

1. Les dispositions relatives à l'information des candidats évincés ont été refondues par le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009, afin de tirer les conséquences de la réforme du référé précontractuel ainsi que de l'introduction du référé contractuel.

Désormais, les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics ne sont en effet plus applicables aux marchés à procédure adaptée.

Il convient donc de se reporter à l'article 83 : *"Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin.*

Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était aux termes de l'article 35 ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est en outre tenu de lui communiquer 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."

Il n'existe donc plus d'obligation d'information des candidats quant aux motifs de rejet de leur candidature ou de leur offre, devant être opérée automatiquement et préalablement à la signature du marché.

Il existe en revanche un droit pour les candidats évincés à obtenir communication de ces motifs dans les quinze jours de la notification au pouvoir adjudicateur d'une demande en ce sens.

Der même, lorsque l'offre du candidat n' pas été rejetée au motif de son caractère, irrégulier, inacceptable ou inapproprié, c'est-à-dire en d'autres termes lorsqu'elle a pu être notée, le droit à communication s'étend aux caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue et au nom de l'attributaire.

Cependant, le défaut d'information des candidats évincés, préalablement à la conclusion du marché, qui certes n'est plus obligatoire, n'est pas sans conséquence du point de vue des voies de recours ouvertes contre le marché.

En effet, dans une jurisprudence récente, la première rendue sur référé contractuel, le tribunal administratif de Lyon a considéré, après avoir constaté que l'article 80, dans sa nouvelle rédaction, n'était pas applicable aux MAPA, que la commune avait pu légalement signer le marché puis informer les candidats évincés : *"considérant toutefois que par voie de conséquence, faute pour la ville de Vénissieux d'avoir fait le choix d'informer les candidats non retenus du rejet de leur offre et d'avoir ensuite respecté un délai raisonnable entre la notification de cette décision et la signature du marché, la société CHENIL France est recevable à saisir le juge du référé contractuel (...)"* TA Lyon, 26 mars 2010, Société Chenil Service, 1001296

Il convient encore de préciser que dans un tel cas de figure, ce référé contractuel peut être exercé pendant un délai de six mois suivant la conclusion du marché (article R.551-7 du cde de justice administrative).

Il est néanmoins possible de prendre des mesures de publicité afin de réduire le délai du référé contractuel, voire de supprimer l'accès à cette voie de recours.

1.1. En premier lieu, le pouvoir adjudicateur peut décider de publier un avis d'intention de conclure (article 40-1 du code des marchés publics) et respecter un délai de 11 jours (article L.551-15 du Code de justice administrative¹) entre la publication de cet avis et la signature du marché :

"Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564 / 2005 susmentionné, relatif à son intention de conclure un marché ou un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent code ou passé en application des articles 28 ou 30."

Cependant, en l'état de la réglementation, cet avis d'intention de conclure doit être publié au JOUE et selon un modèle conforme aux modèles européens, ce qui rend indéniablement ce dispositif lourd s'agissant des MAPA.

Néanmoins, l'accomplissement de cette modalité présente le mérite de fermer toute possibilité d'exercice d'un référé contractuel contre le marché, ce qui, pour les MAPA dont l'enjeu est caractérisé, ne saurait être négligé.

1.2. En second lieu (et alternativement), le pouvoir adjudicateur peut procéder à la publication d'un avis d'attribution, au JOUE, conformément aux formulaires européens, en application de l'article 85-1 alinéa 1 du code des marchés publics :

"Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article R. 551-7 du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis d'attribution, conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564 / 2005 déjà mentionné, informant de la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent code ou passé en application des articles 28 ou 30."

Si cette formalité est appliquée, le référé contractuel reste possible, mais enfermé dans un délai de 31 jours à compter de la publication de cet avis d'attribution.

2. S'agissant des voies de recours ouvertes dans le domaine des marchés publics (MAPA ou procédures formalisées) et sous réserve des développements ci-dessus, il existe en définitive quatre catégories de recours susceptibles d'être intentés par des candidats évincés :

- le référé précontractuel, qui peut être exercé à tout moment entre le lancement de la consultation et la signature du marché ;

¹ *"Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité."*

La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique."

- le référé contractuel, qui peut être exercé après la signature du marché, pendant un délai de 31 jours (lorsqu'un avis d'attribution a été publié ou de six mois (en l'absence d'avis d'attribution) (voir ci-dessus) ;
- le recours en contestation de validité, dans les limites définies par l'arrêt du Conseil d'Etat Tropic Travaux Signalisation, 16 juillet 2007, n°291545 : *"tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi"* Conseil d'Etat. **attention** : ce recours peut être accompagné d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ;
- le recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable du contrat, mais seulement dans la mesure où le candidat évincé ne dispose pas (encore) de la possibilité d'exercer un recours "Tropic" : considérant *"qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables"* (même décision)

Il convient encore de relever que lorsque les informations relatives aux voies et délais de recours ont été mentionnées dans les documents de consultation (avis d'appel public à concurrence, règlement de consultation, avis d'intention de conclure, avis d'attribution), une nouvelle mention dans le cadre d'une réponse à une demande de communication des motifs d'éviction formulée par un candidat évincé ne nous paraît pas devoir s'imposer.

A toute fins utiles, nous vous adressons deux schémas récapitulant les formalités à accomplir par les pouvoirs adjudicateurs en fin de consultation, qui permettront d'illustrer les propos ci-dessus.