

INITIATIVES

lutter contre
le vandalisme dans
les déchetteries _P.30



MANAGEMENT

Ressources humaines:
motiver les défaitistes _P.60

Jean-François Lemmet, DGA chargé des RH
et de la modernisation au conseil général des Hauts-de-Seine

JURIDIQUE

Droits de préemption:
le projet de réforme
«Warsmann» décrypté _P.



N°12/2022 - 5,20 € - 22 mars 2010

la Gazette

des communes • des départements • des régions

« L'étau a été desserré. Mais, il nous
faut plus de liberté pour monter des
dossiers en toute simplicité. »

Jean-Marie Héron, président de l'Association des
acheteurs des collectivités territoriales (AACT)

MARCHÉS PUBLICS

Entre libéralisation et sécurisation

_P.22



OUVREZ LE CAHIER
OFFRES
EMPLOI

_P.74

ÉVÉNEMENT

Emploi, salaires, retraites... les raisons de la colère

_P.19



p. 64
Concours : où se documenter pour réussir les épreuves

Heathcliff Fessard, ingénieur territorial au service voirie de la ville des Mureaux

J. BER

JURIDIQUE

DÉCRYPTAGE

Finances locales.

La gestion financière d'Hénin-Beaumont devant le Conseil d'Etat p. 49

TEXTES OFFICIELS p. 50

JURISPRUDENCE p. 51

ANALYSE

Droits de préemption. Le projet de réforme « Warsmann » décrypté p. 52

Marchés publics. Les documents communicables p. 56

DROIT PRATIQUE

Restructuration de l'armée. Le fonds de soutien aux communes p. 59

MANAGEMENT

RESSOURCES HUMAINES / Motiver les défaitsistes p. 60

INITIATIVE / Le Finistère organise des forums pour sensibiliser à l'agenda 21 p. 62

REPÈRES / La diversité rend les équipes plus créatives p. 63

CARRIÈRES

CONCOURS / Où se documenter pour réussir les épreuves p. 64

FORMATION

Dixième promotion pour le cycle « directeur financier » p. 66

STATUT

L'actualité statutaire p. 69

Les pisteurs-secouristes en 10 questions p. 70

MOBILITÉ p. 72

OFFRES D'EMPLOI

DIRIGEANTS TERRITORIAUX p. 74

SERVICES ADMINISTRATIFS p. 84

SERVICES TECHNIQUES p. 112

INFORMATIQUE p. 135

SERVICES SANITAIRES ET SOCIAUX p. 139

SERVICES CULTURELS p. 144

SERVICES SPORTIFS p. 148

POLICE MUNICIPALE, INCENDIE ET SECOURS p. 148

AVIS DE CONCOURS ET EXAMENS PROFESSIONNELS p. 150

PORTRAIT

Annie Fouquet, inspectrice générale des affaires sociales p. 154

PHOTOS DE COUVERTURE : F. CALDAVECHIA, P. MARAIS, INFOGRAPHIES : ARTPRESSE

17, rue d'Uzès, 75108 Paris cedex 02
 Tél. : 01 40 13 30 30 - Fax : 01 40 13 51

Contactez la rédaction Tél. : 01 40 13 31 11
 redacgazette@lagazettedescommunes.com

Passer une publicité Tél. : 01 40 13 31 86
 pubgazette@lagazettedescommunes.com

Passer une annonce classée Tél. : 01 40 13 32 50
 Fax : 01 40 13 51 63

emploi@lagazette.com
 emploi@lagazette.com

S'abonner Tél. : 01 40 13 50 65; Fax : 01 40 13 50 66
 abonnement@lagazette.com

Tarifs : 1 an (48 numéros, 48 suppléments ou cahiers détachés), le quotidien en ligne et l'accès permanent services du pack internet sur www.lagazette.fr

Administrations et sociétés :

France 179 €. Etranger : nous consulter.

Personnels :

France 114 €. Etranger nous consulter.

Prélèvement automatique trimestriel : 28,50 €

Etudiants : France 61 €

Vente au numéro : 5,20 €

La Gazette utilise des papiers issus de forêts gérées durablement, de sources contrôlées, ainsi que des papiers recyclés issus de la collecte sélective.

INTERNET

www.lagazette.fr

RETROUVEZ CETTE SEMAINE SUR LE WEB

Compléments web. Chaque semaine, la sélection pour vous les rapports, textes ou études qui vous permettront d'approfondir la lecture de nos articles. Vous y trouverez la « littérature grise » qui fonde souvent les collectivités.

Métiers. Dialoguez avec vos homologues sur vos pratiques professionnelles en rejoignant les espaces réservés : professionnels des techniques, spécialistes financiers et des sanitaires et sociaux, informaticiens. L'accès à partir de notre site, est gratuite.

Annonces. Retrouvez vos annonces « Entre particuliers » (immobilier, auto-moto, vacances...) sur www.lagazette.fr/ech_serv

AVEC CE NUMÉRO

Notre cahier détaché

la Gazette

Culture
Lectures publiques : états des lieux
 Bulletin des bibliothèques de France

MARCHÉS PUBLICS

Les documents communicables

L'ESSENTIEL

■ Recherche de preuves

Les demandes de communication des documents communicables dans le cadre d'une procédure de marché public n'ont souvent qu'un seul objectif: obtenir, le cas échéant, la preuve des irrégularités commises par le pouvoir adjudicateur, notamment en matière de publicité et/ou de mise en concurrence, pour alimenter par la suite un contentieux contractuel en devenir.

■ Prudence

Tout acheteur public qui reçoit une demande de communication de documents doit vérifier sa transmissibilité et surtout, en cas de doute, interroger directement la Commission d'accès aux documents administratifs (Cada).

UNE ANALYSE DE _____
Sébastien NIVAULT, docteur en droit public, avocat à la Cour

Les demandes de communication de documents relatifs à la procédure de passation ou constituant le marché public lui-même, adressées par les entreprises évincées à l'égard des pouvoirs adjudicateurs, connaissent depuis quelque temps une évolution sensible.

Le phénomène, en soi, n'est pas nouveau (1); ce qui l'est, c'est sa forte progression. Celle-ci s'explique par la conjugaison de deux événements: la création de nouveaux recours en contestation des contrats publics et la période de tension économique. Cette situation peu confortable pour les pouvoirs adjudicateurs alimente toute une doctrine de la part de la Commission d'accès aux documents administratifs (Cada) qui, en gardienne de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, se prononce réguliè-

rement, suite à la saisine préalable des acheteurs publics ou des opérateurs économiques n'ayant pas obtenu satisfaction auprès des pouvoirs adjudicateurs, sur le caractère administratif et communicable ou non des documents concourant à la passation et à la conclusion d'un marché public. C'est donc à partir de l'étude de la «jurisprudence de la Cada» en la matière que nous tenterons de répondre à la question suivante: quelles sont les pièces à communiquer à un candidat évincé d'un marché public?

I. Principales règles à observer

Nous déclinerons notre réflexion à partir des trois repères juridiques.

Une réponse ministérielle du 20 mars 2008 rappelle que: «l'article 83 du Code des marchés publics [CMP] prévoit que les acheteurs publics ont l'obligation de répondre sous quinze jours à tout candidat qui demande à connaître les raisons pour lesquelles sa candidature ou son offre a été rejetée». En revanche, aucune disposition de ce code n'impose aux personnes publiques de fournir un ou plusieurs documents particuliers.

Cependant, la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, qui régit l'accès aux documents administratifs, fait obligation aux personnes publiques

À NOTER

Selon la Cada, le droit de communication, dont bénéficient tant les entreprises non retenues que toute autre personne qui en fait la demande, doit s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale.

et aux gestionnaires de services publics de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande. En sont toutefois exclues les pièces dont la communication porterait atteinte, notamment,

au secret en matière commerciale et industrielle, au déroulement des procédures juridictionnelles et, de façon générale, aux secrets

RÉFÉRENCES

■ Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public.

légalement protégés. Les acheteurs publics doivent donc permettre l'accès des candidats évincés aux documents qu'ils demandent, dans les conditions et selon les modalités pré-

À NOTER

Les documents préparatoires deviennent définitifs, et par voie de conséquence communicables, une fois le marché public signé.

vues par le titre 1^{er} de cette loi.

La Cada a exprimé une position de principe lors de sa séance du 23 décembre 2008 (2) :

« une fois signés, les contrats et marchés publics et les documents qui s'y rapportent sont considérés comme des documents administratifs soumis au droit d'accès institué par la loi du 17 juillet 1978. Ce droit de communication, dont bénéficient tant les entreprises non retenues que toute autre personne qui en fait la demande, doit toutefois s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale, protégé par les dispositions du II de l'article 6 de cette loi ».

Enfin, l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 dispose 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. Il ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique ». Ainsi, en résumé, tout document communiqué, en tant que document administratif, par un pouvoir adjudicateur à un candidat évincé d'une procédure de marché public doit impérativement cumuler les trois caractéristiques.

A. Caractère achevé

Le document doit être achevé : sont exclus les documents préparatoires. Tous les documents rattachables à la procédure même de passation du marché (tels que les procès-verbaux d'ouverture des plis, les dossiers de candidature ou les rapports d'analyse des offres) doivent être considérés comme des documents préparatoires et ce, tant que le marché n'est pas signé (3). Ces mêmes documents perdent leur caractère préparatoire et deviennent définitifs, et par voie de conséquence communicables, une fois le marché public signé (4).

Deux précisions complémentaires doivent être apportées : d'une part, certains documents tels que l'appel à candidatures, les éléments apportant la preuve de la publication

des annonces, le règlement de consultation, mais aussi et surtout, les délibérations des collectivités décidant, par exemple du lancement de l'appel d'offres ou de la signature du contrat (5), sont communicables avant la signature du marché ; d'autre part, la commission considère que « lorsqu'un appel d'offres a été déclaré infructueux (6), ou que la procédure de passation a été suspendue ou annulée par le juge (7), les documents qui s'y rapportent conservent un caractère préparatoire aussi longtemps que la nouvelle procédure, reprise à la suite de cet événement, n'a pas elle-même abouti, soit que le contrat ait effectivement été signé à son issue, soit que le pouvoir adjudicateur renonce définitivement à signer le contrat (auquel cas, la Cada considère que le processus de décision est également achevé) ».

B. Absence de diffusion publique

Le document ne doit pas avoir fait l'objet d'une diffusion publique. Ainsi, tout document publié dans un journal officiel (comme le « JOUE » ou le « BOAMP ») ou sur le site internet de l'acheteur public ne sera pas communicable au regard de la diffusion publique dont il a fait l'objet.

C. Secret industriel et commercial

Le document ne doit surtout pas, de par son contenu, porter atteinte au secret industriel et commercial : il s'agit ici d'un point délicat. En réalité, sont ici marquées du « sceau du secret » quatre hypothèses. Tout d'abord, le document ne doit pas porter atteinte au secret lié à la vie privée, aux moyens humains et au patrimoine.

Concrètement, cela signifie que le document communiqué doit exclure toute information sur l'adresse d'une personne physique, son CV, sur les coordonnées bancaires d'une entreprise (8), ou bien encore sur les déclara-

tions de revenus et le niveau de salaires des employés de l'entreprise soumissionnaire, ainsi que l'organigramme de la société (9).

Le document administratif ne doit pas porter atteinte au secret lié aux procédés de fabrication et au savoir-faire. En effet, il ne doit communiquer au tiers aucun élément relatant le savoir-faire d'une entreprise ou bien encore les techniques de fabrication utilisées, pas plus que le contenu des activités de recherche et de développement, ni les certificats de qualification obtenus par une entreprise (10).

À NOTER

Le document administratif ne doit communiquer aux tiers aucun élément relatant le savoir-faire d'une entreprise ou les techniques de fabrication utilisées, pas plus que le contenu des activités de recherche et de développement.

Ensuite, le document doit respecter le secret lié à la situation économique et financière. Sont ici visées les données financières de l'entreprise, au sens large (11). Enfin, le document

administratif communicable doit également respecter le secret lié à la stratégie entrepreneuriale. Doit ainsi être écartée toute information relative aux pratiques commerciales (par exemple, la remise consentie), à la stratégie financière et technique de l'entreprise, à l'actionnariat ou à la politique d'investissement de l'entreprise (12).

Reste à identifier en pratique, parmi les nombreux documents élaborés dans le cadre de la passation et de la conclusion d'un marché public, ceux qui, compte tenu de leur caractère administratif, doivent être communiqués à tout candidat évincé qui en fait la demande.

II. Panel des documents communicables

Dans l'échelle des documents communicables par les pouvoirs adjudicateurs, il faut distinguer trois échelons. >

(1) Rép. min. n° 03123, JO Sénat Q, 20 mars 2008, p. 566 ; n° 22919, JO Sénat Q 15 juin 2006, p. 1670.

(2) Cada, avis n° 20084709, 23 déc. 2008.

(3) Cada, avis n° 20033960, 9 oct. 2003 ; n° 20040857,

19 févr. 2004 et n° 20072665, 5 juil. 2007.

(4) Cada, avis n° 20023233, 22 août 2002.

(5) Cada, avis n° 20063298, 31 août 2006 et n° 20072665, 5 juil. 2007.

(6) Cada, avis n° 20021206, 28 mars 2002 et n° 20071673, 21 juin 2007.

(7) Cada, avis n° 20080901, 21 févr. 2008.

(8) Cada, avis n° 20033429, 28 août 2003.

(9) Cada, avis n° 20004574, 7 déc. 2000 et n° 20034301, 6 nov. 2003.

(10) Cada, avis n° 22052295, 9 juin 2005 et

n° 20071714, 22 nov. 2007.

(11) Etat de son endettement, de sa trésorerie, de son chiffre d'affaires, de son bilan comptable : Cada, avis n° 20062458, 15 juin 2006.

(12) Cada, avis n° 20070002, 11 janv. 2007 ; n° 20070967,

8 mars 2007 et n° 20074767, 6 déc. 2007.

(13) Cada, avis n° 20052131, 9 juin 2005.

(14) Cada, conseil n° 20040542, 5 févr. 2004.

(15) Cada, avis n° 20052631, 7 juil. 2005 pour l'entreprise attributaire, et n° 20074116, 25 oct. 2007 pour les entreprises non retenues ; conseil n° 20062848,

11 juil. 2006.

(16) Cada, avis n° 20072630, 8 nov. 2007 et n° 20081426, 3 avr. 2008.

(17) Cada, conseil n° 20045198, 2 déc. 2004.

■ ■ ■ **A. Les documents non communicables**

Les documents non communicables sont relativement peu nombreux. Il s'agit, d'une part, des documents qui ont trait aux capacités professionnelles, techniques et/ou financières des entreprises candidates à l'attribution du marché public (13) ou aux moyens humains des entreprises (14).

Sont également non communicables les mémoires techniques (15) et autres montages juridico-financiers et comptables que le co-contractant a imaginés et mis au point pour répondre au mieux aux besoins exprimés par la personne publique (16). Ne sont pas non plus communicables les réponses des entreprises candidates aux demandes complémentaires formulées par le pouvoir adjudicateur, sauf les éléments de réponse donnés par l'entreprise attributaire et portant sur son offre (17).

B. Les documents communicables sans aucune modification préalable

Ils sont beaucoup plus nombreux. Il convient de distinguer les documents propres à la procédure de passation de ceux constitutifs du marché public.

1. Les documents propres à la procédure

Sont communicables, sans modification préalable, les documents propres à la procédure de passation suivants :

- toutes les délibérations prises par l'assemblée du pouvoir adjudicateur (18) ;
- l'avis d'appel public à la concurrence dès lors qu'il n'a pas fait l'objet d'une diffusion publique (19) ;
- le règlement de la consultation, ainsi que les courriers adressés aux entreprises pour les

informer du délai de remise des offres ou des conditions de la négociation (20) ;

- la liste des candidats admis à présenter une offre ou admis à négocier (21) ou ayant déposé une offre (22) ;

- le registre d'enregistrement des offres et le procès-verbal d'ouverture des enveloppes (23) ;

- les convocations des membres de la commission d'appel d'offres (24) et la décision d'attribution (25).

2. Les pièces du marché

Parmi les pièces du marché, sont communicables sans modification préalable :

- le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) (26) ;

- le programme du concours (27) ;

- la répartition des honoraires entre les différents membres d'un groupement d'entreprises (28) ;

- les plans et les graphiques d'un projet (29) ;

- les variantes et options retenues (30) ;

- la copie de l'acte de notification du

À NOTER
Est communicable, sans modification préalable, la liste des candidats admis à présenter une offre ou admis à négocier ou ayant déposé une offre.

marché public, ainsi que son accusé de réception (31) ;

- le ou les avenant(s) (32) ;

- les ordres de service, le procès-verbal de réception des travaux, les documents relatifs à la sous-traitance (33).

C. Les documents communicables après occultation d'une ou plusieurs mention(s)

Ce sont les documents les plus sensibles car, selon si les mentions ont été correctement

ou non occultées, ils pourront utilement servir, le cas échéant, les intérêts du candidat évincé, et notamment à la démonstration par ce dernier de la violation des règles de mise en concurrence par le pouvoir adjudicateur. Sont ainsi communicables sous réserve d'avoir préalablement été occultées pour partie des informations protégées par le secret

À NOTER
Sont communicables sous réserve d'avoir préalablement été occultées pour partie des informations protégées par le secret commercial et industriel.

commercial et industriel :

- l'acte d'engagement de l'entreprise retenue, ainsi que ses annexes (34) ;

- la réponse de l'entreprise attributaire

aux demandes complémentaires formulées par le pouvoir adjudicateur (35) ;

- la déclaration sur l'honneur et les attestations fiscales de l'entreprise attributaire (36) ;

- pour les entreprises non retenues, les conditions globales de prix (37) ;

- pour l'entreprise attributaire, l'offre de prix détaillée de l'entreprise (38). Concrètement, cela correspond à l'offre de prix global et au bordereau des prix unitaires ou au détail estimatif des prix (39) ;

- le rapport d'analyse des offres et le procès-verbal de la commission d'appel d'offres relatif au classement des offres et au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (40) ;

- le rapport de présentation du marché (41).

En résumé, face à cette procédure à « double tranchant », deux conseils au pouvoir adjudicateur s'imposent : celui de la prudence et celui de la saisine préalable de la Cada en cas de doute. En effet, tout acheteur public qui reçoit une demande de communication de documents doit vérifier sa transmissibilité et surtout, en cas de doute, doit interroger directement la Commission d'accès aux documents administratifs (sa saisine étant simple et ses avis rapidement rendus).

Enfin, toute résistance de la part du pouvoir adjudicateur semble vaine car, en dépit de l'incompétence du juge du référé précontractuel (42), le candidat évincé pourra toujours, le cas échéant, demander au juge du fond (43) ou bien au juge du référé « mesure urgente » (44) d'ordonner la communication d'un ou plusieurs documents administratifs propre(s) à la procédure de marché public. ■

(18) Celle autorisant le lancement de la procédure ou celle autorisant la signature du marché: Cada, avis n°20052631, 7 juill. 2005.
(19) Cada, avis n°20012061, 14 juin 2001.
(20) Cada, avis n°19993499, 14 oct. 1999 et n°20002823, 27 juill. 2000.
(21) Cada, avis n°20024332, 7 nov. 2002 et n°20064121, 28 sept. 2006.
(22) Cada, conseil n°20050996, 3 mars 2005.
(23) Cada, avis n°20061739, 27 avr. 2006 et n°20072665, 5 juill. 2007.
(24) Cada, conseil n°20002823, 27 juill. 2000.
(25) Cada, conseil n°20024022, 3 oct. 2002.
(26) Cada, conseil n°20062914, 11 juill. 2006.
(27) Cada, conseil n°20040658 du 19 février 2004.
(28) Cada, avis n°20050246, 6 janv. 2005.
(29) Cada, conseil n°19993342, 23 sept. 1999.
(30) Cada, avis n°20060279 du 19 janvier 2006.
(31) Cada, avis n°20022651, 27 juin 2002 et n°20041348, 1^{er} avr. 2004.

(32) Cada, avis n°20061444, 28 sept. 2006.
(33) Cada, conseil n°19993342, 23 sept. 1999.
(34) Cada, avis n°200628 sept. 2006.
(35) Cada, conseil n°20045198, 2 déc. 2004.
(36) Cada, avis n°20020024, 10 janv. 2002.
(37) Le détail de l'offre n'étant pas communicable: Cada, avis n°20052631, 7 juill. 2005.
(38) Cada, conseil n°20061255, 16 mars 2006.
(39) Cada, conseil n°20064849, 9 nov. 2006.
(40) Cada, avis n°20074116, 25 oct. 2007.
(41) Cada, avis n°20063298, 31 août 2006.
(42) CE 6 mars 2009, «Synd. mixte Région d'Auray Belz Quiberon», req. n°321217.
(43) Dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction: CE 28 avril 1993, req. n°81843, «Synd. dptal électricité Drôme», Lebon tables p.873.
(44) Sur la base de l'article L.521-3 du Code de justice administrative: CE 5 déc. 1990, «Assoc. Te pohue la metal ote henua», req. n°112086, Dr. adm. 1991, comm. 92.