



La publicité dans les marchés publics

Préambule

La publicité est une condition sine qua non du respect des principes généraux rappelés par l'article L3 du code de la commande publique, ; Elle permet aux opérateurs économiques potentiellement intéressés d'avoir connaissance de l'opération, et de présenter leur candidature ou leur offre ; Pour l'acheteur public, elle est essentielle, car elle permet de susciter la concurrence et offre davantage de chances d'obtenir des offres pertinentes et optimisées.

L'article L.2131-1 du code rappelle, par ailleurs, que la publicité préalable constitue le principe, son absence n'étant que l'exception : « *Afin de susciter la plus large concurrence, les acheteurs procèdent à une publicité préalable dans les conditions et sous réserve d'exceptions définies par décret en Conseil d'Etat, en fonction de l'objet du marché public, de la valeur estimée hors taxe du besoin ou de l'acheteur concerné.* »

Pour autant, les marchés ne sont pas tous soumis aux mêmes obligations, les règles et modalités à respecter variant selon les cas.

Rappelons en premier lieu les principaux cas dans lesquels l'acheteur n'est pas tenu de publier un avis :

- Les marchés-passés sans publicité ni mise en concurrence préalables (art. R. 2122-1 à R. 2122-11 du code de la commande publique. Cette possibilité vaut notamment (liste non exhaustive) :
 - o dans les cas d'urgence impérieuse ;
 - o pour un appel d'offres ou une consultation pour lesquels, il n'y a eu aucune candidature ou aucune offre ou que des candidatures irrecevables ou des offres irrégulières ;
 - o pour les marchés ne pouvant être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des motifs techniques ou de droits d'exclusivité ;
 - o pour les marchés de prestations similaires de travaux et services ;
 - o pour les marchés complémentaires de fournitures destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes ;
- Les marchés relatifs à un besoin d'un montant inférieur à 40 000 € HT ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 € (montant qui s'apprécie bien entendu non pas par commande, mais bien en fonction des règles de computation des seuils !).
Toutefois « *l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin* ».

A – pour un marché selon une procédure adaptée sous les seuils de procédure formalisée

Il s'agit donc, en substance, des marchés dont le montant est inférieur aux seuils européens en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020, à savoir :

- 214 000 € HT pour les marchés de fournitures et de prestations de services passés par les collectivités territoriales),
 - 139 000 € HT pour les marchés de fournitures et de prestations de services passés par les services de l'Etat,
 - 428 000 € HT pour les marchés de fournitures et services passés par les entités adjudicatrices,
 - 5 350 000 € HT (pour les marchés de travaux).
- a) L'obligation de publier un avis de marché (ou avis d'appel public à la concurrence)

Les fiches Achats de l'AAP

Les obligations de publicité en procédure adaptée diffèrent selon le montant estimé du marché. (Art. R. 2131-12 et art. R.2131-13 du CCP)

Les moyens de publicité utilisés doivent permettre aux opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés d'être informés et doivent aboutir à une diversité d'offres suffisantes pour garantir une vraie mise en concurrence. En principe, sauf cas particulier, les marchés ne peuvent être passés directement avec un opérateur économique, sans mise en concurrence.

Hormis pour les marchés inférieurs à 40 000 € HT et dans certains cas particuliers, les marchés ne peuvent être passés directement avec un opérateur économique, sans mise en concurrence.

Pour les marchés inférieurs à 90 000 € HT, le choix des modalités de publicité se fait en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

Pour les MAPA compris entre 90 000 € HT et les seuils de procédure formalisée, l'acheteur doit publier un avis d'appel public à concurrence, soit au BOAMP (rubriques à compléter), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL) et le cas échéant, sur un support de publicité complémentaire.

b) Les mentions

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les éléments de l'avis d'appel public à la concurrence sont déterminés par l'acheteur, avec néanmoins des obligations minimales d'origine jurisprudentielle.

Selon l'objet du marché, il conviendra de faire apparaître des informations telles que la date limite de réception des offres, l'allotissement, les variantes, les critères de choix, les contraintes particulières..., qui permettront notamment une information satisfaisante des candidats sur les besoins de la collectivité et les règles de la procédure engagée.

c) Les supports

Lorsque le montant du marché est inférieur à 90 000 € HT, l'acheteur peut publier son avis sur le support de son choix (presse locale, profil d'acheteur, site dédié aux annonces de marchés) tout en veillant à une bonne adéquation entre l'audience du support retenu et le public cible d'opérateurs économiques afin de susciter une véritable concurrence : la publicité doit néanmoins être adaptée à l'objet du marché et pas seulement au montant (CE, 7 octobre 2005 - Région Nord Pas-de-Calais).

Attention, cependant, l'absence de contraintes formelles ne signifie pas une liberté totale, et l'acheteur devra être en mesure de justifier des modalités retenues.

Au-delà de 90 000 € HT, la publication dans un journal habilité à recevoir les annonces légales ou au BOAMP est obligatoire. La liste des journaux habilités à publier de telles annonces ainsi que le coût de la parution sont fixés par le Préfet.

En outre, les avis de marchés doivent également être publiés sur le profil d'acheteur (plate-forme de dématérialisation).

d) Les délais de publication

De façon générale, et quelle que soit la procédure, il appartient à l'acheteur de fixer des délais de réception des candidatures et offres suffisants, en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre (sans préjudice bien entendu des délais minimaux imposés par les textes lorsqu'il s'agit de procédures formalisées, traités plus loin, délais qui doivent être allongés si nécessaire).

Pour permettre une concurrence réelle et active, les opérateurs économiques doivent disposer de suffisamment de temps pour répondre ; Pour déterminer la date limite de réponse, l'acheteur devra notamment tenir compte du délai de publication, des délais nécessaires aux candidats pour retirer le DCE si toutes les pièces ne sont pas publiées sur le profil d'acheteur... et enfin, du temps utile pour établir,

Les fiches Achats de l'AAP

transmettre et remettre leur offre. Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, un délai d'au moins quinze (15) à vingt (20) jours francs est généralement à prévoir, à augmenter autant que de besoin en fonction de la complexité du DCE, de la nécessité d'une visite sur place ou de la production d'échantillons.

e) L'avis d'attribution

La publication d'un avis d'attribution est facultative sous les seuils européens ; Toutefois, dans un souci de transparence, et suite à la réforme des procédures de recours (Ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009) et aux différents arrêts récents de jurisprudence (CE, 16 juillet 2007, Tropic Travaux Signalisation), il est fortement conseillé de publier un avis de résultat sur le profil acheteur pour tous les MAPA supérieurs à 40 000 € HT, lequel prendra par exemple la forme suivante :

Avis d'attribution de marché public ou d'accord-cadre :

Objet du Marché/lot :

Titulaire :

Date d'attribution du marché :

Renseignement concernant la consultation du ou des marché(s) :

Identification de l'acheteur :

Le marché est consultable sur demande de rendez-vous à l'adresse suivante :

..... (Adresse postale) (Site Internet)

*Date de publication/ mise en ligne/affichage du présent avis : **Mettre en ligne pendant 3 mois***

Voies et délais de recours :

Les opérateurs ayant candidaté au présent marché et n'ayant pas été retenus sont recevables à former un recours contre le contrat devant la juridiction administrative territorialement compétente dans un délai de deux mois à compter de la publication du présent avis.

B - pour un marché passé à l'issue d'une procédure formalisée*

Ici, la publicité tient davantage des « figures imposées ».

a) L'avis de pré-information et l'avis périodique indicatif (Article R.2131-1)

L'avis de pré-information est un avis publié par les pouvoirs adjudicateurs leur permettant de faire connaître leur intention de passer un marché public sur les douze mois à venir. Cet avis n'est toutefois obligatoire que pour les pouvoirs adjudicateurs qui entendent user de la possibilité de réduire les délais de réception des offres.

La publication d'un tel avis, en amont de la procédure de consultation elle-même, est facultative : elle concerne principalement les marchés de seuil communautaire. Elle a pour but d'informer les opérateurs sur les marchés à venir, afin qu'ils puissent organiser leur éventuelle participation.

Toutefois, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure avec négociation, la publication d'un avis de pré-information permet de se dispenser de publier ensuite un appel à la concurrence, à condition :

- Que l'avis fasse référence spécifiquement aux travaux, fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer (ce qui interdit un avis trop générique),
- Qu'il précise que la procédure à intervenir ne donnera pas lieu à un avis d'appel à la concurrence,
- Que l'avis invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt. Par la suite, les opérateurs ayant manifesté leur intérêt seront invités à « *confirmer leur intérêt* ». L'envoi d'une lettre d'invitation en ce sens doit intervenir entre 35 jours et douze mois à compter de la date d'envoi de l'avis de pré-information.

Les fiches Achats de l'AAP

Un avis de pré-information est :

- soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne,
- soit publié par sur le profil d'acheteur, à condition que l'Office précité en soit informé au préalable.

L'avis périodique indicatif, publié par les entités adjudicatrices, poursuit la même finalité de prévenir très en amont les opérateurs économiques.

b) L'avis d'appel public à concurrence

Les publications obligatoires : Lorsque le montant de son marché atteint les seuils communautaires (214 000 € HT pour les achats de fournitures et services des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et groupements, et 5 350 000 € HT pour les travaux), l'acheteur publie une annonce au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis répond à un modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015. L'insertion d'un avis dans une publication nationale (BOAMP ou publicité complémentaire) ne peut intervenir avant l'envoi au JOUE ni comporter davantage de renseignements.

Le Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) : Il s'agit du seul journal habilité à recevoir ces avis (envoyés par voie électronique). Il est obligatoire au-delà des seuils communautaires ; La publication d'un avis reste possible pour des marchés d'un montant inférieur à ceux-ci. De plus, l'insertion de l'avis dans le JOUE ne dispense pas de la publication dans le BOAMP dans la mesure où les seuils nationaux sont également à prendre en compte !

Les délais entre l'envoi de l'avis et la date limite de réception des candidatures et/ou des offres : Les délais imposés par le code de la commande publique sont à la fois des délais minimaux (*ils doivent être allongés le cas échéant, en fonction notamment de la nécessité de visite sur les lieux d'exécution du marché public ou consultation sur place de documents complémentaires*) et exprimés en jours francs (ils démarrent à zéro heure le lendemain de l'envoi de l'avis de publicité, et s'achèvent à minuit le dernier jour).

Les mentions obligatoires : L'avis de publicité en procédure formalisée doit être le plus précis possible au regard des modèles imposés par les formulaires standards européens. Ainsi la rubrique « Quantité ou étendue du marché » doit indiquer l'importance quantitative des prestations envisagées. Il peut s'agir de « la valeur en chiffres estimée HT du marché ou d'une fourchette exprimant cette valeur ».

Les données quantitatives doivent être de nature à renseigner les candidats sur l'ampleur des prestations même si le règlement de consultation du marché comporte davantage de précisions.

La rubrique relative aux « modalités essentielles de financement et de paiement et/ou références aux textes qui les réglementent » doit être complétée : il appartient à l'acheteur d'indiquer, « la nature des ressources qu'il entend mobiliser pour financer l'opération (ressources propres, ressources extérieures ou contributions des usagers, modalités de règlement du prix) ».

c) L'avis d'attribution

La publication d'un avis d'attribution au BOAMP et au JOUE est obligatoire dans un délai de 30 jours à compter de la date de signature du marché (Article R. 2183-1).

On rappellera que cette obligation vaut également pour les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques visés à l'article R. 2123-1-3° du CCP, d'un montant supérieur à 750 000 € HT.

C - Les conseils de l'AAP :

La publicité est une étape cruciale : elle correspond à une « mise à l'eau » du dossier de consultation, phase à partir de laquelle on s'en remet aux opérateurs pour répondre. Elle doit donc être soignée, pour des motifs à la fois juridiques (un manquement aux obligations en matière de publicité est généralement lourd de conséquences), financiers (les coûts associés aux avis peuvent être conséquents, notamment dans les journaux habilités à publier les annonces légales), et opérationnels (la publicité est le moyen de susciter candidatures et offres).

Les fiches Achats de l'AAP

De fait, on pourra rappeler les quelques conseils suivants :

- la publicité doit être efficace, et l'acheteur doit à la fois :
 - o veiller à y faire apparaître les mentions obligatoires, de façon lisible et explicite pour retenir l'attention des candidats potentiels ;
 - o choisir un support adapté au public cible (sur le plan géographique, comme sectoriel), et donc avoir une idée précise des modes d'information du public cible, et de l'audience du support retenu ; veiller à lancer la consultation au moment le plus propice (en évitant les périodes de congés, les fêtes de fin d'année...) ;
 - o laisser un délai suffisant aux opérateurs pour pouvoir répondre ;
- La publicité n'est pas seulement une obligation formelle, mais aussi (et surtout !) le moyen de susciter des réponses au besoin. L'acheteur doit veiller à doubler la publicité obligatoire (JOUÉ, BOAMP ou journal d'annonces légales) par une publicité additionnelle, quitte à se contenter pour celle-ci d'une simple « accroche » qui renverra à l'avis complet publié sur les supports obligatoires ;
- Les coûts de publicité peuvent être importants (jusqu'à plusieurs milliers d'euros pour un avis complet, portant sur une opération multi lots, dans un journal d'annonces légales) : on doit donc veiller à l'équilibre entre les enjeux du marché (notamment son montant estimé) et les coûts de publicité. Sur le contenu, l'avis pourra, notamment pour les marchés de faible montant, être réduit aux mentions obligatoires, dès lors que le règlement de la consultation pourra sans difficulté apporter les compléments requis (notamment sur les modalités de cotation des offres au regard des critères).