

Information accessible de droit au soumissionnaire évincé de la passation d'un marché public : portée et enjeux



Noé Fontalba
Avocat à la Cour
Cabinet FTPA Avocats

INTRODUCTION

Tout praticien régulier du référé précontractuel¹ sait combien il est devenu difficile d'obtenir gain de cause pour le demandeur. Peut-être faut-il y voir un retour de balancier par rapport à l'époque pré-*Smirgomes*², où la moindre irrégularité suffisait à emporter l'annulation de la procédure, ou sans doute les autorités concédantes et acheteurs ont-ils tout simplement gagné en compétence sous la menace de cette procédure.

Quelles qu'en soient les raisons, la difficulté croissante de la tâche impose plus que jamais aux soumissionnaires évincés d'obtenir une information aussi complète que possible sur l'offre retenue et sur l'analyse à laquelle s'est livré l'acheteur ou l'autorité concédante. Le périmètre de l'information accessible de droit au soumissionnaire évincé est donc un enjeu central du référé précontractuel. Les présents développements se référeront uniquement aux dispositions relatives aux marchés publics, étant précisé que les textes relatifs aux concessions prévoient des obligations identiques.

Afin d'être en mesure de contester utilement le rejet de son offre, le code de la commande publique permet au soumissionnaire évincé, lorsque le marché a été attribué, de se voir communiquer, d'une part, les motifs du rejet de son offre, l'identité de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre³, et d'autre part, lorsqu'il a remis une offre qui n'est pas irrégulière, inacceptable ou inappropriée, les « *caractéristiques et avantages de l'offre retenue* », de manière spontanée en procédure adaptée et à sa demande en procédure formalisée⁴.

Ces informations sont cruciales pour nourrir l'argumentaire du requérant, car c'est souvent dans les éléments d'appréciation et de comparaison des offres que des manquements, susceptibles de léser le soumissionnaire évincé, peuvent apparaître.

Quelle portée doit-on toutefois donner à ce droit, et notamment à la notion de « *caractéristiques et avantages de l'offre retenue* » ? L'acheteur est, sur ce point, pris entre le marteau et l'enclume : chaque information qu'il donne est susceptible d'alimenter un recours contre sa procédure de passation, mais une communication jugée insuffisante par le juge peut entraîner l'annulation de la procédure – après qu'il lui ait été enjoint, au besoin sous astreinte, de communiquer les éléments estimés comme nécessaires.

Paradoxalement, bien que le sujet soit récurrent dans les dossiers de référés précontractuels, les juges des référés des tribunaux administratifs et judiciaires prennent rarement position sur le périmètre des motifs du rejet et des « *caractéristiques et avantages de l'offre retenue* » jugés suffisants pour considérer l'obligation comme remplie.

Le juge se borne fréquemment à constater que, soit dans le cadre des échanges précontentieux, soit en cours d'instance, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ont été spontanément communiqués par le pouvoir adjudicateur, sans que la décision ne donne d'indication sur la teneur exacte de ce qui a été communiqué⁵.

Dans d'autres situations, la décision révèle que l'acheteur a spontanément communiqué des commentaires écrits sur les avantages et défauts comparés des offres⁶, ce qui ne permet pas pour autant de déterminer la position qui aurait été la sienne si l'acheteur avait communiqué des informations plus restreintes. L'affaire *Commune de Vitry-le-François* de 2018⁷ en offre une illustration, l'information ayant été jugée suffisante par les juges et par le rapporteur public Gilles Pellissier, qui relevait l'envoi par la commune de « *deux courriers décrivant les caractéristiques de l'offre de la société Cvelum et justifiant, précisément, pour chaque critère et sous-critère, les notes qu'elle avait obtenues* »⁸.

Enfin, dans les situations où une position explicite est adoptée, on se heurte au caractère contradictoire des décisions, parfois au sein d'une même juridiction.

La position du juge du référé précontractuel en matière d'information du soumissionnaire évincé est donc difficile à cerner. On y distingue des tendances, des certitudes sur certains points, mais aucun cadre général énoncé, et surtout unifié, ne semble s'en dégager.

On pourrait y voir un effet du pragmatisme du juge en matière de commande publique et du souci de s'assurer avant tout de la possibilité qu'a le soumissionnaire évincé de contester utilement le rejet de son offre, plutôt que de fixer un cadre juridique trop rigide.

Toutefois, l'identification d'un cadre clair et unifié quant au niveau d'information jugé suffisant pour permettre au soumissionnaire évincé de contester utilement le rejet de son offre, serait opportun. Les acheteurs doivent en effet être en mesure d'évaluer précisément les éléments d'information qu'un juge est susceptible de leur imposer de communiquer aux soumissionnaires évincés. Il n'est pas rare qu'un acheteur, dans le processus d'appréciation, de comparaison et de notation des offres, commette en toute bonne foi des maladresses rédactionnelles dont un requérant, pugnace dans ses demandes de communication, pourrait s'emparer pour en dénoncer les incohérences. De même, un soumissionnaire évincé d'une procédure de passation doit être conscient des éléments d'information auxquels il pourra ou non accéder, pour apprécier l'opportunité d'introduire un recours.

ANALYSE DU CADRE JURIDIQUE

Rappelons dès à présent que les dispositions pertinentes du code de la commande publique sont issues de la transposition des directives « Marchés » et « Recours »⁹, d'où, comme on le verra, un dialogue substantiel entre le juge français et le juge de l'Union européenne.

On se concentrera essentiellement sur le sujet des informations relatives à l'offre retenue. Sur ce point, l'article R. 2181-4 du code de la commande publique se réfère à la fois aux « caractéristiques » et aux « avantages » de l'offre retenue, ce qui suppose de traiter séparément les réalités que recouvrent ces deux termes : le premier renvoie à la substance de l'offre et le

second à l'appréciation portée sur elle, par rapport à celle du soumissionnaire évincé. Chacune des deux notions est porteuse d'enjeux différents.

S'AGISSANT DES CARACTÉRISTIQUES DE L'OFFRE RETENUE

Sur le sujet des caractéristiques de l'offre retenue, le droit à communication du soumissionnaire évincé se heurte au secret des affaires de l'attributaire : non seulement les détails de son offre relèvent de la stratégie commerciale qu'il met en œuvre dans le champ concurrentiel au sein duquel il évolue, mais plus encore, en cas d'annulation et de reprise de la procédure de passation, les détails de son offre qui auront pu être révélés dans le cadre d'un référé précontractuel posent un problème sérieux d'asymétrie d'information entre les soumissionnaires.

La communication des caractéristiques de l'offre retenue, c'est-à-dire sa substance même et non l'appréciation portée par l'acheteur, se heurte à deux écueils, évoqués par l'article L. 2132-1 du code de la commande publique, aux termes duquel : « *L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles 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.* »

Le premier écueil concerne donc le secret des affaires, notion qui s'est substituée¹⁰ à celle de « secret industriel et commercial »¹¹.

Le code de commerce définit comme relevant du secret des affaires, toute information qui (i) « *n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* », (ii) « *revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret* », et enfin (iii) « *fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protections raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* »¹². Le premier considérant de la directive dont est issue la définition précitée, précise : « *Un autre moyen de*

*s'approprier les résultats de l'innovation consiste à protéger l'accès aux connaissances qui ont une valeur pour l'entité et qui sont peu connues, et à exploiter ces connaissances. Ces savoir-faire et ces informations commerciales de valeur, qui ne sont pas divulgués et que l'on entend garder confidentiels, sont appelés "secrets d'affaires" »*¹³.

Le code des relations entre le public et l'administration précise quant à lui, dans le cadre de ses dispositions relatives au droit à communication des documents administratifs et ses limites, que le secret des affaires comprend « *le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles* »¹⁴.

Ces approches complémentaires renvoient donc aux connaissances, savoir-faire et stratégies que les entreprises déploient de manière habituelle dans leur environnement concurrentiel.

Le deuxième écueil concerne la concurrence loyale entre les opérateurs économiques. Comme en témoigne la rédaction de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique, cette problématique est plus contextuelle : elle porte sur la préservation de la concurrence, non pas générale sur le secteur économique dans lequel évoluent les entreprises, mais particulière sur le marché public en cours de passation. Témoignent de cette problématique les affaires *Syndicat des eaux de Charente-Maritime* de 2006, *Région Réunion* de 2009 et *Ministre de la Défense c/ Société Aéromécanic* de 2013, qu'on évoquera successivement.

Dans la première, le Conseil d'État a censuré la consultation au motif que l'acheteur, dans le cadre d'une communication d'informations à un candidat évincé, avait transmis à ce dernier un document faisant apparaître les prix et les délais d'exécution proposés par les autres candidats, et ainsi « *faussé l'application des règles du jeu de la concurrence* »¹⁵.

Dans la deuxième, il a au contraire validé la communication du rapport d'analyse des offres en relevant que : « *cette communication étant intervenue après la sélection des offres, [elle] n'était donc plus susceptible de l'affecter et ne pouvait ainsi altérer la concurrence entre les entreprises candidates à l'attribution du marché* »¹⁶. Le rapporteur public Nicolas Boulouis invitait le Conseil d'État à « *dissiper un possible malentendu* »¹⁷ au sujet

de la première, en relevant que la décision *Smirgeomes*, intervenue entre-temps, avait déjà eu pour effet d'en relativiser la portée, et qu'il paraissait excessif de considérer que toute communication de renseignements protégés au titre du III de l'article 80 du code des marchés publics¹⁸ pourrait être considérée comme faussant la concurrence entre les soumissionnaires, lorsque, intervenue après le choix des offres, elle est « *objectivement insusceptible d'avoir une incidence sur l'attribution du marché* »¹⁹.

Cette construction jurisprudentielle a été parachevée par l'affaire *Ministre de la Défense c/ Société Aéromécanic*, qui s'est jouée en trois actes devant le Conseil d'État²⁰ et offre une grille de lecture relativement claire, mais, comme on le verra, qui n'est pas exempte de critique.

Dans cette affaire, la société requérante demandait la communication du montant global et des délais d'exécution de l'offre retenue, paramètres qui faisaient tous deux l'objet de critères d'attribution, communication que la Structure intégrée du maintien en conduite opérationnelle des matériels aéronautiques (SIMMAD) refusait. La première décision du Conseil d'État a prononcé un sursis à statuer « *jusqu'à ce que le ministre de la Défense lui ait communiqué [...] le montant global et les délais d'exécution de l'offre de la société Sabena Technics DNR, sauf à justifier que la communication de ces éléments porterait atteinte au secret des affaires* »²¹.

Le ministre de la Défense a pris le parti de persister dans son refus en invoquant, non plus le secret des affaires mais la loyauté de la concurrence, arguant de l'avantage compétitif que la requérante risquait de tirer de la communication des informations demandées, en cas de reprise de la procédure. Le Conseil d'État a toutefois écarté ce moyen dans sa deuxième décision, de telle sorte que le ministre de la Défense, enjoint, cette fois sous astreinte, de communiquer les éléments demandés et les soumettre au contradictoire, a été contraint de s'exécuter.

Quelle portée donner à cette décision ? Indiquons tout d'abord que, si le Rapporteur public invitait le Conseil d'État à refuser par principe la possibilité pour la personne publique de « *s'abriter derrière [le risque de nuisance à une concurrence loyale] pour refuser de communiquer aux candidats non retenus les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre qu'elle a*

choisie »²², deux objections pourraient être soulevées quant au raisonnement venant au soutien de cette position.

D'une part, ces conclusions tirent les enseignements suivants de la décision *Région Réunion* de 2009 : « *Vous avez donc déjà admis, implicitement, que la possible réutilisation d'informations sur les caractéristiques de l'offre retenue, en cas de reprise d'une nouvelle procédure à la suite d'une annulation par le juge du référé précontractuel, ne pouvait faire obstacle, en soi, au droit à communication des éléments en cause* »²³. Cette analyse pourrait être relativisée, compte tenu du contexte dans lequel le Conseil d'État se prononçait : il ne s'agissait pas de statuer sur le droit des soumissionnaires évincés à se voir communiquer les caractéristiques de l'offre retenue, mais sur le moyen, soulevé par ces derniers, tiré d'une altération de la concurrence causée par la communication spontanée de ces éléments par l'acheteur. Le Conseil d'État écartait donc nécessairement de son raisonnement toute considération relative aux conséquences de la communication en cas de reprise de la procédure, sans quoi le moyen eût acquis un caractère circulaire, consistant à dire : la procédure de passation doit être reprise au motif que des caractéristiques de l'offre retenue ont été communiquées et faussent ainsi la concurrence en cas de reprise de la procédure.

D'autre part, les conclusions se fondaient également sur l'existence de recours postérieurs à la signature du marché, à un stade où certaines caractéristiques de l'offre – notamment le montant global – deviennent communicables : « *s'il fallait prémunir le candidat attributaire contre le risque de voir ses concurrents exploiter la connaissance de certaines caractéristiques de l'offre, ce n'est pas la signature du marché qu'il faudrait attendre avant de les communiquer, mais la disparition de tout risque contentieux* »²⁴. On pourrait objecter que le risque de réutilisation des informations obtenues dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*²⁵ est moindre que dans le cadre d'un référé précontractuel, compte tenu du délai de jugement dans le premier cas : à supposer qu'une annulation ou une résiliation du marché contraigne l'acheteur à engager une nouvelle consultation, cette dernière interviendrait à un moment où, compte tenu des évolutions économiques, les informations sur l'offre retenue per-

draient largement de leur intérêt. Il est d'ailleurs fréquent qu'à la date du délibéré, le marché conclu soit entièrement exécuté. Restent les hypothèses d'un référé contractuel et d'un référé-suspension, mais ces deux procédures ne sont susceptibles d'aboutir que dans des cas résiduels. Le risque lié à la réutilisation d'informations sur les caractéristiques de l'offre retenue est donc bien plus prégnant dans le cadre d'un référé précontractuel que dans toute autre procédure contentieuse de la commande publique.

On pourrait même faire observer que l'existence de ces recours contentieux postérieurs à la signature du marché est précisément de nature à justifier la possibilité pour un acheteur de se retrancher derrière le risque d'altération de la concurrence, pour refuser de communiquer des caractéristiques de l'offre retenue avant la signature du marché : l'altération de l'effet utile du référé précontractuel serait ainsi compensée par la possibilité pour le soumissionnaire indûment évincé de faire valoir ses droits sur un autre terrain, notamment indemnitaire. Le risque de réutilisation des informations obtenues en cas de reprise de la procédure ordonnée par le juge du référé précontractuel est donc tout sauf anodin et il ne nous semble pas que le Conseil d'État l'écarte. D'ailleurs, dans l'affaire *Aéromécanic*, le Conseil d'État n'a écarté l'argument du ministre de la Défense relatif à la préservation de la loyauté de la concurrence, qu'après avoir relevé que le ministre « *n'apporte ainsi aucun élément de nature à établir que la communication des informations demandées porterait, en l'espèce, une atteinte au secret des affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques* »²⁶. À noter que la Cour de cassation, se référant « *notamment* » – ce qui implique un périmètre plus large – au prix de l'offre retenue, tient un raisonnement identique en ce qui concerne les marchés publics de droit privé, qui relèvent de la compétence du juge judiciaire²⁷.

Cette attention au risque d'altération de la concurrence en cas de reprise de la procédure paraît d'autant plus opportune que le périmètre desdites caractéristiques est susceptible de dépasser celles mises en jeu dans l'affaire *Aéromécanic*. En effet, cette dernière ne portait que sur le montant global et les délais d'exécution. Compte tenu, toutefois, du raisonnement

opéré par la décision du 11 mars 2013, on pourrait étendre le droit à communication à tous les éléments « *faisant l'objet de critères de sélection des offres* »²⁸. Il a d'ailleurs pu être jugé qu'une portion de l'offre financière – la partie à prix unitaires – ainsi qu'un taux de remise, qui faisaient chacun l'objet d'un sous-critère financier dans l'affaire en cause, devaient être communiqués²⁹.

Ni le Conseil d'État ni la Cour de cassation n'ont en revanche fourni un éclairage sur les éléments qui pourraient être de nature à établir une atteinte à ces intérêts protégés. On pourrait à cet égard envisager deux sortes de considérations.

La première tiendrait au stade auquel la procédure de passation reprendrait si le référé précontractuel devait prospérer. En effet, une reprise de la procédure au stade de l'analyse des offres prive le requérant de toute possibilité de tirer avantage des informations obtenues sur l'offre initialement retenue, puisqu'il ne présente pas de nouvelle offre, ni ne peut modifier celle qu'il a remise. On notera d'ailleurs que ces informations sont essentiellement susceptibles de nourrir des moyens tirés d'irrégularités dans l'analyse des offres (omission d'écarter une offre anormalement basse ou irrégulière, dénaturation de l'offre, mauvaise application de la méthode de notation...), et qui, s'ils sont fondés et opérants, n'imposent pas une nouvelle remise d'offres, mais seulement leur réexamen. La difficulté pourrait donc être contournée par une pratique du juge administratif qui consisterait à commencer par écarter tous les moyens impliquant une reprise de la procédure à un stade antérieur, avant d'enjoindre à l'acheteur de communiquer les caractéristiques de l'offre retenue.

Cette solution n'est toutefois que partiellement satisfaisante, car les caractéristiques de l'offre retenue peuvent aussi révéler des manquements commis à un stade antérieur à l'analyse des offres, par exemple l'utilisation d'une méthode de notation irrégulière, qui supposerait une reprise de la procédure au stade de la remise des offres, la méthode de notation devant en principe être fixée avant l'ouverture des plis³⁰, même si le Conseil d'État a pu – de manière étonnante – ordonner la reprise d'une consultation affectée par une méthode de notation irrégulière, au stade de l'analyse des offres³¹.

La deuxième pourrait consister à opérer une distinction entre les caractéris-

tiques « performancielles » de l'offre et ses caractéristiques « fonctionnelles »³², qui ne présentent à notre sens pas les mêmes risques en termes d'altération de la concurrence.

En effet, les conséquences de la révélation d'une caractéristique « performancielle » de l'offre retenue (montant global, délai d'exécution, fréquence d'une diligence...) sont relatives : chaque soumissionnaire est réputé avoir remis sa meilleure offre et avoir procédé à des arbitrages entre ses paramètres. Aussi, à supposer que l'opérateur initialement évincé tente de s'aligner sur l'offre initialement retenue à la faveur d'une nouvelle remise des offres, ce serait certainement au prix d'une dégradation de son offre sur d'autres paramètres, mais en plus, l'attributaire initial pourrait lui-même, conscient de ce risque d'alignement, tenter d'améliorer son offre.

Il n'en va en revanche pas de même pour les caractéristiques « fonctionnelles » de l'offre (outil, procédé technique, organisation de l'équipe dédiée, démarche environnementale, etc.), qui présentent un risque réel de mimétisme opportuniste, contre lequel les parades de l'attributaire initial sont plus incertaines. On notera d'ailleurs la résonance entre ces caractéristiques fonctionnelles et le champ d'application, évoqué plus haut, du secret des affaires. Ce dernier pourrait donc être envisagé comme le critère essentiel à l'aune duquel le caractère communicable des caractéristiques de l'offre au soumissionnaire évincé serait apprécié.

En conclusion, s'il est déjà acquis et reconnu que le montant global de l'offre doit être communiqué au soumissionnaire évincé, il peut être admis que toute caractéristique de l'offre qui fait l'objet d'un critère d'attribution ou d'un sous-critère a également vocation à l'être, sauf à ce que l'acheteur soit en mesure de démontrer un risque d'atteinte au secret des affaires ou à la loyauté de la concurrence. On doute que ce puisse être le cas pour les aspects performancielles de l'offre tels qu'un montant, un taux de remise ou encore une fréquence d'intervention, en revanche un tel risque nous semble bien plus aisé à démontrer pour des aspects fonctionnels de l'offre.

S'AGISSANT DES AVANTAGES DE L'OFFRE RETENUE

Le sujet de la communication des avantages de l'offre retenue soulève des enjeux

d'une autre nature. La notion d'« *avantage* » renvoie en effet à l'idée d'une appréciation comparative – donc subjective – des offres, et notamment celle de l'attributaire, conduite par l'acheteur. La finalité des dispositions relatives à l'information des soumissionnaires évincés, qui est de leur permettre de contester utilement le rejet de leur offre³³, implique nécessairement l'accès à l'analyse comparée des offres opérée par l'acheteur. Encore faut-il déterminer quel degré de précision et quelle forme doit prendre cette information.

Sur ce point, malgré une jurisprudence incertaine et un panorama contrasté des décisions de première instance, la position du juge français, qui semble le plus souvent se satisfaire des informations chiffrées, apparaît insuffisante. Dès 2014, Bertrand Dacosta faisait observer, dans le cadre de l'affaire *Nouvelle route du littoral*, que « *la notion d'"exposé synthétique des motifs pertinents"* [exigé par la nouvelle directive Recours 2007/66 du 11 décembre 2007] *pourrait ne pas coïncider avec une information purement chiffrée sur les notes obtenues* »³⁴, indiquant par-là que la seule communication d'éléments de notation ne serait pas de nature à remplir l'obligation de l'acheteur.

Le juge national semble néanmoins, dans la plupart des cas, se satisfaire des notes obtenues, d'abord pour les critères de sélection, puis pour les sous-critères, ce qui est d'ailleurs, comme a pu le relever la doctrine³⁵, cohérent avec le fait que des sous-critères sont considérés comme des critères d'attribution « *dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection* »³⁶.

C'est ainsi que le Conseil d'État a, dans sa décision *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne* de 2014, fait partiellement droit à une demande d'injonction de communiquer certaines caractéristiques et avantages de l'offre retenue, en limitant le périmètre de l'injonction, en ce qui concerne les avantages relevés par l'acheteur, aux notes obtenues par elle pour certains critères³⁷. D'autres précédents ont par ailleurs expressément considéré comme suffisantes les informations portant sur le détail des notes obtenues³⁸, y compris malgré l'absence « *d'analyse littérale des*

offres retenues»³⁹, même si on note, dans le sens contraire, une décision récente du tribunal administratif de Rennes dont il semble ressortir que c'est bien la communication des éléments d'appréciation littérale en complément du détail des notes obtenues, qui a permis au pouvoir adjudicateur de remplir son obligation⁴⁰.

La position de la jurisprudence administrative sur le périmètre de l'obligation d'information apparaît donc difficilement lisible, rares étant les décisions qui prennent expressément position dans un sens ou dans l'autre.

S'agissant du juge judiciaire, les solutions semblent diverger d'un juge à l'autre. On relève ainsi plusieurs décisions qui, en ce qui concerne les avantages de l'offre retenue, se satisfont de la communication des notes détaillées⁴¹, voire du seul classement des deux opérateurs⁴².

D'autres décisions sont en revanche allées plus loin : il a ainsi pu être jugé par le juge des référés du TGI de Paris que « les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue recouvrent notamment l'information relative aux notes obtenues au titre des critères et sous-critères, aux éléments de comparaison entre les deux offres, au prix de l'offre retenue »⁴³. En distinguant les notes obtenues des éléments de comparaison entre les deux offres, le juge semble bien avoir considéré que ces derniers doivent consister en des appréciations littérales. Plus récemment, le juge des référés du tribunal judiciaire de Fort-de-France a jugé que : « Les données chiffrées sont insuffisantes à elles seules pour porter une appréciation comparée des caractéristiques techniques entre les deux offres et notamment à clarifier l'attribution du marché à la société X »⁴⁴.

On notera le caractère récent des décisions dont il ressort – plus ou moins explicitement – que des commentaires doivent accompagner les notes obtenues. On y verra l'influence de la jurisprudence du juge de l'Union européenne, à la position plus claire et affirmée, et ce depuis plus d'une décennie.

Plusieurs décisions de la Cour de justice de l'Union européenne ont en effet explicitement jugé qu'en l'absence de « commentaire, même succinct »⁴⁵, le détail des notes ne constitue pas une information suffisante, ces éléments n'étant « pas de nature à permettre, d'une part, à la requérante de connaître les caractéristiques et avantages de l'offre retenue afin de faire

valoir ses droits et, d'autre part, au juge d'exercer son contrôle sur la comparaison effectuée par la Commission entre les offres »⁴⁶. L'enjeu est de permettre « au soumissionnaire concerné de comprendre les notes attribuées au regard des critères et des sous-critères du cahier des charges [...]. Une corrélation doit donc exister entre les commentaires recensant les points forts et les points faibles, d'une part, et les notes attribuées au regard de ces critères et sous-critères, d'autre part »⁴⁷.

Pour autant, le juge de l'Union ne va pas jusqu'à imposer la communication du détail de l'analyse des offres : « Il ne saurait être exigé [de l'acheteur qu'il] transmette à un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue, d'une part, outre les motifs du rejet de cette dernière, un résumé minutieux de la manière dont chaque détail de son offre a été pris en compte au titre de l'évaluation de celle-ci et, d'autre part, dans le cadre de la communication des caractéristiques et des avantages relatifs de l'offre retenue, une analyse comparative minutieuse de cette dernière et de l'offre du soumissionnaire évincé »⁴⁸.

Le juge de l'Union européenne a donc adopté une position plus exigeante que celle habituellement constatée chez le juge national, tout en ménageant des degrés de souplesse à l'acheteur. La nécessité d'une communication des notes assorties de commentaires écrits corrélés à ces dernières, se justifie de trois points de vue.

Premièrement, une note n'est pas en soi une appréciation mais la conséquence chiffrée de cette appréciation. Elle ne dit donc rien de l'avantage qu'a identifié l'acheteur par rapport aux autres offres, surtout si la méthode de notation, que l'acheteur n'est pas tenu de dévoiler, n'a pas été communiquée aux soumissionnaires.

Deuxièmement, l'effet utile du référé précontractuel suppose que le soumissionnaire évincé soit en mesure d'obtenir des informations susceptibles de nourrir les moyens qu'il peut utilement invoquer. C'est au nom de ce raisonnement que Bertrand Dacosta, invitait le Conseil d'État, dans l'affaire *Aéromécanic* précitée, à considérer que le montant global de l'offre est au nombre des caractéristiques de l'offre devant être communiquées au soumissionnaire évincé : le juge du référé précontractuel pouvant se saisir du moyen

relatif à une offre anormalement basse, l'effet utile du référé précontractuel suppose que le soumissionnaire évincé soit en mesure de s'en emparer et connaisse donc le montant global de l'offre retenue.

Or, si le juge du référé précontractuel ne s'immisce pas dans les appréciations portées par l'acheteur, sauf en cas de dénaturation de l'offre⁴⁹, le contrôle de la cohérence entre les notes et les appréciations littérales semble, en revanche, entrer dans son office⁵⁰. D'ailleurs, dans les décisions qui en témoignent, le juge des référés s'est placé sur le terrain de la méthode de notation – dont le contrôle entre dans l'office du juge du référé précontractuel⁵¹ – comme l'a d'ailleurs fait, dans un recours au fond, la cour administrative d'appel de Bordeaux au sujet d'une procédure entachée par des « incohérences avérées et répétées entre les appréciations littérales et les notes chiffrées attribuées aux candidats »⁵².

Ainsi, dès lors qu'une incohérence entre les notes obtenues et les appréciations littérales portées sur les offres, est susceptible d'être sanctionnée par le juge du référé précontractuel, l'effet utile de ce recours suppose d'avoir accès concomitamment à ces deux éléments.

Troisièmement, cette obligation de communication peut également se concevoir comme servant les intérêts de l'acheteur, le référé précontractuel constituant une opportunité de rectifier, en temps utile – avant la signature du marché – des irrégularités qui, une fois le marché signé, peuvent être révélées par d'autres moyens et dont les conséquences peuvent être plus graves. D'une part, une fois le marché signé, le rapport d'analyse des offres devient communicable⁵³, de telle sorte qu'une incohérence entre appréciations littérales et notes attribuées finit par apparaître. D'autre part, une fois le marché signé, l'acheteur s'expose, dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*, à une résiliation, voire une annulation du marché, ou encore à devoir verser des dommages et intérêts, conséquences autrement plus lourdes qu'une reprise de la procédure de passation.

Les acheteurs, qui ne sont pas tenus de communiquer le détail de leur analyse, devront toutefois prendre garde à la cohérence entre le rapport d'analyse des offres (communicable après signature) et les commentaires succincts communiqués au titre de l'article R. 2181-4 du code

de la commande publique. Ils pourront aussi préférer transmettre directement le rapport d'analyse des offres – ils le font parfois – chaque solution présentant des avantages et inconvénients à mesurer avec prudence et discernement : une information exhaustive est davantage susceptible de nourrir la critique d'un soumissionnaire évincé, mais la synthétiser peut engendrer des déformations ou des incohérences également porteuses de risques juridiques.

S'AGISSANT DE LA COMMUNICATION DES MOTIFS DU REJET DE L'OFFRE

On notera enfin, incidemment, que le juge de l'Union européenne, dans le cadre de sa jurisprudence évoquée plus haut, semble appliquer cette exigence de motivation écrite succincte aussi bien aux avantages de l'offre retenue, qu'aux motifs de la décision de rejet de l'offre. Ce détail n'est pas indifférent, car la communication des motifs du rejet de l'offre, si elle partage une finalité avec la communication des avantages de l'offre retenue – permettre au soumissionnaire évincé de comprendre les raisons du rejet de son offre de le contester utilement – emporte un enjeu supplémentaire, relatif au délai de suspension de signature du marché. En effet, la Directive « Recours », qui impose un délai de suspension de signa-

ture du marché à compter de l'envoi de la décision d'attribution du marché aux soumissionnaires, prévoit⁵⁴ que cette décision doit être assortie des « motifs pertinents visés à l'article 41, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE » – c'est-à-dire des motifs de rejet de l'offre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue faisant quant à eux l'objet d'un point distinct dans les directives « Marchés » en vigueur⁵⁵, comme c'était le cas dans les textes précédents⁵⁶.

Dans le cadre de la transposition en droit français, cette dichotomie a été reprise, puisque, en ce qui concerne les marchés passés selon une procédure formalisée, seuls à être concernés par le délai de *standstill*, l'article R. 2182-1 du code de la commande publique, qui impose ce délai, renvoie au seul article R. 2181-3, relatif aux motifs du rejet, mais non à l'article R. 2181-4, relatif aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue, ce qui est du reste logique, ces derniers étant communiqués à la demande de l'intéressé et non spontanément.

Aussi, le juge de l'Union européenne imposant la communication de commentaires écrits aussi bien pour les motifs du rejet de l'offre que pour les avantages de l'offre retenue, pourrait avoir pour effet d'empêcher le délai de *standstill* de courir, dans les cas où l'acheteur se contenterait,

dans sa lettre de rejet au soumissionnaire évincé, de lui communiquer le détail de ses notes sans l'assortir de commentaires relatifs à l'appréciation de sa propre offre⁵⁷.

CONCLUSION

La pratique du référé précontractuel devant le juge français réduit souvent le périmètre de l'information due par l'acheteur au soumissionnaire évincé, au montant global de l'offre retenue et au détail comparé des notes.

Or, tant les acheteurs que les opérateurs économiques ne mesurent pas toujours que le périmètre de cette obligation est en réalité plus étendu, tout en étant borné par des considérations somme toute très pragmatiques.

Tous ont donc intérêt à ce qu'un cadre juridique marqué par davantage de clarté et de précision soit défini par les juridictions suprêmes, afin que les incertitudes soient levées et que les exigences du droit de l'Union soient enfin pleinement intégrées et de manière uniforme et cohérente dans l'ensemble des juridictions. ■

¹ Article L. 551-1 du code de justice administrative ; article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.

² CE S. 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe*, n° 305420 : au Recueil.

³ Article R. 2181-3 du code de la commande publique.

⁴ Articles R. 2181-2 §2 et R. 2181-4 du code de la commande publique.

⁵ TA Paris 11 juillet 2018, n° 1810677 ; TA Versailles 21 septembre 2020, n° 2005666 ; TA Cergy-Pontoise 9 mars 2020, n° 2001861 ; TA Melun 26 juillet 2021, n° 2105893 ; TA Guyane 2 mars 2020, n° 2000106.

⁶ TA Rennes 27 janvier 2021, n° 2100008 ; TA Lyon 17 janvier 2017, n° 1609017 ; TA Lille 3 février 2020, n° 2000255 ; TGI Paris 29 décembre 2017, n° 17/60667.

⁷ CE 22 janvier 2018, *Commune de Vitry-le-François*, n° 414860 : *BJCP* 2018, n° 118, p. 158.

⁸ Conclusions G. Pellissier sur décision *Vitry-le-François*, préc.

⁹ Directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014 et 2007/66/CE du 11 décembre 2007.

¹⁰ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

¹¹ Même si, de l'avis de la doctrine, ces deux notions ne recouvrent pas exactement la même réalité, on peut considérer qu'en matière de commande publique, et particulièrement sur le sujet traité ici, elles sont entièrement substituables. Par convention, on se référera donc exclusivement à la notion actuelle de « secret des affaires ».

¹² Article L. 151-1 du code de commerce.

¹³ Directive n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 – considérant 1^{er}.

¹⁴ Article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁵ CE 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, n° 278601 : *BJCP* 2007, n° 50, p. 28.

- ¹⁶ CE 16 novembre 2009, *Région Réunion*, n° 307620 : *BJCP* 2010, n° 68, p. 15.
- ¹⁷ Conclusions N. Boulouis sur la décision CE 16 novembre 2009, *Région Réunion*, préc. ; *BJCP* n° 68, février 2010, p. 15.
- ¹⁸ Aujourd'hui l'article L. 2132-1 du code de la commande publique.
- ¹⁹ Conclusions N. Boulouis sur la décision *Région Réunion*, précitées.
- ²⁰ CE 11 mars 2013, *Ministre de la Défense c/ société Aéromécanic*, n° 364827 ; CE 29 mai 2013 (mêmes parties et numéro) : *BJCP* 2013, n° 90, p. 342 ; CE 17 juillet 2013 (mêmes parties et numéro). **ATTENTION** : à la date de rédaction de cet article, le site legifrance.fr reproduit par erreur la même décision du 11 mars 2013 pour chacune des trois dates. Par ailleurs, la décision reproduite aux pages 345-347 du *BJCP* n° 90 de septembre-octobre 2013 n'est pas celle du 29 mai 2013 (comme la table des matières l'indique), mais celle du 11 mars 2013. Les conclusions Dacosta reproduites à la page 342 sont bien celles sur la décision du 29 mai 2013.
- ²¹ Décision du 11 mars 2013, précitée - dispositif : *BJCP* 2013, n° 90, p. 342.
- ²² Concl. Dacosta sur décision CE 29 mai 2013, *Ministre de la Défense c/ Société Aéromécanic*, n° 364827 : aux Tables ; *BJCP* 2013, n° 90, p. 342.
- ²³ *Ibid.*
- ²⁴ *Ibid.*
- ²⁵ CE Ass. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994 : au Recueil.
- ²⁶ Décision du 29 mai 2013 préc., cons. 3.
- ²⁷ Com. 6 décembre 2016, n° 15-26.414 : au *Bulletin*.
- ²⁸ Décision du 11 mars 2013 préc., cons. 13.
- ²⁹ TJ Fort-de-France 1^{er} avril 2021, n° 21/00264.
- ³⁰ CJUE 14 juillet 2016, *TNS Dimarso NV*, aff. C-6/15, point 31.
- ³¹ CE 13 novembre 2020, *Commune de Perpignan*, n° 439525.
- ³² Nous nous inspirons ici de la typologie que la DAJ propose pour les spécifications techniques dans l'expression du besoin de l'acheteur - Fiche « *La définition du besoin* », point 1.1, MAJ du 1^{er} avril 2019.
- ³³ CE décision *Smirgeomes*, préc.
- ³⁴ Conclusions Dacosta sur la décision CE 5 mars 2014, *Société Eiffage TP*, n°s 374048 et 374049 : aux Tables.
- ³⁵ L. Givord et P. Proot, « Appréciation des offres et communication des notes des sous-critères : le pragmatisme du juge », *Contrats Publics* n° 150, janvier 2015, p. 66-70.
- ³⁶ CE 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377 : au Recueil.
- ³⁷ CE 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, n° 384014.
- ³⁸ TA Lille 22 décembre 2017, n° 1710440 ; TA Paris 24 août 2016, n° 1611778 ; TA Paris 13 mai 2014, n° 1221092 ; TA Paris 25 août 2016, n° 1611938.
- ³⁹ TA Besançon 26 février 2020, n° 2000200.
- ⁴⁰ TA Rennes 24 février 2020, n° 2000394.
- ⁴¹ TGI Paris 5 mai 2017, n° 17/53848 ; TGI Paris 19 juillet 2017, n° 17/54766 ; TGI Paris 17 novembre 2017, n° 17/59653.
- ⁴² TGI Paris 22 décembre 2017, n° 17/60641.
- ⁴³ TGI Paris 27 mars 2018, n° 18/52233.
- ⁴⁴ TJ Fort-de-France 1^{er} avril 2021, n° 21/00264, préc.
- ⁴⁵ Trib. 20 octobre 2011, *Alfatar Benelux c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. T-57/09, point 37.
- ⁴⁶ Trib. 9 septembre 2010, *Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinnion Pliroforikis kai Tilematikis AE*, aff. T-300/07, point 70.
- ⁴⁷ Trib. 5 mars 2019, *Yellow Window NV c/ Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes*, aff. T-439/17, point 73.
- ⁴⁸ CJ 4 octobre 2012, *Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinnion Pliroforikis kai Tilematikis AE c/ Commission européenne*, aff. C-629/11 P, point 21 ; Trib. 14 décembre 2017, *European Dynamics Luxembourg SA et a. c/ Parlement européen*, aff. T-164/15, point 28
- ⁴⁹ CE 20 janvier 2016, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, n° 394133 : aux Tables.
- ⁵⁰ TJ Paris 20 mai 2020, n° 20/52961 ; TA Cergy-Pontoise 22 juillet 2021, n° 2108609 - décision de rejet donc à aborder avec prudence, mais le moyen n'est pas jugé inopérant.
- ⁵¹ CE 4 avril 2018, *Ministre des Armées*, n° 416577 ; lire également les conclusions G. Pellissier sur cette décision.
- ⁵² CAA Bordeaux 14 juin 2021, n° 19BX01864.
- ⁵³ CADA 21 septembre 2017, n° 20172534.
- ⁵⁴ Article 2bis de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007.
- ⁵⁵ Article 55 de la directive 2014/24/UE et article 75 de la directive 2014/25/UE.
- ⁵⁶ Article 41 de la directive 2004/18/CE et article 49 de la directive 2004/17/CE.
- ⁵⁷ Voir sur ce point conclusions Dacosta sur la décision *Société Eiffage TP*, préc.