

La communication des documents administratifs en matière de marchés publics

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 sur dans les affaires qui lui sont soumises².

La présente note en dégage les principes généraux (1) et présente une typologie des documents communicables (2).

1. PRINCIPES GENERAUX

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. Il n'en va pas de même de ceux relatifs aux marchés passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial, qui sont sans lien avec l'organisation ou l'exécution de la mission de service public dévolue à ces établissements. 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 gares (CADA, avis n° 20090372 du 29 janvier 2009), ou encore

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

² Voir aussi la lettre d'information de la CADA du 5 mai 2009 « le point sur les interrogations en matière de communication des pièces de marchés publics » et l'article du CJFI n° 51 « Secret des affaires et marchés publics : la communication des documents de marchés.

la gestion de déchets industriels banals sur différents sites (CADA, avis n°20082215 du 3 juillet 2008). Il en va de même d'un marché passé par l'ANDRA, qui pour a pour objet le gardiennage d'un laboratoire de recherche (CADA, avis n°20082626 du 3 juillet 2008) ou encore des marchés passés par une société d'économie mixte qui sont sans rapport avec le service public dont elle est en charge (CADA, avis n°20090511 du 12 février 2009). La CADA avait alors relevé, au surplus, que ces marchés avaient été passés sur le fondement de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, et qu'ils n'avaient pas un caractère administratif, le contentieux qui s'y rapporte étant d'ailleurs confié à l'autorité judiciaire (Tribunal des conflits, 10 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance*). La solution est transposable aux sociétés d'économie mixte, qui concluent des marchés sur le même fondement (CADA, avis n° 20090511 précité).

La commission considère, en outre, qu'un marché passé entre deux sociétés 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 administratif (CADA, avis n°20082814 du 24 juillet 2008).

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 abandonnée (CADA, avis n° 20040857 du 19 février 2004 et n° 20033960 du 9 octobre 2003). Pour la CADA, les documents ne deviennent pas communicables dès l'attribution du marché, mais seulement après que le marché a été signé (CADA, conseil n° 20023233 du 22 août 2002).

Avant la signature, seuls sont communicables les documents qui revêtent un caractère définitif, 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 tiers (CADA, conseil n° 20072665 du 5 juillet 2007).

En cas d'allotissement, il faut attendre que la procédure soit achevée (ou abandonnée) pour l'ensemble des lots (CADA, avis n° 20040860 du 19 février 2004).

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 procédure (CADA, avis n° 20040857 du 19 février 2004). 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 ne renonce à passer le marché (CADA avis n°20080901 du 21 février 2008).

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-cadre (CADA, conseil n° 20074583 du 22 novembre 2007).

Enfin, bien que la commission n'ait, à l'heure actuelle, pas encore eu à se prononcer expressément sur l'application des articles L. 124-1 et suivants du code de l'environnement en matière de procédures de passation des marchés publics, 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

intervenue, 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'environnement (voir, parmi de nombreux exemples, avis CADA n° 20090489 du 12 février 2009). 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.

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 publique (CE Sect., 17 janvier 1986, *Ministre Economie et Finances c/ SA Dumons*, n° 62282, publié au Lebon).

Constituent une diffusion publique :

- la publication dans un journal officiel (par exemple la publication d'un avis de marché au JOUE : CADA, avis n° 20012061 du 14 juin 2001) ;
- la diffusion sur un site internet, à condition que l'adresse du site soit facile à trouver (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 des journaux officiel (*a contrario* avis n° 20012061 du 14 juin 2001).

En revanche, ne constituent pas une diffusion publique :

- l'affichage (CADA, conseil n° 20052613 du 7 juillet 2005) ;
- la diffusion dans la presse nationale ou locale (CADA, avis n° 20012061 du 14 juin 2001).

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 nombreux (voir sur ce point, notamment, les conclusions de M. Toutée sous CE, Sect, 10 juill 1992, *ministre de l'agriculture c/ Touzan*, n°120047, publié au recueil).

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'Etat, secret relatif au déroulement des procédures engagées devant les juridictions, secret relatif à la recherche des infractions fiscales et douanières et, de façon générale, secrets protégés par la loi.

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 publique (CADA, conseil n°20073859 du 11 octobre 2007).

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 :

Les nom et prénom des cocontractants ne sont pas des éléments nominatifs, ils sont donc communicables (CE Sect., 30 mars 1990, *Mme Degorge Boëtte*, Lebon, p. 85). 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 candidatures (CADA, avis n° 20033429 du 28 août 2003 ; conseil n° 20031928 du 15 mai 2003) ;
- les déclarations de revenus, les salaires respectifs des employés de l'entreprise (CADA, conseil n° 20004574 du 7 décembre 2000) ;
- les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique nommément désignée ou facilement identifiable (CADA, avis n° 20011892 du 17 mai 2001 à propos d'un avis de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public (MIEM) ;
- les documents faisant apparaître le comportement d'une personne, si la divulgation de ce comportement peut lui porter préjudice (CADA, conseil n° 20042904 du 8 juillet 2004 à propos des courriers émanant d'acheteurs publics non satisfaits).

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 » (CADA, avis n° 20062458 du 15 juin 2006) :

- *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 entreprises (CADA, avis n° 20052295 du 9 juin 2005), dans la mesure où ces informations traduisent un savoir-faire propre qui pourrait être reproduit dans un autre marché (CADA, avis n° 20050529 du 3 février 2005). Sont également exclues du droit à communication la certification de système qualité et les certificats de qualification (CADA, conseil n° 20071714 du 22 novembre 2007), les modalités de prise en compte des contraintes environnementales (CADA, avis 20062950 du 11 juillet 2006) ainsi que les informations relatives au dimensionnement ou au choix des technologies (CADA, avis n° 20081426 du 3 avril 2008) ;
- *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'activité (CADA, avis n° 20062458 du 15 juin 2006). L'organigramme de la société est également couvert par ce secret (CADA, avis n° 20034301 du 6 novembre 2003).

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 communiquées (CADA, conseil n° 20064843 du 11 janvier 2007) ;

- *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 consenties (par exemple CADA, conseil n° 20070002 du 11 janvier 2007 à propos du contrat d'assurance couvrant la flotte automobile d'une commune). Sont également protégées les mentions qui ont trait :
 - à l'exposé de la stratégie technique et financière de la société (CADA conseil n°20084066 du 23 octobre 2008) ;

- aux investissements matériels et au nombre de personnes employées ou affectées à chaque tâche (CADA, avis, n°20074761 du 6 décembre 2007) ;
- au plan de financement ou à l'actionnariat (CADA, avis n°20070967 du 8 mars 2007) ;
- aux contreparties offertes en échange du prix acquitté par le cocontractant, lorsqu'elles constituent l'essentiel de ce prix (en matière de contrats d'assurance notamment : CADA, conseil n°20070002 du 11 janvier 2007) ;

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 publique (pour un PPP, voir avis n° 20072630 du 8 novembre 2007 ; pour une délégation de service public, voir avis n° 20081426 du 3 avril 2008).

- 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, à l'égard de deux catégories de mentions : d'une part, celles relatives à l'offre de prix et, d'autre part, les notes et classements obtenus par les entreprises à l'issue de la procédure de passation.

- 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 collectivité (CADA, conseil n° 20061255 du 16 mars 2006). 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 prix (CADA conseil n°20064849 du 9 novembre 2006).

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 CGCT (art. L.2121-26). Le secret en matière industrielle et commerciale n'est alors plus invocable et la communication se fait sans occultation préalable (CADA, conseil n° 20065044 du 21 décembre 2006).

- 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 industrielle (CADA, conseil n° 20044618 du 4 novembre 2004).

- 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 la spécificité de certains marchés*, et 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. 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 habituels (CADA, conseil n°20084709 du 23 décembre 2008). La commission en déduit que seules les caractéristiques générales du marché 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 lots (CADA, conseil n° 20073774 du 25 octobre 2007 ; CADA, conseil n° 20074583 du 22 novembre 2007).

- *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 rapproché (CADA, avis n° 20090938 du 19 mars 2009), 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 rapprochées (CADA, conseil n° 20060264 du 16 janvier 2006 ; CADA avis n° 20074116 du 25 octobre 2007).

Trois 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, période de reconductions comprises, sur le fondement de l'article 16 du code des marchés publics (CADA, conseil n°20072696 du 26 juillet 2007). 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.
- Les deux 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 concerné (CADA avis n°20073774 du 25 octobre 2007), ou l'objet du marché, qui amène à considérer qu'il puisse s'inscrire « naturellement » dans une suite répétitive (comme le lot « papier » d'un marché : CADA, conseil n° 20061836 du 27 avril 2006), 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 tous 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 entreprises.
 - *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 expressément (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.

1.3.2.3 Secret professionnel

Ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat (CE Ass., 27 mai 2005, *Département de l'Essonne*, n° 268564, publié au Lebon), les correspondances échangées entre un avocat et son client, et 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 communicables (CADA, avis n° 20081225 du 20 mars 2008).

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 attachés (CADA, conseil n° 20022799 du 11 juillet 2002).

Il s'agit, le plus souvent, de documents remis dans le cadre d'un concours d'architecture : plans (CADA, avis n° 20024502 du 21 novembre 2002), maquettes, planches, esquisses, avant-projet sommaire et avant-projet définitif (CADA, conseil n° 20032491 du 5 juin 2003).

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 « de plein droit³ », documents non communicables et documents communicables, sous réserve de l'occultation de certaines mentions.

2.1 Les documents communicables « de plein droit »

2.1.1 *Délibération autorisant le lancement de la procédure ou sa signature :*

Les délibérations des assemblées locales sont immédiatement communicables à toute personne qui en fait la demande (CADA, avis n° 20063298 du 31 août 2006), notamment les délibérations autorisant le lancement du marché, instituant la commission d'appel d'offres ou autorisant la signature du marché (CADA, conseil n° 20052631 du 7 juillet 2005). Il en est de même de la convocation des conseillers municipaux (CADA, avis n° 20040605 du 5 février 2004).

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 publique (CADA, avis n° 20012061 du 14 juin 2001) ;
- du règlement de la consultation (CADA, conseil n° 20072665 du 5 juillet 2007) ;
- des lettres de consultation adressées aux entreprises sélectionnées les informant du délai de remise des offres (CADA, avis n° 19993499 du 14 octobre 1999) ;
- des lettres informant les candidats des conditions de la négociation (CADA, conseil n° 20002823 du 27 juillet 2000) ;
- de la lettre de clôture des négociations (CADA, avis n° 20041307 du 1^{er} avril 2004).

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 offres (CADA, conseil n° 20061739 du 27 avril 2006) ;

³ L'expression « communicable de plein droit » est utilisée 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.

- le procès-verbal d'ouverture des enveloppes et de réunion (CADA, conseils n° 20033195 du 28 août 2003 et n° 20072665 du 5 juillet 2007), sous réserve que ces documents ne contiennent aucune des mentions couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle.

2.1.3.2 En ce qui concerne la liste des concurrents :

- la liste des entreprises sollicitées (CADA conseil n° 20061857 du 27 avril 2006) ;
- la liste des candidats admis à présenter une offre (CADA, avis n° 20024332 du 7 novembre 2002) ;
- la liste des candidats invités à négocier (CADA, conseil n° 20064121 du 28 septembre 2006) ;
- le nom des entreprises ayant déposé une offre (CADA, conseil n° 20050996 du 3 mars 2005) ;
- la liste des lots pour lesquels les entreprises ont soumissionné (CADA, conseil n° 20043094 du 22 juillet 2004).

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 (CAO) (CADA, conseil n° 20002823 du 27 juillet 2000) ;
- la décision d'attribution (CADA, conseil n° 20024022 du 3 octobre 2002).

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 retenu (CADA, avis n° 20064121 du 28 septembre 2006 ; dans le même sens : CE, 11 juillet 1990, *Centre hospitalier général de Neufchâteau*, Lebon T., p. 780), et, en cas de marchés répétitifs, des informations susceptibles de porter atteinte à la concurrence (CADA, conseil n° 20074116 du 25 octobre 2007) ;
- les cahiers des clauses administratives et techniques particulières (CADA, conseil n° 20062914 du 11 juillet 2006) ;
- la répartition des honoraires entre les membres d'un groupement (CADA, conseil n° 20050246 du 6 janvier 2005) ;
- le descriptif, les prescriptions techniques des règles de l'art contenu dans les documents techniques unifiés, normes, avis techniques (CADA, avis n° 20040859 du 19 février 2004) ;
- les plans, dessins, graphiques du projet (CADA, conseil n° 19993342 du 23 septembre 1999) ;
- le programme du concours (CADA, conseil n° 20040658 du 19 février 2004) ;
- les variantes et options retenues (CADA, avis n° 20060279 du 19 janvier 2006) ;
- les documents relatifs aux quantités et aux conditions de prix (CADA, conseil n° 19991892 du 3 juin 1999).

2.1.5 *Documents relatifs à l'achèvement de la procédure :*

- la lettre de visa du contrôleur financier (CADA, avis n° 20031454 du 27 mars 2003) ;
- la copie de l'acte de notification du marché (CADA, avis n° 20022651 du 27 juin 2002) et son accusé de réception (CADA, avis n° 20041348 du 1^{er} avril 2004) ;
- l'avis d'attribution, s'il n'a pas fait l'objet d'une diffusion publique (CADA, conseil n° 20052631 du 7 juillet 2005 et avis n° 20012061 du 14 juin 2001) ;
- la fiche de recensement des marchés (CADA, conseil n° 19993342 du 23 septembre 1999).

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 marché (CADA, conseil n° 20084250 du 13 novembre 2008), c'est-à-dire principalement sous la réserve du respect du secret en matière commerciale et industrielle. Il en va par exemple ainsi :

- des avenants (CADA, avis n° 20064144 du 28 septembre 2006) ;
- des ordres de service, les procès-verbaux de réception des travaux, les devis des entrepreneurs, les documents de sous-traitance (CADA, conseil n° 19993342 du 23 septembre 1999) ;
- 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'honoraires (CADA, conseil n° 19993342 du 23 septembre 1999 et avis n° 20040236 du 22 janvier 2004).

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, que la commission est compétente pour interpréter en vertu de l'article 21 de la loi du 17 juillet 1978 (par exemple l'article L. 2121-26 de ce code ; par analogie : CADA, conseil n°20084250 du 13 novembre 2008). 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 1978 (CADA, conseil n°20064650 du 26 octobre 2006).

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 retenue (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 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 public (CADA, conseils n° 20033282 du 28 août 2003 et n° 20052131 du 9 juin 2005).

Ne peuvent pas non plus être communiqués, le CV des membres du candidat retenu, ses déclarations de revenus, l'organigramme de la société et le détail des équipes de salariés prévues (CADA, conseil n° 20040542 du 5 février 2004).

Le détail technique et financier des offres des entreprises non retenues n'est pas communicable (CADA, conseil n° 20074116 du 25 octobre 2007). Seules sont communicables les conditions globales de prix de ces entreprises.

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

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 marché (CADA, conseil n°20053337 du 25 août 2005) ;
- 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 » (CADA, conseil n° 20090054 du 15 janvier 2009)

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 commerciale (CADA, conseil n° 20062848 du 11 juillet 2006).

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

2.3.1 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'occultation certaines mentions (CADA, avis n° 20040635 du 19 février 2004), ainsi que les lettres adressées aux entreprises lors de négociations et qui ont permis de préciser le cahier des charges (CADA, avis n° 20020150 du 7 février 2002).

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.

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'affaires (CADA, conseil n° 20020024 du 10 janvier 2002) ;
- 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 occultées (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 public (CADA, conseil n° 20061255 du 16 mars 2006)
 - les documents qui attestent ou garantissent la conformité réglementaire des équipements et installations qu'utilisera le candidat (CADA, conseil n° 20041304 du 1^{er} avril 2004).

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'engagement (CADA, conseil n° 20052631 du 7 juillet 2005).

- *En ce qui concerne les entreprises non retenues*, sont seules, en principe, communicables les conditions globales de prix. Le détail technique et financier des offres de ces entreprises n'est pas communicable (CADA, conseil n° 20074116 du 25 octobre 2007).

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 entreprises, lors de précédents marchés, sont communicables, dès lors qu'ils ne font pas apparaître des comportements dont la divulgation pourrait porter préjudice à leurs auteurs (CADA, conseil n° 20042904 du 8 juillet 2004) ;
- les procès-verbaux et les rapports de la commission d'appel d'offres 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 doivent être occultées (CADA, avis n° 20074116 du 25 octobre 2007 ; conseil n° 20052295 du 9 juin 2005) ;
- il en est de même du rapport du maître d'œuvre (CADA, conseil n° 20033195 du 28 août 2003) et du dossier détenu par les services de la DGCCRF dans le cadre de leur fonction de contrôle et de conseil concernant les marchés publics, dont notamment, le procès-verbal et les notes prises à l'issue des réunions de la commission d'appel d'offres (CADA, conseil n° 20050423 du 20 janvier 2005).

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 :

- du rapport de présentation du marché (CADA, avis n° 20063298 du 31 août 2006) ;
- de la demande d'annulation du préfet et de la motivation qui l'accompagne (CADA, avis n° 20001773 du 25 mai 2000).

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 MAPPP préalablement au lancement de la procédure de passation des contrats de partenariat (CADA, conseil n° 20062040 du 11 mai 2006) ;
- les rapports de la DGCCRF (CADA, conseils n° 20010348 du 25 janvier 2001 et n° 20050423 du 20 janvier 2005 ; dans le même sens : CE, 1^{er} mars 2004, *Ministre Economie et Finances c/ société civile de moyens "Imagerie Médicale du Nivolet"*, n° 247733, publié au Lebon) ;
- les rapports d'analyse relatifs au volet financier du projet établis par une société de conseil en ingénierie financière (CADA, avis n° 20081225 du 20 mars 2008) ;
- 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 (CADA, conseil n° 20020832 du 28 février 2002) ;
- les rapports de la MIEM (CADA, avis n° 20011892 du 17 mai 2001).