

MARCHÉS PUBLICS

Où finit la liberté d'accès aux documents de consultation ?

Ce n'est pas parce qu'un candidat a été informé des motifs détaillés du rejet de son offre qu'il ne peut pas également obtenir la transmission d'une copie des documents de la consultation... En effet, il faut bien distinguer les obligations issues du Code des marchés publics et celles contenues dans la loi du 17 juillet 1978, qui pose le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs.

PAR DIDIER SEBAN ET NATHALIE RICCI
Avocats à la Cour, SCP Seban & Associés

En pratique, la communication des documents de consultation est devenue un véritable enjeu stratégique dans le cadre d'un référé précontractuel notamment. Le rôle que les juges administratifs et la Commission d'accès aux documents administratifs (Cada) doivent jouer est très important : ils doivent non seulement assurer la transparence et l'accessibilité aux documents de la consultation, mais également préserver le droit au secret des affaires et la libre concurrence des soumissionnaires.

1 ASSURER LA TRANSPARENCE ET L'ACCESSIBILITÉ AUX DOCUMENTS DE LA CONSULTATION

L'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que « 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 marché public, comment s'effectue cette distinction entre les documents préparatoires et les documents achevés ?

Les documents communicables

De manière générale, un document administratif est communicable à toute personne qui en fait la demande, s'il existe véritablement



et s'il est achevé. En droit de la commande publique, les documents relatifs à la passation des marchés publics sont considérés comme préparatoires tant 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 (avis Cada n° 20040857, 19 février 2004).

Avant la signature du contrat, seuls sont donc communicables les documents détachables du processus de passation du contrat, c'est-à-dire ceux qui revêtent un caractère définitif, tels que la délibération décidant de lancer un appel d'offres ou décidant de la signature du contrat (avis Cada n° 20072665, 5 juillet 2007), l'appel à candidatures, ou encore le règlement de la consultation (avis Cada n° 20091048, 2 avril 2009). Une

fois le contrat signé, il faudra encore distinguer entre les documents communicables sous réserve d'occulter certaines mentions, et les documents non communicables (voir ci-après). Le caractère communicable d'un document relatif à la passation d'un marché public s'apprécie ainsi très concrètement en fonction essentiellement du stade de la procédure.

Le juge du référé précontractuel : un pouvoir de communication nécessairement limité

Les documents de la consultation n'étant pas communicables tant que le marché n'est pas signé, ils n'ont donc pas à être communiqués dans le cadre d'une procédure de référé précontractuel (CE, 3 octobre 2008, « Smir-

geomes», n° 305420). Dans un arrêt du 6 mars 2009, le Conseil d'Etat a ainsi refusé d'ordonner la communication du procès-verbal de la commission d'appel d'offres, de l'offre de la société attributaire et de l'analyse des offres, en jugeant qu'«il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels, tel que défini par l'article L.551-1 du Code de justice administrative, d'ordonner la communication de ces documents» (CE, 6 mars 2009, «Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon», n° 321217). La communication de tels documents ne peut en effet être demandée qu'aux juges du fond, et depuis peu, au juge du référé contractuel, dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs d'instruction.

2 PROTÉGER LE SECRET DES AFFAIRES POUR ASSURER LE LIBRE JEU DE LA CONCURRENCE

Le droit au secret des affaires est protégé, en droit interne, par l'article 6, II de la loi du 17 juillet 1978. En matière de commande publique, ces principes trouvent une traduction particulière du fait de l'omniprésence d'informations dont la communication peut porter atteinte au secret des affaires et à la libre concurrence. C'est pourquoi, les juges et la Cada considèrent que, même après la signature du contrat, la plupart des documents de la consultation ne sont pas communicables ou appellent un traitement différencié en fonction de la qualité du candidat concerné.

Les documents non communicables, systématiquement couverts par le secret des affaires

La Cada distingue entre deux types d'informations entièrement couvertes par le secret des affaires : celles liées aux moyens techniques et humains du candidat et celles qui révèlent un savoir-faire ou une technicité particulière. Ne peuvent pas être communiquées les informations suivantes :

les coordonnées bancaires des entreprises (conseil Cada n° 20062914, 11 juillet 2006), toutes les mentions relatives au chiffre d'affaires, au choix des technologies (avis Cada n° 20081426, 3 avril 2008), aux investissements matériels et au nombre de personnes employées ou affectées à chaque tâche (conseil Cada n° 20074761, 6 décembre 2007). En ce qui concerne les informations relatives au savoir-faire, ne sont pas communicables les mémoires techniques des candidats (avis Cada n° 20090080, 15 janvier 2009). Mais la protection du droit au secret des affaires et de la libre concurrence impose parfois un traitement différencié des informations communicables en fonction de la qualité du candidat : il s'agit de celles concernant l'attributaire du contrat et qui ont trait à son offre de prix, à ses notes et appréciations.

Les informations qui appellent un traitement différencié

Concernant l'offre de prix, la jurisprudence considère que cette information est communicable à toute personne. En outre, l'offre de prix détaillée du candidat retenu (offre de prix global, bordereau des prix unitaires et détail estimatif des prix) ne l'est, que sous réserve du respect de la libre concurrence. S'agissant des notes et appréciations des candidats, le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'était pas possible de communiquer, afin de justifier du rejet de la candidature de l'entreprise demanderesse, la copie du rapport d'analyse des offres car elle portait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des concurrents (CE, 20 octobre 2006, «Syndicat des eaux de la Charente-Maritime», n° 278601). Il a néanmoins considéré que la communication du rapport d'analyse des offres n'a pas de conséquence sur la concurrence entre les sociétés candidates, dès lors que cette communication intervient après l'attribution

du marché et donc *a fortiori* après la sélection des offres (CE, 16 nov. 2009, «Région Réunion», n° 307620). Pour apprécier si la communication de telles informations relatives au cocontractant de l'acheteur public serait contraire au principe de libre concurrence, la Cada a adopté une méthode claire : elle analyse le caractère répétitif du marché au regard de sa durée totale et de sa nature ou encore de la catégorie de services ou de biens concernés (conseil Cada n° 20092286, 2 juil. 2009). Plus la probabilité qu'un marché fasse l'objet d'une nouvelle mise en concurrence à intervalles rapprochés est élevée, plus les documents relatifs à ce marché seront couverts par le secret et non communiqués. En définitive, la communication des documents de la consultation est laissée à l'appréciation du juge qui peut décider, au-delà, dans un litige portant sur le caractère communicable d'un document, de ne transmettre ces documents qu'à la formation de jugement (CE, 24 novembre 2010, «Ministre du Budget», n° 320571), ce qui n'est pas sans susciter d'interrogations quant au respect du principe du contradictoire. Les acheteurs publics doivent donc faire une appréciation *in concreto* en évitant deux écueils : porter atteinte au secret des affaires et se faire reprocher un manque de transparence. ■

EN SAVOIR PLUS

Circulaires et textes assimilés : fiche technique de la Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy relative à « l'information des candidats évincés » (à jour au 22 octobre 2010) ; fiche relative à la « communication des documents administratifs en matière de marchés publics », DAJ/Cada (à jour au 3 juillet 2009). Fiches consultables sur le site http://www.minefe.gouv.fr/themes/marches_publics/accueil-daj.htm, rubrique « conseils aux acheteurs ».

CE QU'IL FAUT RETENIR

- La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 pose le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs, parmi lesquels figurent les documents de la consultation relatifs aux marchés publics. Ces documents ne sont toutefois pas communicables tant que le marché n'est pas signé.
- Avant la signature du contrat, seuls sont communicables les documents détachables de la procédure de passation du contrat dont on sait qu'ils ne permettent guère de démontrer la violation d'une

- obligation de publicité ou de mise en concurrence. Le juge du référé précontractuel n'a pas le pouvoir d'ordonner la communication des documents relatifs à la passation d'un marché public. Après la signature du contrat, il convient de bien faire la différence entre les documents communicables sous réserve d'occulter certaines mentions et les documents non communicables car systématiquement couverts par le secret des affaires.
- Les juges et la Cada (Commission d'accès aux documents administratifs)

- doivent arbitrer entre le principe de transparence et d'accessibilité aux informations qui est celui de la liberté d'accès aux documents administratifs et les exigences liées à d'autres aspects plus économiques (secret des affaires et libre concurrence). La Cada distingue entre deux types d'informations entièrement couvertes par le secret des affaires : celles liées aux moyens techniques et humains du candidat et celles qui révèlent un savoir-faire ou une technicité particulière.