« Marché public et concurrence loyale : CE, 20 oct. 2006, Syndicat des eaux de Charente-Maritime », ***Contrats Concurrence et Consommation*****, janvier 2007, comm. n° 11.**

Catherine Prebissy-Schnall

La communication des motifs de rejet de candidature doit être effectuée en occultant les informations susceptibles de porter atteinte aux intérêts commerciaux des entreprises et à la libre concurrence.

CE, 7e et 2e ss-sect. réunies, 20 oct. 2006, n° 278601, Syndicat des eaux de Charente-Maritime : Juris-Data n° 2006-070880

(...) Considérant qu'aux termes de l'article 76 du code des marchés publics dans sa rédaction alors en vigueur : Dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, la personne publique avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. Un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché. / La personne responsable du marché doit informer également, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs qui l'ont conduite à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite. / La personne responsable du marché ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : a) Serait contraire à la loi ; / b) Serait contraire à l'intérêt public ; / c) Porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ; / d) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises. ; que l'article 77 du même code dispose que : La personne responsable du marché communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée en application du I de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire ; qu'il en résulte que, pour l'application de ces dernières dispositions, l'acheteur public ne peut, communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles ;

Considérant qu'en jugeant qu'il résultait des dispositions précitées du code des marchés publics que, en communiquant au groupement SAS Bellin – EURL MUTP des informations relatives au prix et au délai d'exécution sur lesquels s'engageaient les autres sociétés candidates retenues pour présenter une offre, le Syndicat des Eaux de Charente-Maritime avait faussé l'application des règles du jeu de la concurrence et, ce faisant, manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Poitiers n'a pas, contrairement à ce qui est soutenu, entaché son ordonnance d' erreur de droit ; que, dès lors, le pourvoi du Syndicat des Eaux de Charente-Maritime doit être rejeté ; (...)

Décide : Article 1er : La requête du Syndicat des Eaux de Charente-Maritime est rejetée. (...)

Note :

Saisi d'un pourvoi contre une ordonnance de référé précontractuel, le Conseil d'État précise les limites concernant la communication d'informations à un candidat évincé au stade de la candidature à un marché public. En l'espèce, la candidature du groupement SAS Bellin-EURL MUTP a été écartée, par le syndicat des eaux de Charente-Maritime, de la procédure d'appel d'offres ouvert du marché relatif au réseau d'assainissement de la commune de Saint-Pierre-d'Oléron. Suite à l'ouverture des premières enveloppes, le 4 février 2005, les références présentées par ces deux entreprises sont apparues insuffisantes. Elles ont donc demandé la communication des motifs ayant motivé leur éviction, une copie du rapport d'analyse des offres et une copie du procès-verbal de la commission conformément aux articles 76 et 77 du Code des marchés publics dans sa rédaction de 2004 (aujourd'hui les articles 80 et 83). Dans la mesure où l'attributaire n'avait pas encore été choisi, le syndicat des eaux a transmis le procès verbal de la réunion du 4 février qui détaillait l'ensemble des offres avec les prix et les délais d'exécution. Le Conseil d'État rejette le pourvoi en considérant que c'est à bon droit que le juge du référé précontractuel a prononcé la suspension de la procédure d'appel d'offres et a enjoint au syndicat d'ouvrir à nouveau la commande publique. En effet, le syndicat ne pouvait pas, pour justifier le rejet de la candidature des entreprises, transmettre des renseignements pouvant porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des concurrents ou pouvant nuire au libre jeu de la concurrence. Une telle irrégularité constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont le juge assure le strict respect *(CE, 21 janv. 2004, n° 253509, Société Aquitaine Démolition : Juris-Data n° 2004-066356)*.

L'élimination d'une candidature ou d'une offre pose ainsi deux contraintes : la première consiste à assurer la transparence de la procédure en garantissant une meilleure traçabilité du processus décisionnel, notamment par l'information des candidats évincés *(CE, 9 août 2006, Société Harais SAS : AJDA 2006, p. 2085)*. Le respect de cette formalité substantielle a notamment pour objectif de permettre au candidat malheureux de déposer un recours *(CJCE, 28 oct. 1999, aff. C-81/98, Alcatel Austria : Rec. CJCE 1999, I, p. 7671. – Comm. CE, proposition d'une directive modifiant les directives n° 89/665/CEE et n° 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (COM(2006) 195 final))*. La deuxième contrainte est de réaliser la procédure dans le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. Le pouvoir adjudicateur a dû alors s'accommoder de cette situation délicate car il encourt le risque de fausser le libre jeu de la concurrence entre les candidats.

Pour répondre à ce besoin de régulation de la compétition économique, le juge administratif vient donc apporter une précision concernant les éléments non communicables aux concurrents évincés. Sont notamment couverts par le secret des affaires non seulement les montants et les détails des offres qui n'avaient pas été retenues mais aussi les notes et appréciations portées sur chacune d'entre elles *(CE, 4 juill. 2005, n° 269177, M. X : Juris-Data n° 2005-068812)*. 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. À 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 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)*.Emportée par une logique d'efficacité économique reposant sur la confiance, l'objectif du Conseil d'État est ainsi de trouver un nouveau point d'équilibre entre

l'obligation de communication des motifs de rejet et le respect du secret professionnel comme garantie d'un fonctionnement loyal de la concurrence.