

### **Information des candidats non retenus : Quels renseignements peuvent être communiqués ?**

L'information des candidats non retenus constitue désormais un principe acquis.

Selon les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics :

*« Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet.*

*Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord-cadre.*

*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.*

Par ailleurs, en application de l'article 83,

*« 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. »*

A la différence l'article 80, cette disposition s'applique à l'ensemble des marchés quels que soient les montants.

Ces dispositions posent des problèmes concrets d'application dans la mesure où le code des marchés publics reste muet sur nature des documents communicables. Dès lors, il convient de se référer aux dispositions de la loi 78-753 du 17 juillet 1978 relative à la communication des actes administratifs. *« Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs*

*dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle. »*

La commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a précisé quels sont les documents communicables et ceux qui ne le sont pas. Sans prétendre à l'exhaustivité, vous trouverez dans le tableau ci-après des extraits d'avis rendus en ce sens par la CADA.

Références de l'avis	Avis rendus	Observations
Avis 20061836	<p><b>L'offre de prix</b></p> <p>L'examen des offres des entreprises au regard du respect de ce secret conduit la commission à considérer que, sous réserve des spécificités propres à chaque marché :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- l'offre de prix détaillée de l'entreprise retenue est en principe communicable dans la mesure où elle fait partie intégrante du marché ou du contrat ;</li> <li>- l'offre de prix globale des entreprises non retenues est, en principe, elle aussi communicable ;</li> </ul>	<p>D'une manière générale les offres de prix sont des documents communicables.</p>
Avis 20062986	<p><b>Cadre de décomposition d'un marché de maîtrise d'œuvre</b></p> <p>Après avoir pris connaissance du document en cause, la commission relève que la demande vise en fait pour le cabinet CETUR à connaître le prix unitaire de chacune des prestations de maîtrise d'oeuvre effectuées par la DDE dans le cadre du contrat qui la lie à la commune. Les prestations ont été en effet identifiées par des sigles (EP =Etudes préliminaires, AVP = avant projet.) et chacune a été tarifée par la DDE pour arriver à un montant total pour la maîtrise d'oeuvre de 41 000 euros, ce qui représente 6,35% par rapport au coût total de l'opération.</p> <p>Dans ces conditions, la commission considère que le document en cause constitue <b>le bordereau des prix unitaires de la maîtrise d'oeuvre</b>, qui est, en vertu de sa jurisprudence constante, <b>un document administratif communicable de plein droit</b> à toute personne qui en ferait la demande, en application de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978. Elle émet donc un avis favorable.</p>	<p>Les cadres de décomposition de prix sont communicables car ils reflètent le coût du service.</p>

Références de l'avis	Avis rendus	Observations
Avis 20062848	<p><b>Le cadre de décomposition du prix global et forfaitaire</b></p> <p>la commission considère que <b>la décomposition du prix global forfaitaire</b>, qui reflète le coût du service public, <b>est communicable</b>, en application de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, à l'entreprise évincée comme à toute personne qui en ferait la demande.</p>	
Avis 20062458	<p><b>Considérations générales</b></p> <p><b>Trois types de mentions</b> couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale, <b>devront être occultées des procès-verbaux</b> si elles y figurent :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- les mentions protégées par le secret des procédés, qui recouvre les techniques de fabrication, telles que <b>la description des matériels utilisés et du personnel employé</b> ;</li> <li>- les mentions protégées par le secret des informations économiques et financières, catégorie dans laquelle entrent les informations qui ont trait à la situation économique d'une entreprise, à sa <b>santé financière</b> ou à l'état de son crédit comme par exemple <b>le chiffre d'affaires, les effectifs</b> et généralement toutes les informations de nature à révéler le niveau d'activité ;</li> <li>- les mentions protégées par le secret des stratégies commerciales, catégorie dans laquelle entrent des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que <b>la liste des fournisseurs</b>.</li> </ul>	<p>Il s'agit des trois exclusions principales à la communicabilité des documents.</p> <p>Celles-ci ont trait aux stratégies de l'entreprise.</p>
Avis 20062950	<p><b>Les mémoires techniques des candidats</b></p> <p><b>Ce document administratif n'est pas communicable</b>, dès lors qu'il contient nombre d'informations couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale, telles notamment les mentions relatives aux moyens humains et techniques du groupement d'entreprises considéré, les modes opératoires d'exécution, les dispositions concernant l'assurance qualité et les modalités de prise en compte des contraintes environnementales.</p>	<p>D'une manière générale, les mémoires techniques ou les notes méthodologiques qui permettent d'apprécier la valeur technique d'une offre ne sont pas communicables.</p>

Références de l'avis	Avis rendus	Observations
Avis 20062914	<p><b>La certification des candidats</b></p> <p>Ne sont pas communicables les mentions relatives à <b>la certification de système</b> qualité, aux certifications tierces parties ainsi qu'aux certificats de qualification concernant la prestation demandée,</p>	
Avis 20062914	<p><b>Renseignements divers</b></p> <p>Ne sont pas communicables les mentions concernant <b>le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires</b> et les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics.</p>	
Avis 20062848	<p><b>Détail financier</b></p> <p>Si le détail financier est communicable, la commission considère qu'il y a lieu de tenir compte du mode de passation du marché ou contrat, de sa nature et de son mode d'exécution. Ainsi, doivent par exemple faire l'objet d'un examen particulier les demandes d'accès aux documents relatifs à des marchés qui s'inscrivent dans une suite répétitive de marchés portant sur une même catégorie de biens ou services et pour lesquels une communication du détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire à une entreprise concurrente serait susceptible de porter atteinte à la concurrence lors du renouvellement de ce marché.</p>	<p>Dès lors que le détail financier donne trop d'indications sur la stratégie de l'entreprise, il ne peut être communiqué.</p>
Avis 20061255	<p><b>Réserves concernant l'acte d'engagement</b></p> <p><b>L'acte d'engagement de la société attributaire est aussi communicable à l'exception du numéro de compte</b> de la société figurant à la page 7 et de son <b>RIB</b> figurant à la page suivante de même que le document intitulé "décomposition du prix global et forfaitaire", dès lors que ce document contient des éléments reflétant le coût du service public. Elle considère en revanche que l'annexe 3 relative à <b>la répartition des montants forfaitaires entre les sous-traitants n'est pas communicable à des tiers.</b></p>	<p>Toutes les mentions de l'acte d'engagement ne sont pas communicables ; ne peuvent être communiqués :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Le RIB ;</li> <li>- Le numéro de compte de la société ;</li> <li>- Le montant des prestations sous-traitées.</li> </ul>

Références de l'avis	Avis rendus	Observations
Avis 20052131	<p><b>Le dossier de candidature</b></p> <p>La commission a considéré <b>que le dossier de candidature est couvert par le secret en matière industrielle et commerciale</b>, en tant que de tels documents révèlent notamment <b>les capacités professionnelles</b> de la dite entreprise, la description de <b>ses capacités techniques</b>, ses références et <b>ses capacités financières</b>, <b>à l'exception des informations relatives à ses références en matière de marché public.</b></p>	<p>Tout ce qui a trait au dossier de candidature ne peut être communiqué à l'exception des références publiques.</p>

(Ces avis sont consultables sur le site de la CADA : <http://www.cada.fr/>)

Le Conseil d'Etat a également apporté des précisions sur le caractère communicable ou non des offres des candidats. Ainsi, dans un arrêt rendu le 4 juillet 2005, la haute juridiction rappelle que la divulgation d'informations non communicables constitue un manquement à l'obligation de discrétion professionnelle.

*« Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que M. X, responsable des services techniques du centre hospitalier de Pau, a communiqué à une entreprise, dont la candidature avait été rejetée à la suite de la mise en oeuvre par ce centre d'une procédure de mise en concurrence simplifiée, le rapport de présentation du projet de marché en cause et le rapport d'analyse des offres présenté devant la commission d'appel d'offres ; **que ce second document 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** ; que la communication de telles informations est intervenue en méconnaissance de l'obligation de discrétion professionnelle. »*

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXCX2005X07X00000269177>

Bien plus, dans une autre espèce, le Conseil d'Etat a considéré que la communication du procès-verbal de la commission d'appel d'offres en cours de procédure entraîne l'illégalité de la procédure. A la lecture de cet arrêt, il s'avère que :

- 1) si en application de l'article 76\* du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats du rejet de leur candidature ou de leur offre,
- 2) le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux des entreprises.

Dans cette espèce, la collectivité avait communiqué dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres le procès-verbal de la commission d'appel d'offres à un candidat dont la candidature avait été rejetée. Ce procès-verbal contenait des informations relatives à l'analyse des prix et des délais d'exécution de l'ensemble des candidats.

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=JADE&nod=JGXBX2006X10X00000278601>

En conclusion, si les pouvoirs adjudicateurs doivent en application du code des marchés et de la loi du 17 juillet 1978, donner des informations précises sur les motifs qui les ont conduits à rejeter une offre ou une candidature, ils ne peuvent en aucun cas transmettre une copie intégrale du dossier. La communication des motifs de rejet nécessite elle aussi une analyse fine.

\* article 76 du code 2004 devenu article 80 dans la version 2006.