyens techniques et humains, à la certification de système qualité, aux certifications tierces parties ainsi qu'aux certificats de qualification concernant la prestation demandée, ainsi que toute mention concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics.
- L'acte d'engagement et ses annexes, après occultations des coordonnées bancaires ou RIB et de l'annexe financière ;

### c) Les documents non communicables

La communication des documents administratifs supporte des limites dues au respect des secrets rappelés dans la présente fiche. Ainsi :

- Ne sont pas communicables les documents dont la communication porterait atteinte au secret de la défense nationale, à la sécurité des personnes, à la monnaie....
- Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée, au secret des affaires.

- Toutefois, pour se conformer à ces règles, il suffit le plus souvent d'occulter certains passages des documents en cause. Ceux-ci deviennent alors communicables.
- Sont couvertes par le secret des affaires, les mentions relatives aux moyens techniques et humains, à la certification de système qualité, ainsi qu'aux certificats de qualification concernant la prestation demandée, ainsi que toute mention concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics.
- La C.A.D.A. a également précisé, s'agissant de l'analyse des offres des entreprises non retenues, que seule l'offre de prix globale était communicable, le détail technique et financier de ces offres étant, en revanche, couvert par le secret des affaires.
- Concernant l'offre retenue, la position de la C.A.D.A. a évolué, sous la pression de la jurisprudence. En effet, le Conseil d'Etat a rappelé par une décision du 30 mars 2016, *Centre hospitalier de Perpignan (requête n° 375529)* que « *au regard des règles de la commande publique, doivent être regardées comme communicables, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces d'un marché public et que, dans cette mesure, l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire, notamment, sont en principe communicables. En revanche, les éléments qui reflètent la stratégie commerciale d'une entreprise opérant dans un secteur d'activité et dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret commercial ne sont, en principe, pas communicables* ». Or le C.E. a jugé que le bordereau des prix unitaires était une des pièces reflétant la stratégie commerciale.
- La CADA en a tiré les conséquences et a revu sa doctrine : dans ses avis n° 20161106 et 20161778, elle a ainsi considéré que le bordereau des prix unitaires, la décomposition du prix global et forfaitaire et le détail quantitatif estimatif ne sont pas communicables (avant l'expiration du délai de 25 ans qui protège le secret des affaires), que le marché soit ou non répétitif.

Enfin, les éléments communicables doivent être appréciés au cas par cas, et le droit d'accès ne s'applique qu'aux documents achevés : jusqu'à la conclusion du marché, les pièces sont encore considérées comme préparatoires, et ne sont pas communicables. Toute demande tendant à leur communication donnera alors lieu à une réponse d'attente.

## ANNEXE

### LETTRE-TYPE D'INFORMATION AUX CANDIDATS EVINCES

Acheteur  
Service  
OBJET :

Objet : *indiquer l'intitulé de la consultation*

Madame, Monsieur,

*En réponse à la consultation lancée pour l'affaire citée en objet, vous avez bien voulu me faire parvenir votre candidature (ou/et votre offre).*

*J'ai le regret de vous faire connaître que la Commission d'appel d'offres, lors de sa réunion du (à adapter en cas de procédures adaptées), n'a pas retenu votre candidature (ou votre proposition). Je vous précise que votre candidature (ou offre) a été analysée en tenant compte des critères pondérés énoncés dans le règlement de consultation, à savoir :*

- *critère n° 1 : (à préciser) votre offre a obtenu la note de ... pour les motifs suivants*
- *critère n°2 : (à préciser) votre offre a obtenu la note de ... pour les motifs suivants*

L'attributaire de ce marché est la société..... pour un montant de.....€ TTC. Ladite société a obtenu la note globale de ... sur ....

Je vous informe que la signature du marché interviendra dans un délai de ... jours. *(Mention obligatoire pour les marchés formalisés ; pour les MAPA, il n'est pas nécessaire de respecter un délai avant de mettre le marché en signature. Toutefois, il est conseillé de laisser un délai, par exemple, 6 à 10 jours)*

En outre, conformément à la réglementation, je vous précise que vous pouvez contester les décisions prises dans le cadre de la présente consultation, en déposant auprès du Tribunal Administratif de ..... :

- Soit un recours en référé précontractuel avant la signature du marché, par application des articles L.551-1 à L.551-12 du Code de Justice Administrative,
- Soit un recours en référé contractuel après la signature du marché, dans les trente et un jours qui suivent la date de publication de l'avis d'attribution du contrat, ou, à défaut d'un tel avis, dans les six mois qui suivent la date de conclusion de celui-ci, conformément aux articles L.551-13 à L.551-23 du même Code.

Comptant sur votre participation à de futures consultations, je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de ma considération très distinguée.

Le représentant de l'acheteur

## **D – Les conseils de l'AAP**

Sous l'effet conjugué de carnets de commande réduits, et de dispositions tendant à la fois à garantir les droits des entreprises et à renforcer la transparence autour des commandes publiques, les demandes d'explications progressent, de même que celles visant à obtenir communication des pièces (rapports d'analyse, procès-verbaux, pièces de marché). Dans ce contexte, l'AAP conseillera aux acheteurs :

- D'informer les candidats et soumissionnaires dès qu'une décision négative est prise, c'est-à-dire dès le rejet de sa candidature ou de son offre ;
- De veiller à un juste niveau d'information : dans la lettre de rejet, l'acheteur n'a pas l'obligation d'apporter spontanément une motivation détaillée, et pourra préciser, en quelques mots, ce qui a conduit à ne pas retenir la candidature ou l'offre, et indiquer les notes obtenues par l'attributaire et par le candidat évincé ; inversement, si le candidat en fait la demande par écrit, la motivation sera alors détaillée, par une comparaison avec l'offre retenue ;
- De faire une réponse d'attente en cas de demande de communication de pièces avant que le marché ne soit signé, et veiller à apporter les éléments demandés, une fois qu'il l'a été ;
- De ne communiquer que les éléments communicables : une simple consultation du site de la CADA répondra à la plupart des questions sur la communicabilité ou non des pièces, et sur les éléments qui devront être occultés ; dans le doute, on pourra saisir la CADA ;
- De veiller à ce que l'occultation soit réelle : dans un exemple vécu, un service d'une collectivité avait masqué des éléments sous Word par un surlignage occultant... et avait adressé la pièce par courriel, sous format Word. Il suffisait alors au destinataire de supprimer le surlignage pour accéder au document intégral !