



# Espace Infos

## MARCHES PUBLICS :

### LES CONDITIONS D'INFORMATION DES CANDIDATS NON RETENUS

Un arrêt du Conseil d'État du 4 juillet 2005, (M X c/ Commission des recours du conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, n° 269177), est récemment venu confirmer les conditions d'information des candidats non retenus dans la procédure de passation d'un marché public.

En effet, le conseil d'État condamne un responsable des services techniques d'un centre hospitalier pour avoir transmis à une entreprise écartée le rapport intégral d'analyse des offres d'un projet de marché.

L'occasion de rappeler le droit à l'information des candidats non retenus ainsi que ses limites.

#### LE DROIT A L'INFORMATION DES CANDIDATS NON RETENUS

Le droit à l'information des candidats non retenus est reconnu par le code des marchés publics et par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif social et fiscal.

#### Sur le fondement du code des marchés publics

Le droit à l'information du candidat non retenu est protégé par le code des marchés publics.

En effet, l'article 76 de celui-ci prévoit que «dès que la personne publique a arrêté son choix sur les candidatures ou sur les offres, elle doit aviser tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres».

La collectivité qui passe le marché doit respecter un délai d'au moins dix jours entre la date à laquelle la décision de rejet de leur offre est notifiée aux candidats et la date de signature du marché. Le cas échéant, la personne responsable du marché (l'autorité exécutive de la collectivité publique) doit également informer, 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. Si les candidats le demandent par écrit, la réponse sera écrite.

En outre, l'article 77 du code impose à la personne responsable du marché de communiquer à tout candidat

## SOMMAIRE de Mars 2006

### DOSSIER DU MOIS : MARCHES PUBLICS : LES CONDITIONS D'INFORMATION DES CANDIDATS NON RETENUS

Page 1-3

### FORUM/EN BREF

Page 4

### JURISPRUDENCES

Page 5

### QUESTIONS - REPONSES

Page 6-7

### TEXTES OFFICIELS

Page 8

## DOSSIER DU MOIS

écarté, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite de sa part, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire. La méconnaissance de cette dernière obligation constitue aux yeux du juge des référés une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui justifie la suspension de la procédure de passation du marché jusqu'à ce que l'administration ait satisfait à la communication des motifs et permis au candidat évincé d'en vérifier le lien fondé et, le cas échéant, de contester la régularité de l'attribution du marché (CE 21 janvier 2004, Société Aquitaine démolition, JCP A 2004, 1182, cote Linditch).

### Sur le fondement général de la loi du 17 juillet 1978

L'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 énonce le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs.

Les documents administratifs sont définis comme tout support utilisé pour la saisie, le stockage ou la transmission des informations qui en composent le contenu, les documents élaborés ou détenus par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public, dans le cadre de leur mission de service public. Constituent notamment de tels documents les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles,

correspondances, avis, prévisions et décisions.

Selon la loi, ces documents sont communicables «aux personnes qui en font la demande» (article 2 de la loi). Ainsi, toute personne physique ou morale peut demander communication d'un document administratif sans avoir à préciser les motifs de sa demande ou à justifier d'un intérêt à agir.

La commission d'accès aux documents administratifs (CADA) est saisie par une personne qui se heurte à un refus de communication d'un document administratif. La personne a l'obligation de saisir préalablement cette commission avant d'exercer un recours contentieux. Cette dernière rend alors un avis. Par ailleurs, la CADA peut également donner un conseil lorsqu'une autorité publique désireuse d'être éclairée sur le sens et la portée de la loi de 1978 la saisit à cette fin.

Pour les candidats malheureux à un marché public, le principe du droit à l'information est toutefois limité par certaines dispositions de la loi.

### LES LIMITES DU DROIT A L'INFORMATION DES CANDIDATS NON RETENUS

#### Dans le cadre du code des marchés publics

Le code des marchés public pose des limites au droit d'information du candidat non retenu. Ainsi, son article 76 alinéa 3 dispose que: « 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 ».

### Dans le cadre de la loi du 17 juillet 1978

La loi précitée envisage plusieurs limitations à ce droit d'information.

Les documents préparatoires

La communication des documents ne peut s'effectuer qu'une fois que le marché a été conclu. En effet, l'article 2 de la loi énonce que seuls les documents achevés sont communicables. Les documents préparatoires à une décision administrative ne sont donc pas transmissibles puisque le document est en cours d'élaboration. Ainsi, les documents du marché sont considérés comme préparatoires tant que le marché n'a pas été conclu.

Le secret industriel et commercial

L'article 6 de la loi prévoit également que les documents administratifs ne sont pas communicables lorsqu'ils portent atteinte notamment aux secrets protégés par la loi parmi

## DOSSIER DU MOIS

lesquels le juge administratif veille au respect de ces règles.

Le secret industriel et commercial. Celui-ci couvre des informations de nature tant financière que technique ou commerciale

Les informations d'ordre financier protégées par le secret industriel et commercial ne sont pas les mêmes selon qu'elles concernent les offres retenues ou celles non retenues. L'offre du candidat retenu est peu préservée, tandis que celle du candidat non retenu est très préservée.

L'arrêt du Conseil d'État précité confirme la CADA qui considère que le secret industriel et commercial couvre le détail des prix des offres des candidats évincés mais pas celui des prix proposés par l'entreprise retenue.

La CADA estime ainsi que seules les conditions globales de prix des entreprises non retenues peuvent être communiquées sans porter atteinte au secret industriel et commercial (CADA conseil 6 novembre 1997 n° 19973617).

A l'inverse pour la commission, l'ensemble des éléments financiers relatifs à l'offre de l'entreprise retenue sont communicables sans restriction car ils déterminent le coût du service public et ne peuvent donc rester confidentiels.

Les informations d'ordre technique ou commercial sont aussi protégées par le secret industriel et commercial.

Selon la doctrine de la CADA, les renseignements relatifs à la description des moyens techniques

des entreprises, des effectifs de celles-ci, de leur organigramme, des procédés techniques particuliers qu'elles mettent en oeuvre ou du système qualité qui est le leur, sont couverts par le secret industriel et commercial.

Il en va de même pour les indications qui révèlent la stratégie commerciale des entreprises.

La protection de ces renseignements s'applique, semble-t-il, à l'égard de l'offre retenue comme de celles non retenues (CADA Conseil 27 mars 2003, Président du SIVOM de l'agglomération de Pont de Cheruy, réf. 2003 1280 - CADA Avis 6 novembre 2003, gérant de la société civile immobilière Faculté des Métiers de l'Essonne, réf. 2003 4301).

### L'ARRET DU CONSEIL D'ETAT DU 4 JUILLET 2005

Dans l'arrêt précité du Conseil d'État, un responsable des services techniques d'un centre hospitalier avait communiqué à une entreprise dont la candidature a été rejetée, le rapport de présentation du projet de marché et le rapport d'analyse des offres présenté devant la commission d'appel d'offres.

Le Conseil d'État a considéré que la communication du rapport d'analyse des offres, qui contenait «des indications détaillées, qui n'avaient pas été occultées, relatives aux montants et aux détails des offres qui n'avaient pas été retenues ainsi qu'aux notes et appréciations portées sur chacune d'entre elles »,

était intervenue en violation des dispositions de l'article 76 du code des marchés publics « qui font obstacle à ce que soient communiqués à une entreprise qui, (...) demande à l'issue de la procédure de passation des marchés que lui soient indiqués les motifs du rejet de sa candidature, des renseignements dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises et à une concurrence loyale entre elles ».

ATD ACTUALITE - N° 145- Novembre  
2005