

LA COMMUNICATION DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS EN MATIERE DE COMMANDE PUBLIQUE

La loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public pose le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs. L'administration doit communiquer les documents concernés par la loi, parmi lesquels figurent les documents relatifs aux marchés publics.

Le respect du principe de l'accès aux documents administratifs est placé sous la surveillance de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Cette autorité administrative indépendante émet des avis lorsqu'elle est saisie par une personne qui s'est heurtée à un refus de communication et donne des conseils à la demande d'autorités publiques désireuses d'être éclairées sur le sens et la portée de leurs obligations.

En matière de communication des documents administratifs, la CADA n'a pas de pouvoir d'injonction. Elle dispose d'un pouvoir de sanction, depuis l'ordonnance du 6 juin 2005 et le décret du 30 décembre 2005, limité aux cas dans lesquels elle est saisie, en application de l'article 22 de la loi de 1978, de faits susceptibles de constituer une infraction au régime de la réutilisation des informations publiques.

La saisine de la CADA est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux contre un refus de communication.

Par ses avis et conseils, la CADA a développé une « doctrine » sur l'accès aux différents documents susceptibles d'intervenir dans le cadre de la passation, la conclusion et l'exécution des marchés publics, qui s'est enrichie depuis 2005. L'arrivée d'un représentant du Conseil de la concurrence au sein de la commission¹ a notamment permis une prise en compte accrue de l'impératif du respect de la libre concurrence, protégée par le droit communautaire et le droit national.

Cette « doctrine » couvre la plupart des pièces ayant trait aux marchés publics. Elle résulte cependant d'avis et conseils épars, car la CADA porte une appréciation au cas par cas dans les affaires qui lui sont soumises².

1. Principes généraux.

1.1. *Champ d'application.*

La quasi-totalité des documents élaborés ou détenus par les « administrations » au sens de l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 (l'Etat, 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) ont, de ce fait même, un caractère administratif au sens de cette loi. De tels documents, liés à l'exercice par ces personnes publiques de leurs missions de service public, sont de plein droit communicables aux personnes qui en font la demande³.

Revêtent ainsi un caractère administratif, au sens de la loi de 1978, les marchés publics et les documents qui s'y rapportent⁴, ainsi que les marchés conclus par les organismes de sécurité sociale pour le compte d'une personne publique ou pour l'exécution même d'un service public administratif⁵.

¹ La composition de la CADA a été modifiée par l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005.

² Voir l'article du CJFI n° 51 « Secret des affaires et marchés publics : la communication des documents de marchés ».

³ CE, Sect., 7 mai 2010, *M. Bertin*, n°303168 ; 23 juillet 2010, *Office national des forêts c/ M. de la Gravière*, n°321138.

⁴ CADA, avis n°20062949 du 11 juillet 2006, n°20090412 du 12 février 2009 et n°20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n°20073686 du 27 septembre 2007, n°20091745 du 14 mai 2009, et n°20114251 du 3 novembre 2011.

Il en va de même des contrats de délégation de service public et des documents qui s'y rapportent⁶, notamment les contrats de concession de service public⁷, et du contrat conclu entre le concessionnaire de service public et son sous-traitant, s'il a directement pour objet la réalisation du service public ou des prestations objet de la concession⁸. Les documents relatifs aux contrats de partenariat ont également un caractère administratif⁹.

Constituent également des documents administratifs soumis à la loi de 1978 :

- les documents contractuels, produits, reçus ou détenus par un établissement public dans le cadre de sa mission de service public¹⁰ ;
- les contrats d'occupation du domaine public et tous les documents qui s'y rapportent¹¹ ;
- les documents relatifs à un contrat d'emprunt public¹² ;
- le bail emphytéotique administratif qui se rattache directement à l'exécution d'une mission de service public¹³ ;
- les concessions d'aménagement et l'ensemble des documents qui se rapportent à leur attribution¹⁴ ;
- les documents se rapportant à une procédure d'appel à projet¹⁵ ;
- les contrats conclus par une juridiction judiciaire, qui ne revêtent pas, de ce seul fait, un caractère judiciaire¹⁶.

N'ont pas le caractère administratif, au sens de la loi du 17 juillet 1978, les documents relatifs aux marchés passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) ou par des organismes privés chargés d'une mission de service public, lorsqu'ils sont sans lien avec l'organisation ou l'exécution de la mission de service public dévolue à ces entités. Tel est le cas, par exemple, des contrats passés par la SNCF, ayant pour objet, notamment, la fabrication et la distribution des tenues des agents des gares¹⁷, ou encore la gestion de déchets industriels banals sur différents sites¹⁸. Il en va de même d'un marché passé par l'Agence nationale des déchets radioactifs (ANDRA), qui pour a pour objet le gardiennage d'un laboratoire de recherche¹⁹, et des contrats qui ont trait aux relations contractuelles qu'un EPIC entretient avec ses clients ou des contrats relatifs à la gestion des agents de l'établissement, autres que le directeur et le comptable²⁰. Les marchés passés par un organisme privé chargé d'une mission de service public avec une association ne sont pas soumis à la loi de 1978 s'ils ne peuvent se rattacher directement à l'exécution de la mission de service public confiée à cette association²¹.

⁵ CADA, avis n°20102070 du 3 juin 2010.

⁶ CADA, conseil n°20114788 du 15 décembre 2011.

⁷ CADA, avis n°20101578 du 22 avril 2010.

⁸ CADA, avis n°20101578 du 22 avril 2010.

⁹ CADA, avis n°20111735 du 28 avril 2011 ; conseil n°20110317 du 3 mars 2011.

¹⁰ CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010 et n°20110502 du 3 février 2011.

¹¹ CADA, conseil n°20103361 du 16 septembre 2010.

¹² CADA, avis n°20103860 du 23 septembre 2010 et conseil n°20110928 du 3 mars 2011.

¹³ CADA, avis n°20103329 du 16 septembre 2010.

¹⁴ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012. En revanche, les documents produits, reçus ou détenus par un opérateur privé concessionnaire d'aménagement dans la gestion de sa concession ne constituent des documents administratifs que si cet opérateur a la qualité de personne privée chargée d'une mission de service public, qualité qui ne saurait résulter de sa seule qualité de titulaire d'une concession d'aménagement : CADA, avis n°20122204 du 21 juin 2012.

¹⁵ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

¹⁶ CADA, avis n°20111461 du 31 mars 2011.

¹⁷ CADA, avis n°20090372 du 29 janvier 2009.

¹⁸ CADA, avis n°20082215 du 3 juillet 2008.

¹⁹ CADA, avis n°20082626 du 3 juillet 2008.

²⁰ CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010.

²¹ CADA, avis n°20112185 du 26 mai 2011.

Sont également dépourvus de caractère administratif, au sens de la loi de 1978, les marchés passés par une société d'économie mixte lorsqu'ils sont sans rapport avec le service public dont elle est en charge²². La soumission d'un contrat aux règles de passation fixées par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 est sans incidence, en elle-même, sur le caractère administratif des documents de ce contrat, et des documents relatifs à la procédure suivie pour le conclure²³.

La commission considère, en outre, qu'un marché passé entre une société d'autoroutes et une autre société de droit privé, non soumis au code des marchés publics, qui ne comporte pas de clause exorbitante du droit commun et n'a pas pour objet de faire participer le cocontractant à une mission de service public, ne constitue pas un document administratif²⁴.

1.2. Conditions relatives aux documents communicables.

1.2.1. Documents achevés et documents préparatoires.

Aux termes de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978, « le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. Il ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration ».

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 abandonnée²⁵. Pour la CADA, les documents ne deviennent pas communicables dès l'attribution du marché, mais seulement après que le marché a été signé²⁶. Une fois le marché signé, la communication à un candidat évincé des motifs de rejet de son offre ne permet pas de refuser la communication de ce marché et des documents qui s'y rapportent²⁷.

Avant la signature, seuls sont communicables les documents qui se rattachent à une phase de la procédure que la CADA estime pouvoir isoler des opérations d'attribution proprement dites du marché, 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 tiers²⁸.

Les mêmes solutions sont transposables aux contrats de délégation de service public et aux documents qui s'y rapportent²⁹, notamment aux contrats de concession de service public³⁰, aux contrats de partenariat³¹, ainsi qu'aux concessions d'aménagement³². Tant que le bail emphytéotique administratif n'a pas été signé, l'ensemble des documents y afférents conservent un caractère préparatoire³³. Les documents se rapportant à la procédure d'un appel à projet prévu par le code de l'action sociale et des familles (article L. 313-1-1) sont également communicables, une fois l'autorisation délivrée par l'autorité compétente ou lorsque celle-ci a manifestement renoncé à mener à bien la procédure³⁴.

²² CADA, avis n°20090511 du 12 février 2009 et n°20104082 du 4 novembre 2010 ; conseil n°20110997 du 17 février 2011.

²³ CADA, conseil n°20770997 du 17 février 2011.

²⁴ CADA, avis n°20082814 du 24 juillet 2008 ; à rapprocher de TC 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, et de CADA, avis n°20123139 et n°20123226, lorsque le marché se rattachant à la construction de l'autoroute fait au contraire participer le cocontractant du concessionnaire à la mission de service public confiée au concessionnaire.

²⁵ CADA, avis n°20033960 du 9 octobre 2003, n°20040857 du 19 février 2004, n°20090624 du 26 février 2009 et n°20111461 du 31 mars 2011 ; conseil n°20114251 du 3 novembre 2011.

²⁶ CADA, conseils n°20023233 du 22 août 2002 et n°20065427 du 21 décembre 2006.

²⁷ CADA, avis n°20062949 du 11 juillet 2006 ; conseils n°20090984 du 2 avril 2009 et n°20114251 du 3 novembre 2011.

²⁸ CADA, conseil n°20072665 du 5 juillet 2007.

²⁹ CADA, conseils n°20063184 du 27 juillet 2006 et n°20114788 du 15 décembre 2011.

³⁰ CADA, avis n°20101578 du 22 avril 2010 et n°20114972 du 22 décembre 2011.

³¹ CADA, avis n°20111735 du 28 avril 2011 ; conseil n°20110317 du 3 mars 2011 et n°20113036 du 22 septembre 2011.

³² CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

³³ CADA, avis n°20103329 du 16 septembre 2010.

³⁴ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

Pour les contrats de partenariat, le programme fonctionnel transmis à l'ensemble des candidats en début de procédure est communicable dès son achèvement, mais le pré-contrat soumis à un nombre restreint de candidats revêt un caractère inachevé³⁵.

En cas d'allotissement, il faut attendre que la procédure soit achevée (ou abandonnée) pour l'ensemble des lots³⁶.

Lorsque la procédure est relancée après une déclaration de procédure infructueuse ou une décision de ne pas donner suite, seule cette décision est immédiatement communicable. Les autres documents ne sont communicables qu'à l'issue de la nouvelle procédure³⁷. La commission adopte la même analyse, lorsque la procédure de passation du marché a été suspendue ou annulée par le juge. Dans ce cas, l'ensemble des documents conserve un caractère préparatoire jusqu'à la signature du contrat à l'issue de la nouvelle procédure, à moins que le pouvoir adjudicateur renonce à passer le marché³⁸.

En outre, la CADA estime que la signature d'un accord-cadre multi-attributaire ne vaut pas attribution du marché et ne met pas fin à la concurrence entre les entreprises retenues. Les prix proposés par les différents attributaires ne peuvent être communiqués ni aux tiers ni aux autres attributaires pendant toute la durée de l'accord-cadre³⁹.

Enfin, pour le cas où les pièces d'un dossier de passation d'un marché comporteraient des informations relatives à l'environnement, il convient de préciser que, selon sa doctrine, si le II de l'article L. 124-4 du code de l'environnement permet de rejeter une demande portant sur des documents en cours d'élaboration, en revanche, aucune disposition ne prévoit la possibilité de refuser l'accès aux documents qui s'inscrivent dans un processus préparatoire à l'adoption d'un acte qui n'est pas encore intervenu, dès lors que ces documents sont eux-mêmes achevés et que la demande est formulée dans le cadre de la recherche d'informations relatives à l'environnement⁴⁰. Par conséquent, de telles informations (par exemple, les incidences potentielles de chaque offre sur l'environnement) devraient être communiquées avant même la signature du marché, sous les réserves prévues par l'article L. 124-4 et le II de l'article L. 125-5 de ce code. Ces dispositions permettent, en effet, de refuser la communication d'informations dans le cas où cette communication porterait atteinte à l'un des intérêts mentionnés au 2° du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, à l'exception de ceux visés à ses e et h, et au II de l'article 6 de la même loi, ou s'agissant d'informations relatives à des émissions dans l'environnement au II de l'article L. 124-5 du code de l'environnement⁴¹. Sous réserve de ces observations, les informations en matière environnementale, au sens de l'article L. 124-1 du code de l'environnement, sont communicables dans les conditions fixées par la loi du 17 juillet 1978.

1.2.2. Documents n'ayant pas fait l'objet d'une diffusion publique.

L'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 dispose également que « *le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique* ». Par conséquent, la communication suppose l'absence de diffusion publique⁴².

Constituent une diffusion publique :

- la publication dans un journal officiel⁴³ (par exemple la publication d'un avis de marché au JOUE) ;
- la diffusion sur un site internet, à condition que l'adresse du site soit facile à trouver⁴⁴ ;

³⁵ CADA, conseil n°20110317 du 3 mars 2011.

³⁶ CADA, avis n°20040860 du 19 février 2004.

³⁷ CADA, avis n°20040857 du 19 février 2004.

³⁸ CADA, avis n°20080901 du 21 février 2008, n°20082308 du 19 juin 2008, n°20090412 du 12 février 2009 et n°20111461 du 31 mars 2011.

³⁹ CADA, conseil n°20074583 du 22 novembre 2007.

⁴⁰ CADA, avis n°20090489 du 12 février 2009.

⁴¹ CADA, avis n°20122116 du 7 juin 2012.

⁴² CE, Sect., 17 janvier 1986, *Ministre Economie et Finances c/ SA Dumons*, n°62282.

⁴³ CADA, avis n°20012061 du 14 juin 2001.

⁴⁴ CADA, avis n°20073254 du 13 septembre 2007.

- la publication au BOAMP dès lors que ses annonces sont diffusées sur le site internet de la Direction de l'information légale et administrative, ou DILA⁴⁵.

En revanche, ne constituent pas une diffusion publique :

- l'affichage⁴⁶ ;
- la diffusion dans la presse nationale ou locale⁴⁷.

Dans ces derniers cas, par conséquent, la demande de communication doit être satisfaite.

1.3. Les secrets faisant obstacle à la communication.

Depuis la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 qui a supprimé la notion d'information nominative, l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée distingue entre les secrets absolus (art. 6, I) et les secrets relatifs (art. 6, II) s'opposant à la communication.

La circonstance qu'un document contienne des mentions couvertes par l'un de ces secrets ne fait pas obstacle à sa communication, si ces mentions peuvent en être matériellement disjointes, sans priver le document de sens, ni ôter tout intérêt à la communication, en vertu du III de l'article 6 de la loi de 1978. Il en va ainsi même si les éléments à occulter sont très nombreux⁴⁸.

1.3.1. Secrets absolus.

Les secrets absolus valent à l'égard de tous. Ce sont, pour la plupart, des secrets édictés dans l'intérêt public : secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif, secret de la défense nationale, secret relatif à la conduite de la politique des relations extérieures de la France ou à la sûreté de l'Etat⁴⁹, secret relatif au déroulement des procédures engagées devant les juridictions⁵⁰, secret relatif à la recherche des infractions fiscales et douanières⁵¹ et, de façon générale, secrets protégés par la loi⁵².

Pour un exemple de secret absolu en matière de marchés : la commission estime que la communication des éléments relatifs à l'offre retenue dans le cadre d'un concours de maîtrise d'œuvre pour la construction d'un hôtel de police serait susceptible de porter atteinte à la sécurité publique⁵³.

1.3.2. Secrets relatifs.

Les secrets relatifs ne valent qu'à l'égard des tiers. Ce sont les secrets édictés pour protéger des intérêts privés.

1.3.2.1. **Secret de la vie privée, documents comportant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, ou faisant apparaître un comportement.**

Les nom et prénom des cocontractants d'un contrat administratif sont communicables⁵⁴. En revanche, porte atteinte au secret de la vie privée la communication des informations ou documents suivants :

⁴⁵ *A contrario*, avis n°20012061 du 14 juin 2001.

⁴⁶ CADA, conseil n°20052613 du 7 juillet 2005.

⁴⁷ CADA, avis n°20012061 du 14 juin 2001.

⁴⁸ Conclusions de M. Toutée sous CE, Sect., 10 juillet 1992, *Ministre de l'agriculture c/ Touzan*, n°120047.

⁴⁹ CE, 10 novembre 2010, *Fédération française des télécommunications et des communications électroniques (FFTCE)*, n°327062.

⁵⁰ CE, Sect., 7 mai 2010, *M. Bertin*, n°303168.

⁵¹ CE, 26 mai 2010, *Mme Faria et société Faria*, n°304621 ; 4 mai 2011, *Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ M. Casanovas*, n°328914.

⁵² CE, 29 juin 2011, *Mme Rouzaud*, n°335072.

⁵³ CADA, conseil n°20073859 du 11 octobre 2007.

⁵⁴ CE Sect., 30 mars 1990, *Mme Degorge Boëtte*, n°90237.

- l'âge ou l'adresse d'une personne physique, les curriculum vitae, les coordonnées ou les attestations bancaires produites dans les dossiers de candidatures⁵⁵ ;
- les déclarations de revenus, les salaires respectifs des employés de l'entreprise⁵⁶ ;
- les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable⁵⁷ ;
- les documents faisant apparaître le comportement d'une personne physique, si la divulgation de ce comportement peut lui porter préjudice⁵⁸ .

1.3.2.2. Secret en matière commerciale et industrielle.

➤ La CADA distingue trois types de mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle, dit également « secret des affaires »⁵⁹ :

- *Les mentions protégées par le secret des procédés* : il s'agit des informations qui permettent de connaître le savoir-faire, les techniques de fabrication telles que la description des matériels ou logiciels utilisés et du personnel employé ou le contenu des activités de recherche-développement des entreprises⁶⁰, dans la mesure où ces informations traduisent un savoir-faire propre qui pourrait être reproduit dans un autre marché⁶¹. Sont également exclues du droit à communication la certification de système qualité et les certificats de qualification⁶², les modalités de prise en compte des contraintes environnementales⁶³ autres que celles qui sont relatives à des émissions dans l'environnement, ainsi que les informations relatives au dimensionnement ou au choix des technologies⁶⁴ ;
- *Les mentions protégées par le secret des informations économiques et financières* : entrent dans cette catégorie les informations qui ont trait à la situation économique d'une entreprise, à sa santé financière ou à l'état de son crédit, comme, par exemple, son chiffre d'affaires, ses documents comptables, ses effectifs et, généralement, toutes les informations de nature à révéler son niveau d'activité⁶⁵. L'organigramme de la société est également couvert par ce secret⁶⁶.

Toutefois, lorsqu'en application d'un texte, le candidat retenu doit reprendre tout ou partie du personnel du précédent prestataire, la CADA estime que les données sur le nombre d'agents et la masse salariale correspondante, à l'exception de toutes données nominatives ou plus détaillée, doivent être communiquées⁶⁷ ;

Enfin, s'agissant des recettes d'exploitation d'un service public, la CADA a une interprétation restrictive du secret des informations économiques et financières⁶⁸ ;

- *Les mentions protégées par le secret des stratégies commerciales* : sont ici visées des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que la liste des fournisseurs, le montant des remises consenties⁶⁹. Sont également protégées les mentions qui ont trait :

⁵⁵ CADA, avis n°20033429 du 28 août 2003 et conseil n°20031928 du 15 mai 2003.

⁵⁶ CADA, conseil n°20004574 du 7 décembre 2000.

⁵⁷ CE, 23 juillet 2010, *Office national des forêts c/ M. de la Gravière*, n°321128 ; CADA, avis n°20011892 du 17 mai 2001.

⁵⁸ CADA, conseil n°20042904 du 8 juillet 2004, à propos des courriers émanant d'acheteurs publics non satisfaits.

⁵⁹ CADA, avis n°20062458 du 15 juin 2006.

⁶⁰ CADA, avis n°20052295 du 9 juin 2005.

⁶¹ CADA, avis n°20050529 du 3 février 2005.

⁶² CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010 et n°20111461 du 31 mars 2011 ; conseil n°20071714 du 22 novembre 2007.

⁶³ CADA, avis n°20062950 du 11 juillet 2006.

⁶⁴ CADA, avis n°20081426 du 3 avril 2008.

⁶⁵ CADA, avis n°20062458 du 15 juin 2006.

⁶⁶ CADA, avis n°20034301 du 6 novembre 2003.

⁶⁷ CADA, conseil n°20064843 du 11 janvier 2007 ; pour un contrat d'occupation du domaine public, conseil n°20103361 du 16 septembre 2010.

⁶⁸ CADA, avis n°20104717 du 20 janvier 2011 et n°20122241 du 26 juillet 2012.

⁶⁹ CADA, conseil n°20070002 du 11 janvier 2007, à propos du contrat d'assurance couvrant la flotte automobile d'une commune.

- à l'exposé de la stratégie technique et financière de la société⁷⁰ ;
- aux investissements matériels et au nombre de personnes employées ou affectées à chaque tâche⁷¹ ;
- au plan de financement ou à l'actionnariat⁷² ;
- très exceptionnellement, aux contreparties offertes en échange du prix acquitté par le cocontractant⁷³.

De même, sont protégées, dans certains cas particuliers, les mentions qui reflètent le montage juridico-financier et comptable que le cocontractant a imaginé et mis au point pour répondre au mieux aux besoins exprimés par la personne publique⁷⁴.

➤ Les mentions couvertes par le secret des affaires ne sont, en principe, jamais communicables à des tiers, quelle que soit l'identité de l'entreprise à laquelle elles se rapportent. Elles doivent donc être occultées préalablement à la communication de tous les documents relatifs au marché.

Toutefois, l'atteinte au secret en matière commerciale et industrielle est appréciée différemment par la CADA, selon que les documents concernent l'entreprise retenue ou les entreprises non retenues.

- L'offre de prix détaillée de l'entreprise retenue et les mentions qui s'y rapportent sont en effet communicables à toute personne qui en fait la demande, dans la mesure où elle reflète le coût de la prestation pour la collectivité⁷⁵. Cette notion recouvre l'ensemble des documents relatifs à ses propositions de prix, qu'il s'agisse de son offre de prix global et du bordereau des prix unitaires ou du détail estimatif des prix⁷⁶. La solution est identique pour les délégations de service public⁷⁷, les appels à projet⁷⁸ et les concessions d'aménagement⁷⁹.
- Lorsque l'attributaire du marché est une collectivité territoriale ou un établissement public local, les tiers sont fondés à demander communication de l'intégralité de ses documents budgétaires et comptables, y compris ceux qui se rattachent à sa candidature, sur la base des dispositions pertinentes du CGCT⁸⁰. Le secret en matière industrielle et commerciale n'est alors plus invocable et la communication se fait sans occultation préalable⁸¹.
- A l'inverse, l'ensemble des mentions relatives au détail des prix proposés par les candidats non retenus, à l'exception de leur offre de prix globale, est couvert par le secret en matière commerciale et industrielle⁸². Les mêmes règles s'appliquent pour les délégations de service public⁸³, à un contrat d'emprunt public⁸⁴, à un bail emphytéotique administratif⁸⁵, à une procédure d'appel à projet⁸⁶, ou aux concessions d'aménagement⁸⁷. Enfin une offre initiale ultérieurement rectifiée est assimilée à l'offre d'un candidat non retenu et son détail n'est donc pas communicable⁸⁸.

⁷⁰ CADA, conseil n°20084066 du 23 octobre 2008.

⁷¹ CADA, avis n°20074761 du 6 décembre 2007.

⁷² CADA, avis n°20070967 du 8 mars 2007.

⁷³ En matière de contrats d'assurance : CADA, conseil n°20070002 du 11 janvier 2007.

⁷⁴ Pour un contrat de partenariat, avis n°20072630 du 8 novembre 2007, n°20111735 du 28 avril 2011 et conseil n°20113036 du 22 septembre 2011 ; pour une délégation de service public, avis n°20081426 du 3 avril 2008.

⁷⁵ CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n°20061255 du 16 mars 2006, n°20090984 du 2 avril 2009 et n°20114251 du 3 novembre 2011.

⁷⁶ CADA, conseil n°20064849 du 9 novembre 2006.

⁷⁷ CADA, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

⁷⁸ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

⁷⁹ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

⁸⁰ Article L. 2121-26 du CGCT ; CADA, conseil n°20110928 du 3 mars 2011.

⁸¹ CADA, conseil n°20065044 du 21 décembre 2006.

⁸² CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010 ; conseil n°20044618 du 4 novembre 2004, n°20074116 du 25 octobre 2007, n°20091745 du 14 mai 2009 et n°20114251 du 3 novembre 2011.

⁸³ CADA, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

⁸⁴ CADA, avis n°20103860 du 23 septembre 2010.

⁸⁵ CADA, avis n°20103329 du 16 septembre 2010.

⁸⁶ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

⁸⁷ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

⁸⁸ CADA, avis n°20122551 du 26 juillet 2012.

➤ En outre, dans certaines circonstances particulières, la communication de documents qui, à l'ordinaire, serait autorisée, peut être réduite, voire refusée dans un souci de garantir le respect de la libre concurrence.

- *La CADA prend en compte les particularités de certains marchés*, notamment leur mode de passation, leur nature et leur mode d'exécution. Il en est ainsi des *accords-cadres multi-attributaires*. Selon la commission, il ressort en effet des dispositions des articles 1^{er} et 76 du code des marchés publics que la signature d'un accord-cadre retenant plusieurs entreprises ne vaut pas attribution du marché et ne met pas fin à la mise en concurrence, qui se poursuivra entre les entreprises retenues pendant toute la durée de l'accord-cadre. Le droit d'accès aux documents relatifs à ce dernier doit donc être défini de manière à ne pas porter atteinte à la concurrence entre ces entreprises, ce qui conduit à en restreindre la portée par rapport aux contrats ou marchés publics habituels⁸⁹. La commission en déduit que seules les caractéristiques générales de l'accord-cadre sont communicables à toute personne qui en fait la demande. En revanche, l'ensemble des mentions relatives aux offres présentées (retenues ou non) est protégé par le secret en matière commerciale et industrielle. Tel est le cas, notamment, de l'offre de prix des attributaires des lots⁹⁰.

Pour plusieurs marchés portant sur des prestations extrêmement proches et présentant les mêmes problématiques de contenu de prix, la CADA a estimé que « *le souci de garantir le libre jeu de la concurrence doit conduire à refuser de communiquer le détail des offres de prix des candidats retenus* »⁹¹. Les passages exposant la formule de calcul de la note attribuée aux entreprises sur le critère prix sont, dans de telles circonstances très particulières, non communicables.

- *La CADA prend également en compte le caractère répétitif du marché*. La commission considère, en effet, que lorsqu'un marché est susceptible de présenter un tel caractère, la communication du détail de l'offre de prix de l'entreprise attributaire du premier de ces marchés (bordereau des prix unitaires) serait susceptible de porter atteinte à la concurrence, lors de la passation des marchés suivants. La reconnaissance du caractère répétitif d'un marché se fonde sur la probabilité que soit passé, dans un intervalle de temps rapproché, un nouveau marché portant sur une même catégorie de biens ou de services. Deux hypothèses sont principalement visées par cette réserve : celle dans laquelle le même pouvoir adjudicateur est susceptible de passer des marchés distincts, mais portant sur une même catégorie de biens ou de services dans un intervalle rapproché⁹², et celle des marchés conclus pour une durée brève, et qui sont susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence à échéances rapprochées⁹³.

Plusieurs éléments sont pris en compte par la commission pour apprécier le caractère répétitif d'un marché :

- le premier, qui constitue le critère principal, est la durée du marché initial, c'est-à-dire le délai au-delà duquel une nouvelle mise en concurrence est susceptible d'être organisée. Elle s'apprécie, en l'absence d'autres indications, au regard de la durée totale du marché, périodes de reconductions comprises, sur le fondement de l'article 16 du code des marchés publics⁹⁴. Un marché conclu pour une durée d'un an, reconductible trois fois, sera donc regardé comme conclu pour une durée de quatre ans, et ne sera pas, en principe, considéré comme répétitif. Même si les avis de la commission ne l'explicitent pas, sont, en général, susceptibles d'être considérés comme répétitifs les marchés dont la durée totale est inférieure ou égale à deux ans.

⁸⁹ CADA, avis n°20111096 du 14 avril 2011 et conseil n°20084709 du 23 décembre 2008.

⁹⁰ CADA, avis n°20111096 du 14 avril 2011 ; conseils n°20073774 du 25 octobre 2007 et n°20074583 du 22 novembre 2007.

⁹¹ CADA, conseil n°20114251 du 3 novembre 2011.

⁹² CADA, avis n°20090938 du 19 mars 2009.

⁹³ CADA, avis n°20074116 du 25 octobre 2007 et n°20110443 du 17 février 2011 ; conseils n°20060264 du 16 janvier 2006, n°20073686 du 27 septembre 2007 et n°20110425 du 17 février 2011.

⁹⁴ CADA, conseils n°20072696 du 26 juillet 2007 et n°20110425 du 17 février 2011.

- d'autres éléments pris en compte par la commission peuvent l'amener à moduler cette appréciation du caractère répétitif, ou plus généralement de l'atteinte à la concurrence susceptible d'être portée par la communication aux tiers du détail de l'offre de prix du candidat retenu. Il s'agit de :
 - *la nature des biens ou services concernés par le marché* : Dans certains cas, en effet, le caractère fortement concurrentiel du secteur concerné⁹⁵, ou l'objet du marché, qui amène à considérer qu'il puisse s'inscrire « naturellement » dans une suite répétitive⁹⁶, font partie des circonstances qui peuvent amener la commission à considérer que l'offre de prix détaillée de l'attributaire ne sera pas communicable, indépendamment de la durée du marché, ou à tout le moins sans que les critères de principes soient nécessairement remplis. Il pourrait également s'agir de marchés analogues passés simultanément par des collectivités de même nature et auxquels seraient susceptibles de candidater les mêmes entreprises⁹⁷.
 - *les indications qui peuvent lui être apportées*, soit par les pièces du dossier qui lui sont soumises, soit de manière plus fréquente par les administrations concernées elles mêmes : ainsi, la commission peut être amenée à considérer qu'un marché aura un caractère répétitif, dès lors que le pouvoir adjudicateur le lui indique expressément⁹⁸. De plus, il n'est pas exclu qu'elle puisse être amenée à nuancer la prise en compte des périodes de reconduction pour l'appréciation de la durée totale du marché, si le pouvoir adjudicateur indique expressément son intention de ne pas reconduire le marché.
 - si le caractère répétitif d'un marché s'apprécie principalement au regard de sa durée, la commission tient également compte, le cas échéant, du *délai séparant l'achèvement du marché de son renouvellement*. Les documents relatifs à un marché renouvelé chaque année sont communicables, dès lors que son exécution est limitée à une courte période de la fin de l'année, en l'espèce Noël et le Jour de l'an⁹⁹.
 - *le moment de la demande* est pris en compte. La commission émet un avis défavorable à la communication de documents, si la personne publique l'informe du prochain lancement d'un nouveau marché portant sur des prestations identiques¹⁰⁰, ou sur des prestations extrêmement proches¹⁰¹. Mais, la communication de documents n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence, si le renouvellement du marché est lointain et si la passation de marchés portant sur des prestations analogues n'est pas prévue dans un délai déterminé¹⁰².
 - *la situation particulière des marchés passés outre-mer* a pu justifier la communication de documents relatifs à des marchés répétitifs, au regard de la concurrence entre les entreprises susceptibles de répondre aux besoins de la personne publique¹⁰³.

⁹⁵ CADA avis n°20073774 du 25 octobre 2007.

⁹⁶ Par exemple, pour le lot « papier » d'un marché : CADA, conseil n°20061836 du 27 avril 2006 ; *a contrario*, conseil n°20090984 du 2 avril 2009.

⁹⁷ CADA avis n°20123139 et n°20123226 du 25 octobre 2012.

⁹⁸ CADA, conseil n°20070207 du 11 janvier 2007.

⁹⁹ CADA, avis n°20110443 du 17 février 2011.

¹⁰⁰ CADA, conseil n°20112647 du 23 juin 2011.

¹⁰¹ CADA, conseil n°20114251 du 3 novembre 2011.

¹⁰² CADA, avis n°20112563 du 23 juin 2011.

¹⁰³ CADA, conseil n°20114251 du 3 novembre 2011.

1.3.2.3. Secret professionnel.

Le secret professionnel de l'avocat couvre « *les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier* »¹⁰⁴.

Le Conseil d'Etat¹⁰⁵ a jugé que les correspondances échangées entre un avocat et son client, notamment les consultations juridiques rédigées par l'avocat à l'intention d'une collectivité publique dans le cadre d'une procédure de marché public, si elles constituent des documents administratifs au sens de la loi de 1978, sont couvertes par le secret professionnel. Ces documents ne sont donc pas communicables¹⁰⁶.

Sont également couvertes les correspondances qui n'ont pas de rapport direct avec la stratégie de défense, comme la convention d'honoraires ou les facturations afférentes émises par l'avocat¹⁰⁷. Bien que constituant des pièces justificatives du paiement, ces documents ne sont pas communicables¹⁰⁸. Toutefois, la CADA autorise la communication des mandats émis par les collectivités territoriales pour le paiement des prestations juridiques réalisées par un avocat¹⁰⁹.

Le secret professionnel ne couvre que les documents élaborés au cours de l'exécution des marchés de prestation d'assistance et de représentation juridiques, et non les pièces de ces marchés¹¹⁰.

1.4. Réserve des droits de propriété littéraire et artistique.

Aux termes de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978, « *les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique* ». Ces dispositions ne font pas obstacle à la communication des documents, mais obligent le demandeur à respecter, dans l'usage qu'il entend faire de ces documents, les droits qui lui sont attachés¹¹¹.

Il s'agit, le plus souvent, de documents remis dans le cadre d'un concours d'architecture : plans¹¹², maquettes, planches, esquisses, avant-projet sommaire et avant-projet définitif¹¹³.

2. Typologie des documents communicables et non communicables.

Il n'est pas toujours aisé de dresser une liste exhaustive des documents communicables ou non communicables en matière de marchés publics, l'examen se faisant au cas par cas. On peut cependant, au vu des avis et conseils de la CADA, proposer la classification suivante : documents communicables sans restriction¹¹⁴, documents non communicables et documents communicables sous réserve de l'occultation de certaines mentions.

2.1. Les documents communicables sans restriction.

2.1.1. Délibération autorisant le lancement de la procédure ou sa signature.

¹⁰⁴ Article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

¹⁰⁵ CE, Ass., 27 mai 2005, *Département de l'Essonne*, n°268564.

¹⁰⁶ CADA, avis n°20081225 du 20 mars 2008.

¹⁰⁷ CCass., 1^{ère} Civ., 13 mars 2008, n°05-11314.

¹⁰⁸ CADA, avis n°20111095 du 14 avril 2011.

¹⁰⁹ CADA, avis n°20111095 du 14 avril 2011.

¹¹⁰ CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n°238039 ; CADA, avis n°20111096 du 14 avril 2011.

¹¹¹ CADA, avis n°20091401 du 16 avril 2009 ; conseils n°20022799 du 11 juillet 2002 et n°20065427 du 21 décembre 2006.

¹¹² CADA, avis n°20024502 du 21 novembre 2002 et n°20091401 du 16 avril 2009.

¹¹³ CADA, conseil n°20032491 du 5 juin 2003.

¹¹⁴ L'expression « *communicable de plein droit* » a même été utilisée dans le passé par la CADA pour désigner les documents communicables sans restriction de contenu à toute personne qui en fait la demande, par opposition aux documents communicables aux seuls « intéressés » au sens du II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978.

Les délibérations des assemblées locales sont immédiatement communicables¹¹⁵ à toute personne qui en fait la demande¹¹⁶, notamment les délibérations autorisant le lancement du marché, instituant la commission d'appel d'offres ou autorisant la signature du marché¹¹⁷. Il en est de même de la convocation des conseillers municipaux¹¹⁸ et de l'arrêté désignant les membres de la commission d'appel d'offres, ou CAO¹¹⁹. Les solutions sont identiques pour les délégations de service public¹²⁰ et les contrats de partenariat¹²¹.

2.1.2. Documents organisant le déroulement de la mise en concurrence.

Indépendamment de leur communication aux concurrents dans le cadre des obligations fixées par le code des marchés publics, ces documents peuvent être communiqués à toute personne qui en fait la demande, en dehors même de sa participation à la procédure. Il s'agit :

- des avis de marché dès lors qu'ils ne font pas l'objet d'une diffusion publique¹²² ;
- du règlement de la consultation¹²³ ;
- des lettres de consultation adressées aux entreprises sélectionnées les informant du délai de remise des offres¹²⁴ ;
- des lettres informant les candidats des conditions de la négociation¹²⁵ ;
- de la lettre de clôture des négociations¹²⁶ ;
- du programme fonctionnel transmis par la personne publique en début de procédure de passation d'un contrat de partenariat à l'ensemble des candidats, dès que ce document est achevé¹²⁷.

2.1.3. Documents relatifs à l'examen des candidatures et des offres.

2.1.3.1. En ce qui concerne l'enregistrement et l'ouverture des plis.

- le registre d'enregistrement des offres¹²⁸ ;
- le procès-verbal d'ouverture des enveloppes et de réunion¹²⁹, et, pour les délégations de service public, les procès-verbaux de la commission consultative des services publics locaux d'ouverture des candidatures ou des offres¹³⁰, sous réserve que ces documents ne contiennent aucune des mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle¹³¹.

2.1.3.2. En ce qui concerne la liste des concurrents.

- la liste des entreprises sollicitées¹³² ;
- la liste des candidats admis à présenter une offre¹³³ ;

¹¹⁵ Sur le fondement, notamment, des articles L. 2121-26, L. 3121-17, L. 4132-16, L. 5211-46, L. 5421-5, L. 5621-9 et L. 5721-6 du CGCT.

¹¹⁶ CADA, avis n°20063298 du 31 août 2006.

¹¹⁷ CADA, conseils n°20052631 du 7 juillet 2005 et n°20073686 du 27 septembre 2007.

¹¹⁸ CADA, avis n°20040605 du 5 février 2004.

¹¹⁹ CADA, conseil n°20065427 du 21 décembre 2006.

¹²⁰ CADA, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

¹²¹ CADA, conseil n°20113036 du 22 septembre 2011.

¹²² CADA, avis n°20012061 du 14 juin 2001.

¹²³ CADA, conseil n°20072665 du 5 juillet 2007.

¹²⁴ CADA, avis n°19993499 du 14 octobre 1999.

¹²⁵ CADA, conseil n°20002823 du 27 juillet 2000.

¹²⁶ CADA, avis n°20041307 du 1^{er} avril 2004.

¹²⁷ CADA, conseil n°20110317 du 3 mars 2011.

¹²⁸ CADA, conseil n°20061739 du 27 avril 2006.

¹²⁹ CADA, conseils n°20033195 du 28 août 2003, n°20072665 du 5 juillet 2007 et n°20073686 du 27 septembre 2007.

¹³⁰ CADA, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

¹³¹ CADA, conseil n°20091745 du 14 mai 2009.

¹³² CADA conseil n°20061857 du 27 avril 2006.

- la liste des candidats invités à négocier¹³⁴ ;
- le nom des entreprises ayant déposé une offre¹³⁵ ;
- la liste des lots pour lesquels les entreprises ont soumissionné¹³⁶.

2.1.3.3. En ce qui concerne les documents relatifs à l'analyse des offres.

- la justification de la convocation des membres de la commission d'appel d'offres, ou CAO¹³⁷ ;
- les notes, classements et éventuelles appréciations du candidat retenu¹³⁸ et du lauréat d'un appel à projets¹³⁹ ou d'une concession d'aménagement¹⁴⁰ ;
- la décision d'attribution¹⁴¹.

2.1.4. Pièces constitutives du marché.

La communication des pièces constitutives du marché est très large :

- l'acte d'engagement de l'entreprise retenue et ses annexes, après occultation des informations couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle, comme les coordonnées bancaires du candidat retenu¹⁴², et, en cas de marchés répétitifs, des informations susceptibles de porter atteinte à la concurrence¹⁴³ ;
- les cahiers des clauses administratives et techniques particulières¹⁴⁴ ;
- le descriptif, les prescriptions techniques des règles de l'art contenues dans les documents techniques unifiés, normes, avis techniques¹⁴⁵ ;
- les plans, dessins, graphiques du projet¹⁴⁶ ;
- le programme du concours¹⁴⁷ ;
- les variantes et options retenues¹⁴⁸ ;
- les documents relatifs aux quantités et aux conditions de prix¹⁴⁹.

Sont également communicables, les pièces constitutives des autres contrats de la commande publique :

- le contrat de délégation de service public et ses annexes, notamment le contrat de concession de service public, sous réserve pour ces dernières de l'occultation des éléments couverts par le secret industriel et commercial¹⁵⁰ ;
- le contrat de partenariat, sous réserve de l'occultation des mentions qui définissent le montage juridico-financier et comptable mis au point par le partenaire retenu¹⁵¹ ;

¹³³ CADA, avis n°20024332 du 7 novembre 2002.

¹³⁴ CADA, conseil n°20064121 du 28 septembre 2006.

¹³⁵ CADA, conseil n°20050996 du 3 mars 2005.

¹³⁶ CADA, conseil n°20043094 du 22 juillet 2004.

¹³⁷ CADA, conseil n°20002823 du 27 juillet 2000.

¹³⁸ CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n°20091745 du 14 mai 2009 et n°20110928 du 3 mars 2011.

¹³⁹ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

¹⁴⁰ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

¹⁴¹ CADA, conseil n°20024022 du 3 octobre 2002.

¹⁴² CE, 11 juillet 1990, *Centre hospitalier général de Neufchâteau*, req. n°84994 ; CADA, avis n°20064121 du 28 septembre 2006 et conseil n°20073686 du 27 septembre 2007.

¹⁴³ CADA, conseil n°20074116 du 25 octobre 2007.

¹⁴⁴ CADA, conseil n°20062914 du 11 juillet 2006.

¹⁴⁵ CADA, avis n°20040859 du 19 février 2004.

¹⁴⁶ CADA, conseil n°19993342 du 23 septembre 1999.

¹⁴⁷ CADA, conseil n°20040658 du 19 février 2004.

¹⁴⁸ CADA, avis n°20060279 du 19 janvier 2006.

¹⁴⁹ CADA, conseil n°19991892 du 3 juin 1999.

¹⁵⁰ CADA, avis n°20101578 du 22 avril 2010 et conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

¹⁵¹ CADA, conseil n°20113036 du 22 septembre 2011.

- le bail emphytéotique administratif qui se rattache directement à l'exécution d'une mission de service public¹⁵² ;
- le contrat d'occupation du domaine public¹⁵³ ;
- un contrat d'emprunt public¹⁵⁴ ;
- la convention de cession des outillages portuaires, même après leur déclassement du domaine public¹⁵⁵ ;
- les documents qui se rapportent à une procédure d'appel à projet¹⁵⁶ ;
- les concessions d'aménagement et l'ensemble des documents qui s'y rapportent¹⁵⁷.

2.1.5. Documents relatifs à l'achèvement de la procédure.

- la lettre de visa du contrôleur financier¹⁵⁸ ;
- la copie de l'acte de notification du marché¹⁵⁹ et son accusé de réception¹⁶⁰ ;
- l'avis d'attribution, s'il n'a pas fait l'objet d'une diffusion publique¹⁶¹ ;
- la fiche de recensement des marchés¹⁶².

2.1.6. Documents concernant l'exécution du marché.

La CADA a eu l'occasion de rappeler que les documents relatifs à l'exécution des marchés publics ont également un caractère administratif et que leur caractère communicable s'appréciait selon les mêmes principes que les autres documents en matière de marché¹⁶³, c'est-à-dire principalement sous la réserve du respect du secret en matière commerciale et industrielle. Il en va par exemple ainsi :

- des avenants¹⁶⁴ ;
- des ordres de service, procès-verbaux de réception des travaux, devis des entrepreneurs, et documents de sous-traitance¹⁶⁵ ;
- des documents qui commentent les orientations proposées par le maître d'œuvre et retranscrivent des comptes rendus d'entretiens utiles à l'analyse du besoin de la personne publique, dans le cadre d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage¹⁶⁶ ;
- des documents concernant l'exécution financière du marché : factures, décompte général et définitif faisant apparaître non seulement la nature détaillée des prestations mais également le montant attaché, documents comptables relatifs à l'exécution financière du marché, mandats de paiement, notes d'honoraires¹⁶⁷.

Sont également communicables :

- les avenants à un contrat de concession de service public¹⁶⁸ ;

¹⁵² CADA, avis n°20103329 du 16 septembre 2010.

¹⁵³ CADA, conseil n°20103361 du 16 septembre 2010.

¹⁵⁴ CADA, avis n°20103860 du 23 septembre 2010 et conseil n°20110928 du 3 mars 2011.

¹⁵⁵ CADA, avis n°20110502 du 3 février 2011.

¹⁵⁶ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

¹⁵⁷ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

¹⁵⁸ CADA, avis n°20031454 du 27 mars 2003.

¹⁵⁹ CADA, avis n°20022651 du 27 juin 2002.

¹⁶⁰ CADA, avis n°20041348 du 1^{er} avril 2004.

¹⁶¹ CADA, avis n°20012061 du 14 juin 2001 et conseil n°20052631 du 7 juillet 2005.

¹⁶² CADA, conseil n°19993342 du 23 septembre 1999.

¹⁶³ CADA, conseil n°20084250 du 13 novembre 2008.

¹⁶⁴ CADA, avis n°20064144 du 28 septembre 2006.

¹⁶⁵ CADA, conseil n°19993342 du 23 septembre 1999.

¹⁶⁶ CADA, avis n°20112563 du 23 juin 2011.

¹⁶⁷ CADA, avis n°20040236 du 22 janvier 2004 et n°20112563 du 23 juin 2011 ; conseil n°19993342 du 23 septembre 1999.

¹⁶⁸ CADA, avis n°20101578 du 22 avril 2010.

- le compte rendu annuel d'activité du concessionnaire de service public¹⁶⁹ ;
- le contrat conclu entre le concessionnaire de service public et son sous-traitant, s'il a directement pour objet la réalisation du service public ou des prestations objet de la concession¹⁷⁰ ;
- les actes produits dans le cadre d'une mission de service public, par une personne de droit privé en charge d'une telle mission¹⁷¹.

S'agissant des collectivités territoriales, l'ensemble des documents relatifs à l'exécution financière des marchés sont susceptibles d'être regardés comme des éléments et pièces justificatives des comptes de ces collectivités, au sens des dispositions du Code général des collectivités territoriales, auxquelles la compétence de la CADA a été étendue par l'article 21 de la loi du 17 juillet 1978¹⁷². Dans un tel cas, la commission considère que ces dispositions particulières ne permettent pas d'opposer le secret en matière commerciale et industrielle prévu par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978¹⁷³.

2.1.7. Documents communicables à l'occasion d'une remise en concurrence.

Dans l'hypothèse d'une nouvelle mise en concurrence, les informations devant être communiquées aux entreprises candidates par la personne publique doivent assurer une information exacte de celles-ci pour leur permettre d'élaborer une offre satisfaisante et garantir une mise en concurrence réelle.

Ont ainsi été jugés communicables le compte de résultat simplifié, le résultat des cinq derniers exercices et le nombre de salariés employés, sous réserve que ces documents reflètent exclusivement l'activité concernée¹⁷⁴.

2.2. Les documents non communicables.

2.2.1. Documents organisant le déroulement de la mise en concurrence.

Ne sont pas communicables les réponses des entreprises aux demandes complémentaires de la collectivité, sauf mentions particulières pouvant être communiquées telles que les éléments de l'offre de l'entreprise retenue¹⁷⁵.

2.2.2. Documents relatifs aux candidatures et aux offres.

Les documents révélant les capacités professionnelles des entreprises, la description de leurs capacités techniques, leurs références, une certification ISO et leurs capacités financières sont intégralement couverts par le secret en matière industrielle et commerciale, à l'exception des informations relatives à leurs références en matière de marché public¹⁷⁶. Pour les contrats de partenariat, ne sont pas communicables les conventions et actes d'acceptation de cession de créances¹⁷⁷.

Ne peuvent pas non plus être communiqués, le curriculum vitae (CV) des membres du candidat retenu, ses déclarations de revenus, l'organigramme de la société et le détail des équipes de salariés prévues¹⁷⁸.

Le détail technique et financier des offres des entreprises non retenues n'est pas communicable¹⁷⁹. Seules sont communicables les conditions globales de prix de ces entreprises. Les mêmes règles

¹⁶⁹ CADA, avis n°20101578 du 22 avril 2010 et n°20110951 du 3 mars 2011.

¹⁷⁰ CADA, avis n°20101578 du 22 avril 2010.

¹⁷¹ CADA, avis n°20114972 du 22 décembre 2011.

¹⁷² Par exemple l'article L. 2121-26 de ce code ; par analogie : CADA, conseil n°20084250 du 13 novembre 2008.

¹⁷³ CADA, conseil n°20064650 du 26 octobre 2006.

¹⁷⁴ Pour un contrat d'occupation du domaine public : CADA, conseil n°20103361 du 16 septembre 2010.

¹⁷⁵ CADA, conseil n°20045198 du 2 décembre 2004.

¹⁷⁶ CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n°20033282 du 28 août 2003 et n°20052131 du 9 juin 2005.

¹⁷⁷ CADA, conseil n°20113036 du 22 septembre 2011.

¹⁷⁸ CADA, conseils n°20040542 du 5 février 2004 et n°20065427 du 21 décembre 2006.

¹⁷⁹ CADA, avis n°20091401 du 16 avril 2009 ; conseils n°20073686 du 27 septembre 2007 et n°20090984 du 2 avril 2009.

s'appliquent aux délégations de service public¹⁸⁰, à un bail emphytéotique administratif¹⁸¹, à un contrat d'emprunt public¹⁸², à une procédure d'appel à projet¹⁸³, et aux concessions d'aménagement¹⁸⁴.

Cette position est celle du juge administratif qui considère que « la communication à l'un des candidats à l'attribution d'un marché public des dossiers soumis par d'autres concurrents dans le cadre de l'appel d'offres est de nature à porter atteinte au secret en matière industrielle et commerciale. Par suite, elle peut être refusée par application des dispositions de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 »¹⁸⁵.

Les notes et classements d'une entreprise non retenue et les appréciations portées sur son offre sont communicables à ce seul candidat évincé d'une consultation¹⁸⁶. Il en va de même pour un contrat d'emprunt public¹⁸⁷, un appel à projet¹⁸⁸ et les concessions d'aménagement¹⁸⁹.

Toutefois, l'objectif de transparence administrative de la loi du 17 juillet 1978, qui amène la commission à accorder une attention particulière à la faculté laissée aux citoyens d'avoir accès aux informations relatives aux prix du marché ou aux conditions de son exécution, la conduit à considérer que le secret en matière commerciale et industrielle ne peut être opposé dans certains cas. Il en va par exemple ainsi :

- des références et marques des produits utilisés, qui sont regardées par la commission comme étant indissociables de l'offre de prix détaillée du titulaire du marché¹⁹⁰ ;
- des informations telles que le numéro d'immatriculation, le type, la marque et la date de première mise en circulation des autocars utilisés par le titulaire d'un marché de transport de personnes, qui ont trait à « la qualité des prestations rendues au public par l'intermédiaire de ce marché, ainsi qu'à la sécurité des personnes transportées »¹⁹¹.

2.2.3. Pièces du marché.

Si les pièces du marché sont, en principe, communicables, en revanche, les mémoires techniques, propositions techniques et plan particulier de sécurité et de protection de la santé ne sont pas communicables, en tant qu'ils contiennent des informations relatives aux moyens humains, techniques et matériels du candidat retenu, ainsi qu'à ses procédés, informations couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale¹⁹².

2.3. Les documents communicables sous réserve de l'occultation de certaines mentions.

2.3.1. Documents relatifs à la procédure de consultation.

2.3.1.1. Documents organisant le déroulement de la mise en concurrence.

Les correspondances échangées avec les candidats sont communicables, de même que les questions complémentaires adressées aux entreprises, y compris aux entreprises non retenues, sous

¹⁸⁰ CADA, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

¹⁸¹ CADA, avis n°20103329 du 16 septembre 2010.

¹⁸² CADA, conseil n°20110928 du 3 mars 2011.

¹⁸³ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

¹⁸⁴ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

¹⁸⁵ CAA Paris, 19 septembre 1999, Société Le Bureau Moderne, n°98PA03667.

¹⁸⁶ CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010 et n°20111096 du 14 avril 2011 ; conseils n°20065427 du 21 décembre 2006 et n°20091745 du 14 mai 2009.

¹⁸⁷ CADA, avis n°20103860 du 23 septembre 2010 et conseil n°20110928 du 3 mars 2011.

¹⁸⁸ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

¹⁸⁹ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

¹⁹⁰ CADA, conseil n°20053337 du 25 août 2005.

¹⁹¹ CADA, conseil n°20090054 du 15 janvier 2009.

¹⁹² CADA, avis n°20062949 du 11 juillet 2006 ; conseils n°20062848 du 11 juillet 2006 et n°20065427 du 21 décembre 2006.

réserve d'occulter certaines mentions¹⁹³, ainsi que les lettres adressées aux entreprises lors de négociations et qui ont permis de préciser le cahier des charges¹⁹⁴.

2.3.1.2. Documents relatifs aux candidatures et aux offres.

Les documents relatifs aux candidatures et aux offres sont communicables, sous réserve de la protection des secrets. En revanche n'est pas communicable la liste des entreprises qui, après avoir retiré un dossier sur la plateforme de dématérialisation des marchés publics, n'ont pas déposé de candidature¹⁹⁵.

S'agissant des candidatures, d'une façon générale (entreprise retenue ou non retenue), sont, en principe, communicables :

- les déclarations sur l'honneur et les attestations fiscales, à l'exception des mentions couvertes par le secret commercial et industriel, tel le chiffre d'affaires¹⁹⁶ ;
- la lettre de candidature (formulaire DC1), la déclaration du candidat (formulaire DC2) et l'état annuel des certificats reçus (formulaire NOTI2) de l'entreprise retenue¹⁹⁷ ;
- les documents justifiant que l'entreprise satisfait aux conditions posées par une réglementation particulière (agrément, attestation d'assurance et de garantie financière), sous réserve que les mentions dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret de la vie privée (telles que l'âge ou l'adresse d'une personne physique) ou protégées par le secret des affaires soient préalablement occultées¹⁹⁸.

S'agissant des offres, la communication est plus ou moins large lorsque les documents portent sur l'entreprise retenue ou les entreprises non retenues.

- *En ce qui concerne l'entreprise retenue*, peuvent être communiquées :
 - non seulement l'offre de prix globale mais aussi l'offre de prix détaillée, car elle reflète le coût du service public¹⁹⁹, ainsi que le bordereau des prix unitaires²⁰⁰. La solution est identique pour les délégations de service public²⁰¹, les appels à projet²⁰² et les concessions d'aménagement²⁰³. Pour les contrats de partenariat, ne sont pas communicables les mentions qui définissent le montage juridico-financier et comptable mis au point par le partenaire retenu²⁰⁴ ;
 - les documents qui attestent ou garantissent la conformité réglementaire des équipements et installations qu'utilisera le candidat²⁰⁵.
En revanche, le mémoire technique ou la présentation des moyens humains et matériels de l'entreprise retenue ne sont pas communicables, à moins que ces éléments ne fassent partie intégrante de l'acte d'engagement²⁰⁶.
N'est pas non plus communicable la répartition des honoraires entre membres d'un groupement attributaire d'un marché²⁰⁷, sauf dans l'hypothèse a priori exceptionnelle

¹⁹³ CADA, avis n°20040635 du 19 février 2004.

¹⁹⁴ CADA, avis n°20020150 du 7 février 2002.

¹⁹⁵ CADA, conseil n°20122467 du 5 juillet 2012.

¹⁹⁶ CADA, conseil n°20020024 du 10 janvier 2002.

¹⁹⁷ CADA, conseil n°20065427 du 21 décembre 2006.

¹⁹⁸ CADA, conseil n°20033474 du 11 septembre 2003.

¹⁹⁹ CADA, avis n°20091401 du 16 avril 2009 ; conseils n°20073686 du 27 septembre 2007 et n°20110928 du 3 mars 2011.

²⁰⁰ CADA, conseil n°20065427 du 21 décembre 2006.

²⁰¹ CADA, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

²⁰² CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

²⁰³ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

²⁰⁴ CADA, avis n°20111735 du 28 avril 2011.

²⁰⁵ CADA, conseil n°20041304 du 1^{er} avril 2004.

²⁰⁶ CADA, avis n°20062949 du 11 juillet 2006 ; conseils n°20052631 du 7 juillet 2005 et n°20065427 du 21 décembre 2006.

²⁰⁷ CADA, avis n°20123533 du 11 octobre 2012.

où la somme globale incombant à la collectivité publique n'apparaissant nulle part ailleurs ne pourrait se déduire que de l'addition des honoraires de ces membres²⁰⁸.

- *En ce qui concerne les entreprises non retenues*, sont seules, en principe, communicables les conditions globales de prix²⁰⁹. Le détail technique et financier des offres de ces entreprises n'est pas communicable²¹⁰. Les mêmes règles s'appliquent pour les délégations de service public²¹¹, à un contrat d'emprunt public²¹², à un bail emphytéotique administratif²¹³, à une procédure d'appel à projet²¹⁴, ou aux concessions d'aménagement²¹⁵.

2.3.1.3. Documents relatifs à l'analyse des candidatures et des offres.

- les courriers émanant d'acheteurs publics insatisfaits des prestations fournies par une entreprise, lors de précédents marchés, sont communicables, dès lors qu'ils ne font pas apparaître, de la part de personnes physiques, des comportements dont la divulgation pourrait porter préjudice à leurs auteurs²¹⁶ ;
- le rapport d'analyse des offres, les procès-verbaux et les rapports de la commission d'appel d'offres (CAO) 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, telles les mentions relatives aux détails techniques et financiers des offres des entreprises non retenues, doivent être occultées²¹⁷ ;
- il en est de même du rapport du maître d'œuvre²¹⁸ et du dossier détenu par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) dans le cadre de leur fonction de contrôle et de conseil concernant les marchés publics, notamment le procès-verbal et les notes prises à l'issue des réunions de la commission d'appel d'offres²¹⁹.

2.3.1.4. Documents relatifs à l'achèvement de la procédure.

Les rapports généraux relatifs à la passation de marchés sont communicables, sous réserve de l'occultation des mentions couvertes par le secret :

- rapport de présentation du marché²²⁰ ou du contrat de délégation de service public²²¹ ;
- la demande d'annulation du préfet et la motivation qui l'accompagne²²².

2.3.2. Rapports divers.

Un certain nombre de notes, dossiers ou rapports peuvent être communiqués (toujours sous réserve de l'occultation des mentions couvertes par le secret) :

²⁰⁸ CADA, conseil n°20050246 du 6 janvier 2005.

²⁰⁹ CADA, avis n°20091401 du 16 avril 2009 et n°20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n°20090984 du 2 avril 2009, n°20091745 du 14 mai 2009 et n°20114251 du 3 novembre 2011.

²¹⁰ CADA, avis n°20101586 du 20 mai 2010 ; conseils n°20073686 du 27 septembre 2007, n°20091745 du 14 mai 2009 et n°20114251 du 3 novembre 2011.

²¹¹ CADA, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

²¹² CADA, avis n°20103860 du 23 septembre 2010.

²¹³ CADA, avis n°20103329 du 16 septembre 2010.

²¹⁴ CADA, conseil n°20120845 du 8 mars 2012.

²¹⁵ CADA, avis n°20122290 du 21 juin 2012.

²¹⁶ CADA, conseil n°20042904 du 8 juillet 2004.

²¹⁷ CADA, avis n°20074116 du 25 octobre 2007 ; conseils n°20052295 du 9 juin 2005, n°20073686 du 27 septembre 2007 et n°20091745 du 14 mai 2009. Pour les délégations de service public, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

²¹⁸ CADA, conseil n°20033195 du 28 août 2003.

²¹⁹ CADA, conseil n°20050423 du 20 janvier 2005.

²²⁰ CADA, avis n°20063298 du 31 août 2006 ; conseils n°20073686 du 27 septembre 2007 et n°20114251 du 3 novembre 2011.

²²¹ CADA, conseil n°20063184 du 27 juillet 2006.

²²² CADA, avis n°20001773 du 25 mai 2000.

- le rapport d'évaluation transmis pour avis à la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) préalablement au lancement de la procédure de passation des contrats de partenariat²²³ ;
- les rapports de la DGCCRF²²⁴ ;
- les rapports d'analyse relatifs au volet financier du projet établis par une société de conseil en ingénierie financière²²⁵ ;
- le rapport rédigé par un cabinet d'expertise sur l'exécution d'un marché, sous réserve des éléments comportant un jugement de valeur sur une personne physique²²⁶.

²²³ CADA, conseil n°20062040 du 11 mai 2006.

²²⁴ CE, 1^{er} mars 2004, *Ministre de l'économie et des finances c/ société civile de moyens "Imagerie Médicale du Nivolet"*, n°247733 ; CADA, conseils n°20010348 du 25 janvier 2001 et n°20050423 du 20 janvier 2005.

²²⁵ CADA, avis n°20081225 du 20 mars 2008.

²²⁶ CADA, conseil n°20020832 du 28 février 2002.