

La publicité préalable dans le nouveau décret « marchés publics »

Les articles 31 à 37 du décret du 25 mars 2016 organisent les nouvelles modalités de la publicité préalable à la passation des marchés publics. Quels sont les changements intervenus par rapport au Code des marchés publics et à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ?

L'article 41 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose que les acheteurs procèdent à une publicité « selon l'objet du marché public, la valeur estimée hors taxe du besoin ou l'acheteur concerné », et « dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par voie réglementaire ».

C'est l'objet des articles 31 à 37 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (ci-après le « Décret »), qui forment, au sein des dispositions prises en application de cette ordonnance, un chapitre réservé à la publicité préalable à la passation des marchés publics. Désormais, l'ensemble des dispositions relatives à la publicité, qui concernent tant les pouvoirs adjudicateurs que les entités adjudicatrices, est rassemblé dans ce même chapitre, lequel est composé de trois sections, relatives respectivement aux avis d'appel à concurrence – avis de préinformation, avis périodique indicatif et avis de marché –, aux modalités de publication de ceux-ci, et à l'invitation adressée aux opérateurs économiques à confirmer leur intérêt pour une procédure en cours.

Si le remaniement des dispositions relatives à la publicité préalable est formellement visible, le décret n° 2016-360 ne modifie pas en profondeur les obligations de publicité qui s'imposent aux acheteurs.

On notera, toutefois, quelques points de simplification et d'assouplissement par rapport aux dispositions du Code des marchés publics, de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, et des décrets d'application de celle-ci, désormais abrogés⁽¹⁾.

Ainsi, les cas d'ouverture des avis simplement informatifs, que sont l'avis de préinformation et l'avis périodique indicatif sont désormais plus nombreux.

En outre, certaines modalités de publicité des avis de marché – passés tant en procédure adaptée qu'en procédure formalisée – ont été retouchées.

Auteur

Marie-Hélène Pachon-Lefèvre

Avocat associé

Astrid Layrisse

Avocat à la Cour – SCP Seban et Associés

Références

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 31 et s.

Mots clés

Avis de marché • Avis de préinformation • Avis périodique indicatif • Publicité • Seuils

(1) Les obligations de publicité préalables figuraient aux articles 39 à 40-1 du Code des marchés publics et aux articles 15 à 16-1 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 s'agissant des pouvoirs adjudicateurs, ainsi qu'aux articles 149 à 151-1 de ce même Code et aux articles 15 à 17 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 s'agissant des entités adjudicatrices.

Un élargissement des cas d'ouverture de l'avis de préinformation et de l'avis périodique indicatif

Les articles 31 et 32 du Décret confirment la possibilité, pour les acheteurs, de faire connaître leur intention de passer un marché public en publiant, pour les pouvoirs adjudicateurs, un avis de préinformation et, pour les entités adjudicatrices, un avis périodique indicatif, permettant aux opérateurs économiques d'anticiper les besoins à venir de ces acheteurs.

Les règles de publicité des avis de préinformation et des avis périodiques indicatifs sont, davantage encore qu'auparavant, soumises quasiment au même régime. Si les modalités de recours à ces avis sont globalement inchangées, les quelques modifications qui sont intervenues pourraient accroître l'intérêt des acheteurs pour cette procédure d'information préalable de leurs futurs achats.

Les modalités du recours à un avis de préinformation ou à un avis périodique indicatif

Tout d'abord, le Décret a supprimé la précision selon laquelle les avis de préinformation et périodiques indicatifs pouvaient être publiés, pour des marchés publics de fournitures et de services, à partir du seuil de 750 000 euros HT, et pour des marchés publics de travaux, à partir du seuil de 5 225 000 euros HT⁽²⁾. Désormais, un acheteur peut publier l'un de ces avis pour la passation de tout marché public sans condition de montant minimum, de sorte que le Décret a élargi de manière importante les possibilités de recourir à ces avis.

Comme auparavant, le contenu des avis doit être conforme aux modèles fixés par un règlement de la Commission européenne, à savoir, le récent règlement d'exécution du 11 novembre 2015 auquel sont annexés les formulaires standard de l'avis de préinformation (Annexe I), et de l'avis périodique informatif (Annexe IV)⁽³⁾. S'agissant encore du contenu de ces avis, les nouvelles dispositions ne prévoient plus que les avis relatifs aux marchés de fournitures ou de services indiquent le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres pour chacune des catégories de produits ou de services homogènes que l'acheteur envisage de passer au cours des douze mois suivant la publication de ces avis. Elles n'imposent plus, également, que ces avis préalables, lorsqu'ils ont trait à des marchés de travaux, mentionnent les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres⁽⁴⁾.

(2) Articles 39 et 149 du Code des marchés publics abrogé ; décret n° 2005-1742, art. 15 ; décret n° 2005-1308, art. 15.

(3) Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics, et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

(4) Articles 39 III et IV, et 149 III et IV du Code des marchés publics abrogé.

Cette relative souplesse devrait faciliter le recours à de tels avis en amont de la publication d'un avis de marché. Les supports de publicité offerts aux acheteurs n'évoluent pas. L'avis est, soit adressé à l'Office des publications officielles de l'Union européenne pour publication, soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, l'acheteur devant, dans ce cas, envoyer à l'office précité un avis annonçant cette publication. À cet égard, le profil d'acheteur est défini par l'article 31 du Décret comme la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs par voie électronique, et de réceptionner de la même manière les documents émanant de ces derniers.

L'intérêt renforcé de publier un avis de préinformation ou un avis périodique informatif

À titre liminaire, il faut rappeler que la publication d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique informatif est toujours facultative pour l'acheteur, quels que soient les montants des besoins à satisfaire ou la procédure choisie. Cette affirmation a été clarifiée par la suppression du terme « obligatoire » dans le Décret⁽⁵⁾.

L'intérêt de publier un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif, outre la volonté d'informer les opérateurs intéressés en amont du lancement du processus d'achat, est soit de réduire les délais de la procédure de passation du marché ultérieur, soit d'être exonéré de l'obligation de publier un second avis.

D'une part, si l'avis de préinformation ou l'avis périodique informatif n'est pas utilisé comme avis d'appel à la concurrence, il peut permettre de réduire le délai minimal de remise des candidatures et/ou des offres, qui s'applique en principe. Le Décret ayant réduit ce délai, le mécanisme de réduction des délais par la publication d'un de ces avis a également été modifié.

Ainsi, dans un appel d'offres ouvert, la publication d'un de ces avis ramène le délai de réception des candidatures et des offres de trente-cinq à quinze jours, à condition que l'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif ait été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché, et qu'il contienne les mêmes renseignements que ceux de l'avis de marché⁽⁶⁾.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, de plus, dans un appel d'offres restreint comme dans une procédure concurrentielle avec négociation, ramener le délai minimal de réception des offres de trente jours à dix jours en publiant

(5) L'avis était obligatoire uniquement lorsque le pouvoir adjudicateur souhaitait réduire certains délais (articles 39 II et 149 II du Code des marchés publics abrogé), et non dès que le montant du marché dépassait les seuils précités (voir, au contraire, une jurisprudence antérieure au Code des marchés publics de 2006 : CE 19 novembre 2003, Ville de Nîmes, req. n° 257100).

(6) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 67 ; articles 57 II et 160 II du Code des marchés publics abrogé ; article 29 du décret n° 2005-1742 précité et article 37 du décret n° 2005-1308 précité, lesquels permettaient de ramener ce délai de 52 à 22 jours.

un avis de préinformation dans les mêmes conditions⁽⁷⁾, tandis que les entités adjudicatrices peuvent, dans un tel appel d'offres ou dans une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, fixer une date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, étant précisé qu'à défaut d'accord, ce délai sera de dix jours⁽⁸⁾.

D'autre part, l'avis périodique indicatif et désormais l'avis de préinformation peuvent, dans certaines procédures, être utilisés pour lancer un appel à la concurrence, ce qui simplifie le lancement d'un marché en évitant à l'acheteur de publier un second avis. C'est donc pour les pouvoirs adjudicateurs – tant anciennement soumis au Code des marchés publics qu'à l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée – que le Décret apporte une réelle nouveauté⁽⁹⁾.

Cette possibilité est offerte aux acheteurs qui lancent un appel d'offres restreint, une procédure concurrentielle avec négociation (pour les pouvoirs adjudicateurs⁽¹⁰⁾) ou une procédure négociée avec mise en concurrence préalable (pour les entités adjudicatrices). Pour user de cette faculté, le contenu et les modalités de publicité de l'avis sont davantage encadrés. Ainsi, ledit avis doit faire référence à l'objet du marché, mentionner qu'aucun avis d'appel à la concurrence ne sera publié ultérieurement et, depuis le 1^{er} avril 2016, être publié au Journal officiel de l'Union européenne (« JOUE ») entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. La publication sur un profil d'acheteur ne peut intervenir qu'à titre complémentaire.

Ensuite, en application de l'article 37 du Décret, l'acheteur invite, simultanément et par écrit, tous les opérateurs qui ont manifesté leur intérêt à confirmer celui-ci. Parmi les changements intervenus par rapport à la « lettre » d'invitation à confirmer l'intérêt du Code des marchés publics, on note un assouplissement des éléments à préciser pour les éventuels marchés complémentaires et marchés renouvelables⁽¹¹⁾, le principe de la mise à disposition des documents de la consultation sur le profil d'acheteur, la suppression de la mention du montant des éventuelles sommes à payer pour obtenir ces documents, et l'indication de la forme du marché, à savoir l'achat, le crédit-bail, la location, la location-vente ou plusieurs de ces formes. Les dispositions relatives à l'invitation à

confirmer l'intérêt sont globalement plus concises et donc plus lisibles.

Avec ces nouvelles dispositions, les acheteurs pourraient davantage avoir recours aux avis de préinformation ou aux avis périodiques informatifs, lesquels ont été jusqu'à présent peu exploités.

Des modifications légères dans les modalités de publicité des avis de marché

Selon l'article 30, 8^o du Décret, les acheteurs qui souhaitent conclure un marché pour satisfaire un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable. Il est toutefois précisé que l'acheteur doit veiller à choisir une offre pertinente, faire une bonne utilisation des deniers publics et ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique. Mais le moyen pour y parvenir relève de la libre appréciation des acheteurs.

À partir de ce seuil de 25 000 euros HT, la passation des marchés est, en principe, soumise au respect des modalités de publicité, soit des procédures adaptées, soit des procédures formalisées, décrites pour l'ensemble des acheteurs aux articles 33, 34 et 35 du Décret⁽¹²⁾.

Les seuils des procédures formalisées ont récemment été relevés par l'effet des règlements de la Commission européenne du 15 décembre 2015⁽¹³⁾, et sont repris désormais dans l'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, publié au JO le même jour que le Décret.

S'agissant des pouvoirs adjudicateurs, le seuil est de 135 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services de l'État et de ses établissements publics, de 209 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales, des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées, et de 5 225 000 euros HT pour tous les marchés de travaux.

S'agissant des entités adjudicatrices, le seuil applicable aux marchés de fournitures et de services s'établit à 418 000 euros HT, et celui applicable aux marchés de travaux est de 5 225 000 euros HT.

C'est dans les modalités de publicité de certaines procédures que le Décret innove.

Des modalités de publicité retouchées dans les procédures adaptées

Les modalités de la procédure adaptée demeurent librement fixées par le pouvoir adjudicateur « en fonction de la

(7) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 70 et 72 ; article 62 II du Code des marchés publics abrogé ; article 32 du décret n° 2005-1742 précité, lesquels permettaient de ramener ce délai, en appel d'offres restreint, de 40 à 22 jours.

(8) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 70 et 74 ; articles 163 II et 166 II du Code des marchés publics abrogé ; articles 35 et 40 du décret n° 2005-1308 précité.

(9) Les articles 151 du Code des marchés publics abrogé et 17 du décret n° 2005-1308 précité prévoient déjà cette possibilité pour les entités adjudicatrices.

(10) À l'exception toutefois de certaines autorités publiques centrales listées dans l'avis du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique (NOR : EINM1608119V).

(11) L'article 37 1^o du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 a ajouté les termes « si possible ».

(12) Articles 40 et 40-1 du Code des marchés publics abrogé s'agissant des pouvoirs adjudicateurs, et articles 150, 151 et 151-1 du même Code s'agissant des entités adjudicatrices.

(13) Règlements (UE) n° 2015/2340, 2015/2341 et 2015/2342 de la Commission du 15 décembre 2015 modifiant les directives 2009/81/CE, 2004/17/CE et 2004/18/CE.

nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre, ainsi que des circonstances de l'achat »^[14].

L'article 34 du Décret distingue un premier groupe d'acheteurs composé de l'État, de ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements, d'un second groupe composé des « autres acheteurs », lesquels regroupent les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui étaient soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée.

S'agissant du premier groupe d'acheteurs cité, le seuil de 90 000 euros HT, qui est spécifique au droit français des marchés, demeure. Lorsque la valeur du besoin à satisfaire est inférieure à ce montant, l'acheteur choisit librement, comme auparavant, les modalités de la publicité, en fonction des caractéristiques du marché. Entre 90 000 euros HT et le seuil de procédure formalisée applicable, un avis de marché est publié, soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (« BOAMP »), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et, le cas échéant, dans un journal spécialisé ou, depuis le 1^{er} avril 2016, au JOUE.

La publication ou non de l'avis dans un journal spécialisé ou au JOUE s'apprécie désormais au regard de la nécessité de « garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public »^[15], formulation certes plus précise qu'auparavant mais qui demeure floue, en l'absence de définition de la notion d'opérateur raisonnablement vigilant. Si l'obligation de publier l'avis au JOUE dans l'hypothèse précitée alourdit certaines procédures, la suppression de l'obligation de publication sur le profil d'acheteur allège l'ensemble des procédures.

S'agissant des autres acheteurs, ceux-ci choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, quel que soit le montant du besoin à satisfaire.

Tous les acheteurs peuvent, de plus, publier l'avis sur un autre support que celui choisi à titre principal. Cette publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements de l'avis de marché, à condition qu'elle indique les références de cet autre avis.

Enfin, les « marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques »^[16], nouvelle catégorie comprenant une partie des anciens services dits « non prioritaires », peuvent être passés selon une procédure adaptée, quelle que soit la valeur estimée du besoin. Les obligations de publicité varient, toutefois, selon que le montant du marché dépasse ou non les seuils de 750 000 euros HT

pour les pouvoirs adjudicateurs, et de 1 000 000 euros HT pour les entités adjudicatrices, fixés spécifiquement pour ces marchés^[17]. Notamment, au-delà de ces seuils, l'acheteur publie un avis de marché, un avis de préinformation, un avis périodique indicatif ou un avis sur l'existence d'un système de qualification, et doit publier ledit avis au JOUE.

Des modalités de publicité retouchées dans les procédures formalisées

L'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements qui passent un marché public selon une procédure formalisée, dont les seuils ont été rappelés *supra*, doivent publier un avis de marché au BOAMP et dans le JOUE. À nouveau, la suppression de l'obligation de publication sur le profil d'acheteur allège les formalités pesant sur l'acheteur. Les autres acheteurs doivent uniquement publier un avis de marché au JOUE.

Pour tous les acheteurs, l'avis de marché est établi conformément à un modèle^[18] et, désormais, il est précisé qu'il peut faire l'objet d'une publication supplémentaire sur un autre support. L'acheteur pourrait donc, en particulier, publier l'avis sur le profil d'acheteur.

Enfin, l'article 36 du Décret dispose, que quelle que soit la procédure de passation utilisée, la publication d'un avis au JOUE se fait désormais par transmission de l'avis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne, lequel procède à la publication^[19]. Les publications au niveau national, qui doivent toujours avoir un contenu identique aux publications dans le JOUE, ne peuvent désormais être effectuées avant la publication au JOUE, alors qu'auparavant, il suffisait que la publication intervienne après le simple envoi de l'avis à cet office. Toutefois, elles peuvent être faites si l'acheteur n'a pas été avisé de la publication au JOUE dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par ledit office.

Ainsi, si parmi les modifications apportées par le Décret, quelques-unes assouplissent les modalités de publicité des avis de marché, et d'autres imposent des formalités supplémentaires, les dispositions relatives à la publicité préalable restent globalement inchangées. La vraie évolution réside dans le regroupement, au sein d'un unique texte, de toutes les dispositions relatives à la publicité préalable de l'ensemble des acheteurs, sans exception ou presque^[20].

[14] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 27 ; article 28 du Code des marchés publics abrogé.

[15] L'article 40 III 1° du Code des marchés publics évoquait la nécessité d'« assurer une publicité conforme aux principes énoncés à l'article 1^{er} » de ce code.

[16] Dont la liste figure dans l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques (NOR : EINM1608208V).

[17] Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, (NOR : EINM1608208V).

[18] Figurant aux annexes II et V du règlement d'exécution (UE) 2015/1986, précité.

[19] Il conviendra d'être vigilant sur le maintien de la « passerelle » qui permettait, jusqu'alors, de renseigner les deux avis de publicité – BOAMP et JOUE – en même temps.

[20] Voir notamment le décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.