

FICHE **28****La communication des documents administratifs en matière 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 de l'Autorité 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.

I. Principes généraux

I.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.

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

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

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.

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, des marchés passés par le concessionnaire dans le cadre de sa mission de service public⁸ 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 concession⁹. Les documents relatifs aux contrats de partenariat ont également un caractère administratif¹⁰.

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

- les documents contractuels, produits, reçus ou détenus par une personne morale, de droit public ou privé, chargée d'une mission de service public s'ils présentent un lien suffisamment direct avec leur mission de service public¹¹ ou s'ils comportent des clauses exorbitantes du droit commun¹² ;
- les contrats d'occupation du domaine public et tous les documents qui s'y rapportent¹³ ;
- les documents relatifs à un contrat d'emprunt public¹⁴ ;
- le bail emphytéotique administratif qui se rattache directement à l'exécution d'une mission de service public¹⁵ ;
- les concessions d'aménagement et l'ensemble des documents qui se rapportent à leur attribution¹⁶ ;
- les documents se rapportant à une procédure d'appel à projet¹⁷ ;
- les contrats conclus par une juridiction judiciaire, qui ne revêtent pas, de ce seul fait, un caractère judiciaire¹⁸ ;
- le marché de droit privé, et les pièces qui s'y rapportent, passé, pour le compte d'une personne privée, par une personne publique agissant dans le cadre des missions de service public qui lui sont dévolues et eu égard à l'intérêt public de l'ouvrage en cause¹⁹.

3. CE, Sect., 7 mai 2010, *M. Bertin*, n° 303168 ; CE, 23 juillet 2010, *Office national des forêts c/ M. de la Gravière*, n° 321138 ; CADA, avis n° 20134647 du 13 mars 2014.

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.

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° 20132924 du 24 octobre 2013.

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

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

11. CADA, avis n° 20124919 du 10 janvier 2013, n° 20131911 du 6 juin 2013 et n° 20141034 du 10 avril 2014.

12. CADA, avis n° 20124947 du 24 janvier 2013.

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

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

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

16. 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.

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

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

19. CADA, conseil n° 20141784 du 19 juin 2014.

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 gares²⁰, ou encore la gestion de déchets industriels banals sur différents sites²¹. 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 recherche²², 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 comptable²³. 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 association²⁴.

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 charge²⁵. 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 conclure²⁶.

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 co-contractant à une mission de service public, ne constitue pas un document administratif²⁷.

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 abandonnée²⁸. Pour la CADA, les documents ne deviennent pas communicables dès l'attribution du marché, mais seulement après que le marché a été signé²⁹. 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 rap-

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

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

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

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

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

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

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

27. CADA, avis n° 20082814 du 24 juillet 2008.

28. 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.

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

portent³⁰. La commission a également eu l'occasion de préciser que la résiliation d'un contrat du fait de la mise en liquidation judiciaire de l'entreprise attributaire n'avait pas pour effet de conférer un caractère préparatoire à ce contrat ni aux documents s'y rapportant³¹.

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 tiers³².

Les mêmes solutions sont transposables aux contrats de délégation de service public et aux documents qui s'y rapportent³³, notamment aux contrats de concession de service public³⁴, aux contrats de partenariat³⁵, ainsi qu'aux concessions d'aménagement³⁶. Tant que le bail emphytéotique administratif n'a pas été signé, l'ensemble des documents y afférents conservent un caractère préparatoire³⁷. 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 procédure³⁸.

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 inachevé³⁹.

En cas d'allotissement⁴⁰, les documents relatifs à la procédure de passation d'un lot sont communicables dès la conclusion de ce lot, indépendamment de la situation d'avancement des autres lots du marché⁴¹. Toutefois, si les prestations relevant du lot dont la procédure est achevée présente de telles analogies avec les prestations d'autres lots en cours de passation que la communication des éléments relatifs à ce lot porterait atteinte au jeu normal de la concurrence entre les candidats à l'attribution de ces autres lots, la communication des documents doit être repoussée à l'achèvement de la procédure conduite ou reprise pour ces lots.

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 procédure⁴². 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

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

31. CADA, conseil n° 20132119 du 23 mai 2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

40. Article 10 du code des marchés publics.

41. CADA, avis n° 20123521 du 11 octobre 2012.

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

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 marché⁴³.

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-cadre⁴⁴. Il en va différemment si l'accord-cadre est attribué à un seul opérateur économique⁴⁵. Dans cette hypothèse, l'attribution des marchés subséquents ne doit être précédée d'aucune procédure de publicité ou de mise en concurrence, la signature d'un accord-cadre mono-attributaire mettant fin à la mise en concurrence. Ainsi, dès la conclusion d'un accord-cadre mono-attributaire, tous les documents qui s'y rapportent deviennent communicables, dans le respect des secrets protégés par la loi.

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'environnement⁴⁶. 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'environnement⁴⁷. Sous réserve de ces observations, les informations en matière environnementale, au sens de l'article L. 124-1 du même code, 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 publique⁴⁸.

Constituent une diffusion publique :

- la publication dans un *Journal officiel*⁴⁹ (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 trouver⁵⁰ ;

43. 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.

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

45. CADA, avis n° 20123521 du 11 octobre 2012.

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

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

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

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

50. 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 (DILA)⁵¹.

En revanche, ne constituent pas une diffusion publique :

- l'affichage⁵² ;
- la diffusion dans la presse nationale ou locale⁵³.

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

I.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 nombreux⁵⁴.

I.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'Etat⁵⁵, secret relatif au déroulement des procédures engagées devant les juridictions⁵⁶, secret relatif à la recherche des infractions fiscales et douanières⁵⁷ et, de façon générale, secrets protégés par la loi⁵⁸.

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 publique⁵⁹.

I.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.

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

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

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

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

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

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

57. CE, 26 mai 2010, *Mme Faria et société Faria*, n° 304621 ; CE, 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.

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

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

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 communicables⁶⁰. En revanche, porte atteinte au secret de la vie privée la communication des informations ou documents suivants :

- l'âge ou l'adresse d'une personne physique, les *curriculum vitae*, les coordonnées ou les attestations bancaires produites dans les dossiers de candidatures⁶¹ ;
- les déclarations de revenus, les salaires respectifs des employés de l'entreprise⁶² ;
- les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable⁶³ ;
- les documents faisant apparaître le comportement d'une personne physique, si la divulgation de ce comportement peut lui porter préjudice⁶⁴.

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 industrielle⁶⁵ :

– *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 entreprises⁶⁶, dans la mesure où ces informations traduisent un savoir-faire propre qui pourrait être reproduit dans un autre marché⁶⁷. Ainsi, les mémoires techniques des entreprises qui se sont portées candidates à un marché ne sont pas communicables, dès lors que ces mémoires contiennent nombre d'informations couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle, notamment des mentions relatives aux moyens techniques dont dispose l'entreprise considérée⁶⁸.

Sont également exclues du droit à communication la certification de système qualité et les certificats de qualification⁶⁹, les modalités de prise en compte des contraintes environnementales⁷⁰ autres que celles qui sont relatives à des émissions dans l'environnement, ainsi que les informations relatives au dimensionnement ou au choix des technologies⁷¹ ;

– *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 ses capacités financières⁷² ou à l'état de son crédit, comme, par exemple, son chiffre d'affaires, ses documents comptables, ses effectifs et, généralement, toutes

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

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

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

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

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

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

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

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

68. CADA, avis n° 20132924 du 24 octobre 2013.

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

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

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

72. CADA, conseil n° 20132119 du 23 mai 2013.

les informations de nature à révéler son niveau d'activité⁷³. L'organigramme de la société est également couvert par ce secret⁷⁴.

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 communiquées⁷⁵ ;

Enfin, s'agissant des recettes d'exploitation d'un service public, la CADA a une interprétation restrictive du secret des informations économiques et financières⁷⁶ ;

– *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 consenties⁷⁷. Sont également protégées les mentions qui ont trait :

- à l'exposé de la stratégie technique et financière de la société⁷⁸ ;
- aux investissements matériels et au nombre de personnes employées ou affectées à chaque tâche⁷⁹ ;
- au plan de financement ou à l'actionariat⁸⁰.

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 publique⁸¹.

- 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 collectivité⁸². 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 prix⁸³. La solution est identique pour les délégations de service public⁸⁴, les appels à projet⁸⁵ et les concessions d'aménagement⁸⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

81. 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.

82. 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.

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

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

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

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

– 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 CGCT⁸⁷. Le secret en matière industrielle et commerciale n’est alors plus invocable et la communication se fait sans occultation préalable⁸⁸.

– 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 industrielle⁸⁹. De même, leurs notes et classement ne sont pas communicables aux tiers⁹⁰. Les mêmes règles s’appliquent pour les délégations de service public⁹¹, à un contrat d’emprunt public⁹², à un bail emphytéotique administratif⁹³, à une procédure d’appel à projet⁹⁴, ou aux concessions d’aménagement⁹⁵. Enfin une offre initiale ultérieurement rectifiée ou modifiée est assimilée à l’offre d’un candidat non retenu et son détail n’est donc pas communicable⁹⁶.

- 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 habituels⁹⁷. 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 lots⁹⁸.

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 la libre jeu de la concurrence doit conduire à refuser de communiquer le détail des offres de prix des candidats retenus* »⁹⁹. 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.

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

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

89. 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.

90. CADA, avis n° 20130742 du 14 mars 2013.

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

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

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

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

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

96. CADA, avis n° 20122551 du 26 juillet 2012 et avis n° 20132915 du 12 septembre 2013.

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

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

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

– 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 des marchés conclus pour une durée brève et qui sont susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence à échéances rapprochées et celle dans laquelle le même pouvoir adjudicateur est susceptible de passer des marchés distincts, mais portant sur des prestations ou des biens analogues dans un intervalle rapproché¹⁰⁰. Le cas échéant, la commission peut également tenir compte de la passation en cours ou imminente de marchés présentant des caractéristiques analogues par des collectivités comparables, situées dans le même bassin économique¹⁰¹.

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 publics¹⁰². 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.

– 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 concerné¹⁰³, ou l'objet du marché, qui amène à considérer qu'il puisse s'inscrire « naturellement » dans une suite répétitive¹⁰⁴, 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.

- *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 expressément¹⁰⁵.

100. CADA, conseils n° 20110425 du 17 février 2011 et n° 20114251 du 3 novembre 2011. Le caractère « analogue » des prestations soumises à appel d'offres doit s'apprécier de manière restrictive : avis n° 20132924 du 24 octobre 2013.

101. CADA, conseil n° 20132294 du 25 juillet 2013.

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

103. CADA avis n° 20073774 du 25 octobre 2007.

104. 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.

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

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'an¹⁰⁶.

- *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 identiques¹⁰⁷ (à condition que le délai séparant l'engagement de la nouvelle procédure de la conclusion du contrat initial n'excède pas une durée de deux ans¹⁰⁸), ou sur des prestations extrêmement proches¹⁰⁹. 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 déterminé¹¹⁰.

- *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 publique¹¹¹.

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* »¹¹².

Le Conseil d'Etat 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 professionnel¹¹³. Ces documents ne sont donc pas communicables¹¹⁴.

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'avocat¹¹⁵. Bien que constituant des pièces justificatives du paiement, ces do-

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

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

108. CADA, conseils n° 20132119 du 23 mai 2013 et n° 20132294 du 25 juillet 2013. La communication du bordereau des prix unitaires n'est plus susceptible de porter atteinte à la concurrence entre les candidats, dès lors que le délai qui sépare la signature du marché initial de l'engagement d'une nouvelle procédure pour son renouvellement est suffisamment important pour considérer que les conditions économiques offertes par l'entreprise attributaire lors de la passation du marché initial ont, depuis, été modifiées.

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

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

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

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

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

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

115. Cass., 1ère Civ., 13 mars 2008, n°05-11314.

cuments ne sont pas communicables¹¹⁶. Toutefois, la CADA autorise la communication des mandats émis par les collectivités territoriales pour le paiement des prestations juridiques réalisées par un avocat¹¹⁷.

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 marchés¹¹⁸.

I.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 attachés¹¹⁹.

Il s'agit, le plus souvent, de documents remis dans le cadre d'un concours d'architecture : plans¹²⁰, maquettes, planches, esquisses, avant-projet sommaire et avant-projet définitif¹²¹.

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 restriction¹²², 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

Les délibérations des assemblées locales sont immédiatement communicables¹²³ à toute personne qui en fait la demande¹²⁴, notamment les délibérations autorisant le lancement du marché, instituant la commission d'appel d'offres ou autorisant la signature du

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

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

118. 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.

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

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

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

122. 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.

123. 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.

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

marché¹²⁵. Il en est de même de la convocation des conseillers municipaux¹²⁶ et de l'arrêté désignant les membres de la commission d'appel d'offres, ou CAO¹²⁷. Les solutions sont identiques pour les délégations de service public¹²⁸ et les contrats de partenariat¹²⁹.

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 publique¹³⁰ ;
- du règlement de la consultation¹³¹ ;
- des lettres de consultation adressées aux entreprises sélectionnées les informant du délai de remise des offres¹³² ;
- des lettres informant les candidats des conditions de la négociation¹³³ ;
- de la lettre de clôture des négociations¹³⁴ ;
- 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 achevé¹³⁵.

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 offres¹³⁶ ;
- le procès-verbal d'ouverture des enveloppes et de réunion¹³⁷, et, pour les délégations de service public, les procès-verbaux de la commission consultative des services publics locaux d'ouverture des candidatures ou des offres¹³⁸, sous réserve que ces documents ne contiennent aucune des mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle¹³⁹.

2.1.3.2. En ce qui concerne la liste des concurrents :

- la liste des entreprises sollicitées¹⁴⁰ ;
- la liste des candidats admis à présenter une offre¹⁴¹ ;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

140. CADA conseil n° 20061857 du 27 avril 2006.

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

- la liste des candidats invités à négocier¹⁴² ;
- le nom des entreprises ayant déposé une offre¹⁴³ ;
- la liste des lots pour lesquels les entreprises ont soumissionné¹⁴⁴.

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 CAO¹⁴⁵ ;
- les notes, classements et éventuelles appréciations du candidat retenu¹⁴⁶ et du lauréat d'un appel à projets¹⁴⁷ ou d'une concession d'aménagement¹⁴⁸ ;
- la décision d'attribution¹⁴⁹.

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 retenu¹⁵⁰, et, en cas de marchés répétitifs, des informations susceptibles de porter atteinte à la concurrence¹⁵¹ ;
- les cahiers des clauses administratives et techniques particulières¹⁵² ;
- le descriptif, les prescriptions techniques des règles de l'art contenues dans les documents techniques unifiés, normes, avis techniques¹⁵³ ;
- les plans, dessins, graphiques du projet¹⁵⁴ ;
- le programme du concours¹⁵⁵ ;
- les variantes et options retenues¹⁵⁶ ;
- les documents relatifs aux quantités et aux conditions de prix¹⁵⁷.

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 commercial¹⁵⁸ ;
- 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 retenu¹⁵⁹ ;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- le bail emphytéotique administratif qui se rattache directement à l'exécution d'une mission de service public¹⁶⁰ ;
- le contrat d'occupation du domaine public¹⁶¹ ;
- un contrat d'emprunt public¹⁶² ;
- la convention de cession des outillages portuaires, même après leur déclassement du domaine public¹⁶³ ;
- les documents qui se rapportent à une procédure d'appel à projet¹⁶⁴ ;
- les concessions d'aménagement et l'ensemble des documents qui s'y rapportent¹⁶⁵.

2.1.5. Documents relatifs à l'achèvement de la procédure

- la lettre de visa du contrôleur financier¹⁶⁶ ;
- la copie de l'acte de notification du marché¹⁶⁷ et son accusé de réception¹⁶⁸ ;
- l'avis d'attribution, s'il n'a pas fait l'objet d'une diffusion publique¹⁶⁹ ;
- la fiche de recensement des marchés¹⁷⁰.

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 marché¹⁷¹, c'est-à-dire principalement sous la réserve du respect du secret en matière commerciale et industrielle.

Il en va par exemple ainsi :

- des avenants¹⁷² ;
- des ordres de service, procès-verbaux de réception des travaux, devis des entrepreneurs, et documents de sous-traitance¹⁷³ ;
- 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'ouvrage¹⁷⁴ ;
- des documents concernant l'exécution financière du marché : factures, décompte général et définitif faisant apparaître non seulement la nature détaillée des prestations mais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

également le montant attaché, documents comptables relatifs à l'exécution financière du marché, mandats de paiement, notes d'honoraires¹⁷⁵.

Sont également communicables :

- les avenants à un contrat de concession de service public¹⁷⁶ ;
- le compte rendu annuel d'activité du concessionnaire de service public¹⁷⁷ ;
- 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 concession¹⁷⁸ ;
- les actes produits dans le cadre d'une mission de service public, par une personne de droit privé en charge d'une telle mission¹⁷⁹.

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 1978¹⁸⁰. 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 1978¹⁸¹.

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 concernée¹⁸².

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 retenue¹⁸³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 public¹⁸⁴. Pour les contrats de partenariat, ne sont pas communicables les conventions et actes d'acceptation de cession de créances¹⁸⁵.

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 prévues¹⁸⁶.

Le détail technique et financier des offres des entreprises non retenues n'est pas communicable¹⁸⁷. Seules sont communicables les conditions globales de prix de ces entreprises. Les mêmes règles s'appliquent aux délégations de service public¹⁸⁸, à un bail emphytéotique administratif¹⁸⁹, à un contrat d'emprunt public¹⁹⁰, à une procédure d'appel à projet¹⁹¹, et aux concessions d'aménagement¹⁹².

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* »¹⁹³.

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 consultation¹⁹⁴. Il en va de même pour un contrat d'emprunt public¹⁹⁵, un appel à projet¹⁹⁶ et les concessions d'aménagement¹⁹⁷.

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 marché¹⁹⁸ ;
- 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

194. 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.

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

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

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

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

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* »¹⁹⁹.

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 commerciale²⁰⁰.

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 réserve d'occulter certaines mentions²⁰¹, ainsi que les lettres adressées aux entreprises lors de négociations et qui ont permis de préciser le cahier des charges²⁰².

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 candidature²⁰³.

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'affaires²⁰⁴ ;
- la lettre de candidature (formulaire DC1), la déclaration du candidat (formulaire DC2) et l'état annuel des certificats reçus (formulaire NOTI2) de l'entreprise retenue²⁰⁵ ;
- 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 occultées²⁰⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

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 public²⁰⁷, ainsi que le bordereau des prix unitaires²⁰⁸. La solution est identique pour les délégations de service public²⁰⁹, les appels à projet²¹⁰ et les concessions d'aménagement²¹¹. 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 retenu²¹² ;
- les documents qui attestent ou garantissent la conformité réglementaire des équipements et installations qu'utilisera le candidat²¹³.

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'engagement²¹⁴.

N'est pas non plus communicable la répartition des honoraires entre membres d'un groupement attributaire d'un marché²¹⁵, sauf dans l'hypothèse *a priori* exceptionnelle 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 membres²¹⁶.

– *En ce qui concerne les entreprises non retenues*, sont seules, en principe, communicables les conditions globales de prix²¹⁷. Le détail technique et financier des offres de ces entreprises n'est pas communicable²¹⁸. Les mêmes règles s'appliquent pour les délégations de service public²¹⁹, à un contrat d'emprunt public²²⁰, à un bail emphytéotique administratif²²¹, à une procédure d'appel à projet²²², ou aux concessions d'aménagement²²³.

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 incommunicables, dès lors qu'ils ne font pas apparaître, de la part de personnes physiques, des comportements dont la divulgation pourrait porter préjudice à leurs auteurs²²⁴ ;

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

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

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

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

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

212. CADA, avis n° 20111735 du 28 avril 2011. En revanche, des taux d'intérêt peuvent constituer, dans certains cas, le prix global du marché : avis n° 20130742 du 14 mars 2013.

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

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

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

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

217. 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.

218. 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.

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

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

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

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

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

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

- 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 occultées²²⁵ ;
- il en est de même du rapport du maître d'œuvre²²⁶ 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'offres²²⁷.

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 marché²²⁸ ou du contrat de délégation de service public²²⁹ ;
- la demande d'annulation du préfet et la motivation qui l'accompagne²³⁰.

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) :

- 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 partenariat²³¹ ;
- les rapports de la DGCCRF²³² ;
- les rapports d'analyse relatifs au volet financier du projet établis par une société de conseil en ingénierie financière²³³ ;
- 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 physique²³⁴.

225. 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.

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

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

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

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

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

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

232. 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.

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

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