

**Note sous Conseil d'État, 16 novembre 2009, numéro
307620, Sociétés Bagelec, Corem et Ragni contre Région
Réunion**

Marianna Tassone-Lagrange

► **To cite this version:**

Marianna Tassone-Lagrange. Note sous Conseil d'État, 16 novembre 2009, numéro 307620, Sociétés Bagelec, Corem et Ragni contre Région Réunion. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2010, pp.272-275. hal-02622970

HAL Id: hal-02622970

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02622970>

Submitted on 26 May 2020

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.

Contrats et commande publique - marchés publics - communication des motifs détaillés de rejet de l'offre - rapport d'analyse des offres - informations confidentielles - atteinte à une concurrence loyale entre opérateur économique (non) - intérêt lésé (non).

Conseil d'État, 16 novembre 2009, sociétés Bagelec, Corem et Ragni c/ région Réunion, req. n° 307620

Marianna TASSONE-LAGRANGE, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion

La construction de la route des Tamarins ne s'est pas faite sans déclencher de passions, notamment en matière de marchés publics. Dans un arrêt du 16 novembre 2009, le Conseil d'État admet que la région Réunion n'a commis aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en communiquant le rapport d'analyse des offres à un candidat évincé.

Il s'agissait d'une procédure d'appel d'offres ouvert ayant pour objet la réalisation d'ouvrages souterrains sur les sections 1 et 2 de la Route des Tamarins. Le groupement composé des sociétés Bagelec, Corem et Ragni, suite au rejet de son offre, a sollicité la communication des motifs détaillés de celui-ci en application de l'article 83 du Code des marchés publics¹ (dans sa version alors en vigueur). La région Réunion lui a notamment communiqué le rapport d'analyse des offres. Le groupement saisit donc le Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion au motif que la divulgation d'informations confidentielles nuirait à une concurrence loyale. Le juge des référés du Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion annule alors la décision de rejet de l'offre du groupement requérant, ainsi que, par voie de conséquence, la décision d'attribution à un autre groupement, enjoignant par ailleurs, à la région Réunion de mettre fin à la procédure en cours et d'en relancer une nouvelle.

Saisi en appel, le Conseil d'État annule l'ordonnance du Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion et rejette la requête des requérants au motif que la communication du rapport d'analyse des offres « *étant intervenue après la sélection des offres, [elle] n'était plus susceptible de l'affecter et ne pouvait ainsi altérer la concurrence entre les entreprises candidates à l'attribution du marché.* »

¹ Article 83 du Code des marchés publics : « *Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, 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.* »

I. – La communication du rapport d'analyse des offres : une obligation mesurée

L'obligation d'information des candidats du rejet de leur offre et des motifs de celui-ci a été introduite, dans le droit des marchés publics par le Code de 2001. Elle permet de respecter le principe de transparence qui garantit notamment le respect du principe de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats.

Loin d'être spécifique au droit des marchés publics, cette obligation d'information est issue notamment de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public qui consacre le droit des tiers à la communication des documents administratifs. Conformément à ces dispositions, une jurisprudence constante depuis 1990 admet que l'ensemble des documents de nature contractuelle ainsi que leurs annexes relatifs à la conclusion d'un marché public est communicable¹.

Concernant le rapport d'analyse des offres en particulier, une fiche de conseils aux acheteurs réalisée conjointement par la Direction des Affaires juridiques (DAJ) et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) en 2009², rappelle que celui-ci est communicable sous réserve de l'occultation des mentions couvertes par le secret industriel et commercial. En effet, l'article 6-II de la loi du 17 juillet 1978 dispose que : « *Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : - dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ; (...)* ». Par ailleurs, l'article 80-III CMP dispose que « *le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : a) serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ; b) serait contraire à l'intérêt public ; c) pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.* »

Les limites qui s'opposent à la communication totale du rapport d'analyse des offres tiennent au fait qu'il s'agit d'un document préparatoire établi généralement par les services de l'acheteur public détaillant les offres et les analyses et comprenant les notations et classements des candidats. Selon la CADA, trois catégories de données sont concernées par le secret industriel et commercial dont celle des stratégies commerciales qui vise les informations sur les prix et les pratiques commerciales³. Ainsi, l'offre de l'attributaire n'est pas communicable sauf si elle ne contient pas d'éléments couverts par le secret industriel et commercial ou si elle est entièrement comprise dans l'acte d'engagement. La CADA rappelle encore que « *les notes et classement des offres des entreprises non retenues ne sont communicables qu'à celle-ci (...). En revanche, les notes, classements et éventuelles appréciations de l'entreprise lauréate du marché sont librement communicables et, lorsque la demande émane d'une entreprise non retenue, celle-ci a bien sûr le droit de connaître ses notes et classements* »⁴. Ainsi, la CADA recommande régulièrement de ne pas transmettre le rapport d'analyse des offres sans avoir préalablement occulté les mentions confidentielles⁵, « *sous réserve des spécificités propres à chaque marché* »¹.

¹ CE, 11 juillet 1990, req. n° 84994 85264, Centre hospitalier général de Neufchâteau c/ Union syndicale des ambulanciers vosgiens.

² Fiche DAJ / CADA du 3 juillet 2009 « *La communication des documents administratifs en matière de marchés publics* ».

³ CADA, avis n° 20052295 du 9 juin 2005.

⁴ CADA, avis n° 20102105 du 3 juin 2010.

⁵ CADA, avis n° 20074116 du 25 octobre 2007 : « *De plus, doivent être occultés dans les documents préparatoires à la*

En l'espèce, le Conseil d'État se fonde sur l'article 80 du CMP et examine, non pas le contenu des informations divulguées, mais le moment de cette divulgation pour contrôler l'existence d'une atteinte à une concurrence loyale : « *la circonstance qu'elles auraient reçu, après la sélection des offres, communication d'informations confidentielles sur les concurrents, n'a pas été susceptible, eu égard notamment au stade de la procédure auquel est intervenu cette communication, de les léser* ». Le Conseil d'État ne se place pas sur le terrain du droit de la concurrence, mais bien sur celui des référés précontractuels dont la recevabilité est subordonnée à la démonstration par le requérant d'une violation d'une disposition du droit de la commande publique le lésant. Ceci ne témoigne pas d'une indifférence du Conseil d'État au respect de l'article 80-III du Code des marchés publics et au droit de la concurrence. Il considère seulement que les manquements allégués, « à les supposer établis » selon ses propres termes, ne peuvent justifier l'annulation du marché en raison de l'absence d'un intérêt lésé.

II. – La communication du rapport d'analyse des offres : un tempo modulé

Le Conseil d'État, dans cet arrêt, laisse toutefois planer une incertitude quant au moment de la transmission du rapport d'analyse des offres. L'article 2 de la loi de 1978 précise, à ce sujet, que ce droit à communication ne s'applique que pour des documents achevés et non pour des documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration.

Précisément saisie sur ce point, la CADA y répond dans un avis du 22 août 2002². Elle estime que les documents relatifs à la passation d'un marché présentent un caractère préparatoire, tant que le marché n'est pas signé par les parties contractantes. Elle en déduit que ces documents ne deviennent communicables qu'après l'achèvement des procédures de signature et non dès l'attribution du marché. Elle confirme cette solution dans un avis du 25 octobre 2007³ en rappelant que c'est la signature du contrat qui lui confère le caractère de document administratif et qui le rend donc communicable. Dans un arrêt du 20 octobre 2006⁴, le Conseil d'État avait logiquement suivi cette position en annulant un marché au motif que le pouvoir adjudicateur avait transmis un rapport d'analyse des offres contenant des éléments relatifs aux prix et délais d'exécution des candidats retenus à un candidat évincé alors que l'analyse des offres n'était pas terminée, et l'attributaire non encore choisi⁵ ! La communication fautive pouvait donc « nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques »⁶.

En l'espèce, la région Réunion n'a pas transmis le rapport d'analyse des offres avant l'attribution, mais elle l'a fait alors que la signature du marché elle-même n'avait pas encore eu lieu⁷. L'ombre de la jurisprudence SMIRGEOMES¹ plane sans aucun doute sur ce contretemps.

passation du marché (procès verbaux, rapports d'analyse des offres) les mentions relatives aux détails techniques et financiers » des offres des entreprises candidates.

¹ *A contrario*, CADA avis n° 20052295 du 9 juin 2005, où la CADA considère que le rapport d'analyse des offres est intégralement communicable au contraire du « *mémoire justificatif et technique* » comprenant des éléments couverts par le secret industriel et commercial.

² CADA, avis n° 20023233 du 22 août 2002.

³ CADA, avis n° 20074116 du 25 octobre 2007.

⁴ CE, 20 octobre 2006, req. n° 278601, Syndicat des eaux de Charente-Maritime.

⁵ Voir l'article de Frédérique OLIVIER, *Information irrégulière d'un candidat évincé*, Contrats et marchés publics, 2007, comm. 5.

⁶ Article 80 du Code des marchés publics.

⁷ La procédure de cette affaire étant un référé précontractuel, sans indication expresse de la part du juge dans son arrêt, nous

En effet, le groupement requérant ne prouvant pas en quoi le manquement allégué a pu le léser, le Conseil d'État considère que la procédure querellée ne saurait être annulée.

Si l'objectif de l'efficacité de la commande publique conduit aujourd'hui le juge des référés à éviter l'annulation d'une procédure sans la preuve d'un intérêt lésé, rien n'empêchera les entreprises requérantes de saisir l'Autorité de la concurrence d'une entorse au droit de la concurrence en temps utiles.

pouvons en déduire que ce rapport d'analyse des offres a été transmis avant la signature du marché.

¹ CE, section du contentieux, 3 octobre 2008, req. n° 305420, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur de la Sarthe (SMIRGEOMES).

² JO 4 septembre 2009, p. 14659.

³ Cette faculté n'a été introduite dans le Code des marchés publics que dans sa version 2004.

⁴ CE, 28 avril 2006, n° 283942, *Syndicat mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault* : « La faculté de rectification des omissions ouverte par l'article 52 en matière de candidature, ne s'applique pas aux éléments relatifs à la capacité juridique des candidats et doit être exercée avant l'admission des candidatures », *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2006, comm. 166, *Frédérique OLIVIER*.