

La communication des pièces contractuelles en matière de commande publique

L'obligation de communication des pièces contractuelles s'impose largement aux personnes en charge d'une mission de service public. La communication des pièces contractuelles présente un enjeu contentieux évident pour les candidats évincés.

En matière de commande publique, la communication des pièces contractuelles présente surtout un intérêt névralgique au stade de la passation des contrats, notamment dans le cadre de leur éventuelle contestation contentieuse.

Il convient, dès à présent, de préciser que nous examinerons ici à la fois la communication des pièces contractuelles mais également des pièces afférentes aux procédures de passation des contrats administratifs, qui ne sont pas des pièces contractuelles au sens strict mais, dont la communication présente un intérêt certain, notamment pour les candidats évincés.

Nous nous attacherons à préciser, en premier lieu, les contours de l'obligation de communication des pièces contractuelles qui s'impose aux personnes en charge d'une mission de service public avant d'examiner les détails de cette obligation puis ses enjeux.

Les contours de l'obligation de communication

Les articles 1 et 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978⁽¹⁾ imposent à l'État, les collectivités territoriales « ainsi que les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission » de service public de « communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande ».

Ce critère de la « mission de service public » peut avoir pour conséquence, lors de l'exercice de certaines missions, de soumettre à cette obligation de communication des personnes privées - telles qu'un concessionnaire d'autoroutes⁽²⁾ - et de ne pas soumettre à cette obligation

Auteur

Céline Record

Avocat à la Cour – SCP Seban et Associés

Mots clés

CADA • Documents communicables • Service public • Contrat
• Offre de prix • Référés • Pouvoirs d'instruction

(1) Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

(2) CADA, Avis, n° 20132924, 24 octobre 2013.

des personnes publiques - telles qu'un établissement public industriel et commercial⁽³⁾.

Les « documents administratifs » soumis à cette obligation de communication sont « les documents produits ou reçus, dans le cadre [d'une] mission de service public »⁽⁴⁾.

À cet égard, on relève que cette notion de « documents produits dans le cadre d'une mission de service public » est une conception plus large que la notion de contrats administratifs et peut inclure, notamment, des contrats de droit privé.

Ainsi, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a pu émettre un avis favorable à la communication de contrats de prêts qui, pour être exclus du champ d'application du Code des marchés publics, n'en ont pas moins été considérés comme « se rapportant aux ressources de la collectivité publique, ainsi qu'à ses frais financiers [...] et devant] être, à ce titre, regardés comme ayant été conclus par celle-ci dans le cadre de sa mission de service public »⁽⁵⁾.

Par ailleurs, l'obligation de communication s'exerce à l'égard de toute personne qui en fait la demande ; le plus souvent un candidat évincé en matière de commande publique, mais également tout administré⁽⁶⁾.

La communication de tout document administratif s'exerce dans le respect de conditions dont certaines présentent une importance particulière en matière de commande publique.

En effet, conformément à 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 ».

Cette condition se traduit en matière contractuelle par le fait que les documents afférents à une procédure de passation d'un contrat ne sont communicables qu'une fois que le contrat est signé⁽⁷⁾ ou que la procédure est terminée⁽⁸⁾.

Et dans l'hypothèse de procédures successives, notamment lorsque la première d'entre elles a été déclarée sans suite ou bien infructueuse, les documents relatifs à la première procédure ne sont communicables qu'une fois la seconde procédure achevée⁽⁹⁾.

En outre, en application de la loi du 17 juillet 1978, « ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs dont la communication porterait atteinte [...] au secret en matière commerciale et industrielle »,

de sorte que certains documents ne peuvent faire l'objet d'une communication à des tiers qu'après occultation ou disjonction des éléments couverts par le secret, notamment le secret en matière commerciale et industrielle.

À cet égard, la CADA a identifié au titre des mentions protégées celles ayant trait au « secret des procédés » (permettant de connaître les techniques de fabrication ou le contenu des activités de recherche et développement d'une entreprise), au « secret des informations économiques et financières » (ayant trait à la situation économique et à santé financière d'une entreprise) et enfin, au « secret des stratégies commerciales » (relatif aux prix et pratiques commerciales d'une entreprise).

Et « l'appréhension du secret industriel et commercial paraît être un exercice très difficile à mener sans le secours de l'entreprise qui a confié ses documents à l'administration »⁽¹⁰⁾.

Ainsi, en cas de doute sur certaines des mentions à occulter pour permettre la communication d'un document, par exemple au sein d'un rapport d'analyse des offres, consulter l'entreprise sur les éléments devant être occultés (tels que figurant dans son offre et repris dans le rapport d'analyse des offres) peut être utile.

Les détails de l'obligation de communication⁽¹¹⁾

L'obligation de communication, en matière de commande publique, se rapporte principalement aux différents types de documents - le contrat en premier lieu - établis dans le cadre des procédures de passation des contrats administratifs.

Ainsi, sont communicables sans réserve les documents émanant de l'administration à caractère général, tels que les cahiers des charges (administratif et technique) ou le règlement de consultation des marchés publics⁽¹²⁾.

Inversement, n'est jamais communicable le détail des offres fournies par les candidats, autrement dit, leur mémoire technique⁽¹³⁾. De même, « les notes et classements des entreprises non retenues ne sont communicables qu'à celles-ci, chacune en ce qui la concerne »⁽¹⁴⁾. Il a été également précisé que « les questions complémentaires adressées au candidat attributaire et les réponses apportées » par ce dernier⁽¹⁵⁾ ne sont pas communicables.

(3) CADA, Avis, n° 20124904, 10 janvier 2013.

(4) Sur la notion de mission de service public cf. CE Sect., 22 février 2007, APREI, req. n° 264541.

(5) CADA, Avis, n° 20132224, 25 juillet 2013.

(6) CADA, Conseil, n° 20133867, 10 octobre 2013.

(7) CADA, Avis, n° 20141773, 5 juin 2014.

(8) CADA, Avis, n° 20132119, 23 mai 2013.

(9) CADA, Avis, n° 20132119, 23 mai 2013.

(10) Hagelsteen M-D., « Les relations entre transparence, concurrence et secret industriel et commercial », *Conférence-Débat Les 30 ans de la loi du 17 juillet 1978*, 2 juin 2008, accessible sur www.cada.fr.

(11) Les références CADA contenues dans le présent document sont notamment issues des Recueils des principaux avis et conseils 1^{er} et 2^e semestre 2013.

(12) CADA, Avis, n° 20132119, 23 mai 2013.

(13) CADA, Conseil, n° 20133867, 10 octobre 2013.

(14) CADA, Avis, n° 20132915, 12 septembre 2013.

(15) CADA, Avis, n° 20132924, 24 octobre 2013.

Pour le reste, en principe et sous réserve des spécificités propres à chaque marché, les documents tels que, notamment, la décision d'admission des candidatures ou encore la liste des candidats admis à présenter une offre^[16], les procès verbaux (de la Commission d'appel d'offres et autres^[17]), l'acte d'engagement et ses annexes^[18], le rapport d'analyse des offres^[19], le rapport de présentation^[20], « l'offre de prix globale des entreprises non retenues » et « l'offre de prix détaillée de l'entreprise retenue »^[21], sont communicables sous réserve d'avoir préalablement occulté les mentions couvertes par le secret industriel et commercial.

S'agissant des délégations de service public, le rapport de la Commission consultative des services publics locaux et « le contrat de délégation de service public accompagné de ses annexes » sont communicables après occultation des mentions couvertes par le secret^[22].

On relève, toutefois, que la procédure de négociation entraîne des subtilités quant au caractère communicable des offres de prix. Ainsi, « la commission estime que l'offre remise par l'entreprise attributaire avant l'engagement des négociations doit être traitée comme les offres produites par les entreprises non retenues », de sorte que ne sont pas communicables le bordereau des prix unitaires et le détail quantitatif estimatif de l'attributaire « avant négociation » ainsi que les CCAP et CCTP « des offres variantes avant négociation »^[23].

Des subtilités sont également à relever en matière de marchés publics. En effet, contrairement à la solution adoptée pour les marchés publics ponctuels, dans les marchés récurrents « l'offre de prix détaillée et le bordereau des prix unitaires de l'attributaire »^[24], notamment^[25], ne sont pas des documents communicables et ce, dans le but de ne pas porter atteinte à une loyale concurrence. Toutefois, une telle communication « n'est pas 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 ». Ainsi « dans la mesure où ce délai excède notablement une durée de deux ans, [...] en l'espèce, le bordereau des prix unitaires de l'entreprise attributaire du marché initial est intégralement communicable à toute personne qui en fait la demande »^[26].

S'agissant des autres types de contrats administratifs, ils sont également communicables une fois signés sous réserve des mentions couvertes par le secret et ce, quand bien même la part des éléments couverts par le secret - et devant donc être occultés - est importante.

À titre d'exemple, la CADA a émis un avis favorable à la communication du contrat de partenariat relatif à l'écotaxe poids lourds en précisant que cette communication « ne peut intervenir, à moins d'un accord donné par cette société [titulaire dudit contrat], sans l'occultation, s'agissant des éléments relevant du montage juridico-financier et comptable, de certaines annexes et de certaines dispositions de la convention qui détaillent le montage »^[27].

Pour plus d'exemples, nous renvoyons le lecteur à la fiche technique extrêmement détaillée établie par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances en collaboration avec la CADA^[28].

Les enjeux de la communication

La communication des documents afférents aux procédures de passation de contrats administratifs, et tout particulièrement du rapport d'analyse des offres, présente un intérêt névralgique pour les candidats évincés.

En effet, ce sont ces documents qui leur permettent de mieux comprendre les raisons du choix du pouvoir adjudicateur pour un candidat plutôt qu'un autre, et de pouvoir ensuite contester plus efficacement ce choix.

Il est ainsi fréquent que les candidats évincés d'une procédure de passation adressent une demande de communication de documents administratifs afférents à cette procédure dès réception de la notification du rejet de leur offre ou des motifs détaillés de ce rejet.

Il convient, à cet égard, de noter que s'il se voit opposer un refus de communication, le demandeur ne peut pas directement contester ce refus devant le juge administratif.

En effet, en application de l'article 20 de la loi du 17 juillet 1978, « la saisine pour avis de la commission est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux ».

[16] CADA, Avis, n° 20124947, 24 janvier 2013. Cf. *contra*, dans les circonstances de l'espèce, CADA, n° 20132119, 23 mai 2013.

[17] CADA, Avis, n° 20124947, 24 janvier 2013 ; était en cause la « commission de choix » du Centre national d'études spatiales (CNES).

[18] CADA, Avis, n° 20132924, 24 octobre 2013.

[19] CADA, Avis n° 20124919, 10 janvier 2013.

[20] CADA, Avis, n° 20124947, 24 janvier 2013 ; il s'agit du rapport de présentation établi par les pouvoirs adjudicateurs non soumis au Code des marchés publics mais à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

[21] CADA, Conseil, n° 20133867, 10 octobre 2013.

[22] CADA, Avis, n° 20132915, 12 septembre 2013. De manière plus extensive, des rapports d'audit afférents à un contrat d'affermage ont pu être considérés comme des documents communicables [CADA, Avis, n° 20133561, 19 décembre 2013].

[23] CADA, Avis, n° 20132915, 12 septembre 2013.

[24] CADA, Avis, n° 20132924, 24 octobre 2013 ; cf., également, CADA, Conseil, n° 20133867, 10 octobre 2013.

[25] Pour d'autres types de documents non communicables dans ces circonstances cf. CADA, n° 20132119, 23 mai 2013.

[26] CADA, Avis, n° 20132915, 12 septembre 2013.

[27] CADA, Avis, n° 20134326, 5 décembre 2013.

[28] DAJ, Fiche technique, *La communication des documents administratifs en matière de commande publique*, Mise à jour le 28 février 2013. Cf. également la fiche synthétique *Marchés Publics* disponible sur le site de la CADA.

Le demandeur dispose alors d'un délai de deux mois⁽²⁹⁾ pour saisir la CADA en application de l'article 17 d'un décret du 30 décembre 2005⁽³⁰⁾.

Une fois saisie, la CADA « émet un avis » sur la demande de communication qu'elle notifie « à l'intéressé et à l'autorité mise en cause, dans un délai d'un mois ». La personne concernée par la demande doit « dans le délai d'un mois qui suit la réception de cet avis, [informer la CADA] de la suite qu'elle entend donner à la demande ».

S'il persiste dans son refus, contrairement à l'avis émis par la CADA, le demandeur peut alors porter le litige devant la juridiction compétente. Un rapport récent note à cet égard que « la saisine du juge ne contribue pas, en pratique, à accélérer la communication » car « le jugement tend à intervenir très tardivement, en moyenne 17 mois après la saisine »⁽³¹⁾.

Eu égard à la longueur de ces délais et à la volonté des candidats évincés d'agir avec célérité pour contester l'attribution de certains contrats, notamment par la voie de procédures de référés, les candidats n'hésitent pas à faire usage d'autres procédures pour obtenir la communication des documents désirés.

Ainsi, certains requérants à une procédure de référé précontractuel demandent au juge qu'il soit enjoint au pouvoir adjudicateur de communiquer à l'instance le rapport d'analyse des offres.

Cette demande est doublement vouée à l'échec dans la mesure où, d'une part, au stade du référé précontractuel⁽³²⁾, le rapport d'analyse des offres n'est pas un document définitif au sens de la loi de 1978 car le contrat n'a pas encore été signé (le référé précontractuel étant irrecevable à compter de la signature du contrat). D'autre part, il « n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels [...] d'ordonner la communication de ces documents »⁽³³⁾.

Au stade du référé contractuel⁽³⁴⁾, soit après signature du contrat, le rapport d'analyse des offres est définitif. Sa communication peut donc être demandée. Toutefois, il n'entre pas non plus dans l'office du juge du référé contractuel d'ordonner une telle communication,

celui-ci étant strictement défini par le Code de justice administrative.

Toutefois, les juges du fond comme le juge des référés disposent de pouvoirs généraux d'instruction, en application desquels ils peuvent « exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des requérants »⁽³⁵⁾. Dans un tel cas, la juridiction ordonne par jugement « avant-dire droit » la production desdits documents⁽³⁶⁾.

Dans tous les cas, la communication des documents de la procédure doit se faire dans le respect du secret commercial et industriel.

Enfin, certains candidats ont également tenté d'obtenir la communication de documents administratifs afférents à des procédures de passation au moyen du référé dit « mesures utiles » en application de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative.

Si, par principe, il peut être demandé au juge du référé mesures utiles la communication de documents administratifs⁽³⁷⁾, c'est à la condition que cette demande entre dans les pouvoirs de ce juge. Or, les conditions à cette fin sont restrictives⁽³⁸⁾.

Ainsi, il n'est pas possible d'obtenir du juge du référé mesures utiles la communication de documents administratifs pour lesquels le demandeur a déjà essuyé une décision de refus de l'administration⁽³⁹⁾. En effet, ce juge ne saurait prendre que des mesures qui ne font « obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ».

De même, il n'est pas non plus possible d'obtenir de ce juge la communication de tels documents dès lors qu'une autre instance est en cours car, dans ce cas, il appartient au juge déjà saisi « de faire usage des pouvoirs généraux d'instruction qui lui sont dévolus pour ordonner, le cas échéant, les communications qui lui paraissent nécessaires »⁽⁴⁰⁾.

Ainsi, en pratique, les hypothèses où le juge ordonne la production du rapport d'analyse des offres sont relativement peu fréquentes.

Pour conclure, on relève qu'une Mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et

[29] Ce délai peut être opposé dans certains cas au demandeur qui ne l'a pas respecté ; cf. CADA, Avis, n° 20131999, 4 juillet 2013.

[30] Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

[31] Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, par Me Corinne Bouchoux, req. n° 589, enregistré à la présidence du Sénat le 5 juin 2014.

[32] Recours intenté en application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.

[33] CE 6 mars 2009, Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon, req. n° 321217.

[34] Recours intenté en application de l'article L. 551-13 du Code de justice administrative.

[35] CE, Ass., 28 mai 1954, Ecole nationale d'administration, req. n° 28238 ; CE 5 décembre 1990, Association Te Pohue la Metai Ote Henua, req. n° 112086.

[36] CE 3 juillet 2013, Sté Citélium, req. n° 366847 ; CE 28 avril 1993, Syndicat départemental d'électricité de la Drôme, req. n° 81843.

[37] CE 29 avril 2002, Société Baggerbedrijf de Boer, req. n° 239466.

[38] Cf. pour une analyse de ce référé en matière contractuelle M. Guillerm, « Le référé mesures utiles en matière contractuelle », CP-ACCP, n° 132, mai 2013, p. 51.

[39] CE 30 mars 2006, Association d'aide contre les abus bancaires, req. n° 291583.

[40] CE 20 février 2012, Centre hospitalier Sainte-Anne, req. n° 353134.

aux données publiques a été créée en novembre 2013 par le Sénat. Ses travaux « lui ont permis de constater que les avancées incontestables en matière de transparence administrative restent encore très en deçà des enjeux et des attentes de la société civile »^[41]. Son rapport, rendu en juin 2014, souligne que « la stabilité du nombre des

[41] J.-J. Hyest, C. Bouchoux, Mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, *Refonder le droit de l'information publique à l'heure du numérique : un enjeu citoyen, une opportunité stratégique*, Note de Synthèse, Sénat, juin 2014.

demandes d'avis, dont une partie très substantielle porte pourtant sur des questions déjà traitées révèle néanmoins l'inertie persistante d'un certain nombre de services »^[42].

Les conclusions à tirer de la pratique en matière de commande publique seraient peut-être moins sévères. En effet, les enjeux concurrentiels qui s'attachent aux dites communications entraînent une multiplication des demandes de communication de sorte que les pouvoirs adjudicateurs y sont de plus en plus rompus.

[42] Cf. note de bas de page n° 4.