

Communication au candidat évincé d'un marché public des motifs détaillés ayant motivé son éviction

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Communication au candidat évincé d'un marché public des motifs détaillés ayant motivé son éviction. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2010. hal-01877822

HAL Id: hal-01877822

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01877822>

Submitted on 20 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Communication au candidat évincé d'un marché public des motifs détaillés ayant motivé son éviction », *Contrats Concurrence et Consommation*, février 2010, comm. n° 53.

Catherine Prebissy-Schnall

La communication aux candidats évincés du rapport d'analyse des offres, intervenue après la sélection des offres, n'est plus susceptible d'affecter la sélection des offres et ne peut donc pas altérer la concurrence entre les entreprises candidates à l'attribution du marché.

[CE, 16 nov. 2009, req. n° 307620](#) , Région Réunion

Saisi d'un pourvoi contre une ordonnance de référé précontractuel, le Conseil d'État précise le périmètre concernant la communication d'informations à un candidat évincé au stade de la désignation de l'attributaire à un marché public. En l'espèce, la candidature du groupement composé des sociétés Bagelec, Corem et Ragni a été écartée, par la Région Réunion, de la procédure d'appel d'offres ouvert du marché relatif à la réalisation d'ouvrages souterrains sur les sections 1 et 2 de la Route des Tamarins. En s'appuyant sur l'[article 83 du Code des marchés publics](#), le candidat évincé a alors demandé la communication des motifs détaillés ayant motivé son éviction. Après avoir reçu le rapport d'analyse des offres, il a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion qui a fait droit à sa demande en estimant que la communication du rapport « comportait des informations susceptibles de nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques », contrairement à ce que prévoit l'[article 80, III du Code des marchés publics](#) relatif aux informations communicables. La région Réunion a alors formé un pourvoi en cassation contre l'ordonnance en date du 2 juillet 2007. Le Conseil d'État donne raison au pouvoir adjudicateur en considérant que la communication du rapport d'analyse des offres n'a pas de conséquence sur la concurrence entre les sociétés candidates, dès lors que cette communication intervient après l'attribution du marché et donc *a fortiori* après la sélection des offres. Il en a donc déduit que le juge des référés a entaché son ordonnance d'une erreur de droit puisque aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reproché à ce titre au pouvoir adjudicateur par la voie du référé précontractuel de l'[article L. 551-1 du Code de justice administrative](#).

Cet arrêt nous place au carrefour du droit des marchés publics et du droit de la concurrence, nous balance du côté de la transparence ou du côté du secret des affaires, et appréhende ainsi le droit à l'information du candidat dans toutes ses dimensions et implications.

Le juge revient tout d'abord sur les modalités d'achèvement de la procédure dont l'information du candidat évincé fait partie. La région Réunion a-t-elle méconnu son obligation de motivation du rejet de son offre ? Outre les solutions de contrôle interne et d'audits, un des meilleurs moyens de contrôler la régularité de l'action administrative est encore de confier aux sujets destinataires des décisions prises par les autorités publiques, le pouvoir d'en contester la forme et le contenu. Dans le domaine des marchés publics, cela se traduit par la mise en place de mécanismes efficaces d'information et de recours à destination des concurrents évincés. Aussi, il n'est pas étonnant de constater que la transposition de la directive Recours n° 2007/66/CE du 11 décembre 2007 en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics a eu pour effet de modifier les [articles 80 et 83 du Code des marchés publics](#). Le choix du mécanisme procédural qui

permettra à l'entreprise écartée de manifester son désaccord est intimement lié au droit à l'information du candidat. Comme le souligne le Conseil d'État dans notre espèce, la communication des informations explicitant les motifs du rejet de l'offre a permis à la société requérante de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel et « qu'il en résulte qu'aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reproché à ce titre à la région Réunion ».

Cependant, il est important de préciser que la Région Réunion n'avait aucune obligation de communiquer spontanément le rapport d'analyse des offres au candidat évincé car le marché n'était pas signé. Comme l'indiquent la Direction des affaires juridiques de Bercy et la CADA dans une fiche en date du 3 juillet 2009 concernant la communication des documents administratifs en matière de marchés publics, « les documents relatifs à la procédure de passation du contrat sont considérés comme préparatoires, aussi longtemps que la procédure n'est pas close, c'est-à-dire tant que le marché n'est pas signé ou que la procédure n'a pas été abandonnée ([CADA, avis n° 20040857, 19 févr. 2004](#) et n° 20033960, 9 oct. 2003). Pour la CADA, les documents ne deviennent pas communicables dès l'attribution du marché, mais seulement après que le marché a été signé ([CADA, conseil n° 20023233, 22 août 2002](#)). Avant la signature, seuls sont communicables les documents qui revêtent un caractère définitif, tels que la délibération décidant de lancer l'appel d'offres, l'appel à candidature ou le règlement de la consultation. En revanche, les autres documents tels que les procès-verbaux d'ouverture des plis, les dossiers de candidatures, le rapport d'analyse des offres, revêtent un caractère préparatoire et ne peuvent être communiqués à des tiers ([CADA, conseil n° 20072665 du 5 juillet 2007](#)) ». Elle précise également que, après signature, « 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 sont communicables, sauf pour ce qui concerne les mentions couvertes par le secret industriel et commercial, qui doivent être occultées ([CADA, avis n° 20074116, 25 oct. 2007 ; conseil n° 20052295, 9 juin 2005](#)) ».

Le droit de connaître les motifs du rejet de son offre, s'il ne permet pas d'exiger la communication de tous les documents, trouve sa source dans l'application du principe de transparence des procédures. En effet, le droit de la commande publique se construit à travers une démarche transparente de reddition des comptes. Le Conseil d'État, en considérant que la communication du rapport d'analyse des offres répond aux prescriptions de [l'article 83 du Code des marchés publics](#), adopte une position beaucoup plus souple que celle préconisée dans la note du 3 juillet 2009 qui prohibe une telle communication. Le Conseil d'État préfère, quant à lui, laisser la transparence s'exprimer.

Pour autant si le sens de l'évolution va vers toujours plus de transparence et d'accessibilité à l'information (mise en place de nouveaux modes de gouvernances sous l'impact positif de l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et sous l'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication), le secret des affaires ne doit pas être mis en péril. Ce secret est, tout comme la transparence, nécessaire pour pouvoir assurer le libre jeu de la concurrence. Si un consensus se dégage autour de la nécessité de préserver le savoir-faire des candidats, il reste souvent à en vérifier le respect effectif. L'effet utile des recours pourrait alors être compromis si l'ensemble des informations relatives à la procédure de passation devaient, sans aucune limitation, être mis à la disposition de l'auteur de ce recours ([CJCE, 14 févr. Varec SA c/ Belgique, aff. C-450-06 : JOUE n° C 79, 29 mars 2008, p. 6, pt 40](#)).

Aussi, l'[article 41 de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004](#) (JOUE n° L 134, 30 avr. 2004) pose le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les informations données par les opérateurs économiques. L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise, quant à elle, que « *toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union. Ce droit comporte notamment (...) le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires* ». On peut également se référer à l'article 6-II de la loi du 17 juillet 1978 modifiée par l'[ordonnance n° 2005-650 de 6 juin 2005](#) et aux avis de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui posent des limites à l'obligation de communication au regard du secret en matière commerciale et industrielle. A titre d'exemple, la description des moyens matériels et humains de la société, son organigramme, l'indication de son chiffre d'affaires ainsi que tous les éléments relatifs tant au procédé industriel qu'à la stratégie commerciale des entreprises soumissionnaires (les pièces du marché comme les mémoires techniques et propositions techniques) sont des données sensibles insusceptibles de faire l'objet de divulgation (Avis n° 2006-2950, *Président de la communauté d'agglomération de l'ouest de l'Étang de Berre*).

En considérant que la révélation d'informations sensibles, comme le rapport d'analyse des offres, ne nuit pas au libre jeu de la concurrence, le Conseil d'État montre que le secret des affaires est une notion à géométrie variable : la communication ou non d'un document ne dépend pas de la volonté de l'opérateur économique ni même de celle du pouvoir adjudicateur. Le juge peut même décider d'une part, que des informations contenues dans le dossier ne soient pas transmises aux parties et à leurs avocats, si cela est nécessaire pour assurer la protection de la concurrence loyale ou des intérêts légitimes des opérateurs économiques et, d'autre part, que la juridiction peut elle-même prendre en considération de telles informations (*CJCE, 14 févr. Varec SA c/ Belgique, préc.*) ; l'accessibilité ou la non-accessibilité de l'information dépend également du stade de la passation du marché. Ainsi, dans un arrêt rendu le 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de la Charente-Maritime*, le Conseil d'État a estimé que le syndicat ne pouvait pas, pour justifier le rejet de la candidature des entreprises, transmettre la copie du rapport d'analyse des offres c'est-à-dire des renseignements pouvant porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des concurrents. Une telle irrégularité constituait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Pour autant, il serait inexact de considérer que, dans notre espèce, le Conseil d'État est revenu sur sa jurisprudence. Les faits sont, en effet, différents : en 2006, le syndicat des eaux avait transmis le procès-verbal de la réunion qui détaillait l'ensemble des offres avec les prix et les délais d'exécution alors que l'attributaire n'avait pas encore été choisi. Dans notre arrêt, la communication du rapport d'analyse des offres a été faite après la désignation de l'attributaire. Cette appréciation *in concreto* conduit ainsi le juge à appréhender de manière rigoureuse le contexte dans lequel s'inscrit le document. Sur ce point, cette jurisprudence s'inscrit dans la même lignée que celle de la CADA. En effet, cette autorité administrative estime que l'appréciation à porter sur le caractère communicable d'un document est susceptible de varier selon le mode de passation du marché ou contrat, selon sa nature et selon son mode d'exécution » (*CADA, 25 oct. 2007, conseil n° 20074116, Président de la communauté intercommunale Réunion Est [CIREST]*). Mais jusqu'où le juge peut-il aller dans l'exploration des secrets ?

Dans la note du 3 juillet 2009 concernant la communication des documents administratifs, on a pu voir qu'une typologie des documents administratifs communicables et non

communicables a été dressée en fonction de la signature ou non du marché. Le Conseil d'État a également pris en compte cette horlogerie contractuelle mais pour adopter une solution différente de celle préconisée par la CADA. Une telle jurisprudence rend bien difficile une classification des documents selon leur niveau d'accessibilité. S'interroger sur le caractère communicable ou non d'un document comme le rapport d'analyse des offres, c'est estimer, au cas par cas, et à un moment T du processus de dévolution contractuelle, l'impact de la communication d'un document comportant des informations susceptibles de nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

De toute évidence, l'appréhension du facteur temps est susceptible d'introduire quelque perturbation dans la détermination des documents couverts par le secret des affaires. Le risque est que des opérateurs économiques multiplient les recours à seule fin d'accéder aux secrets des affaires de leurs concurrents.

Mots clés : Marchés publics, Mise en concurrence, Droit à l'information du candidat évincé, Documents administratifs communicable