

Publicité préalable et finale dans le cadre des marchés publics et des contrats de concession

L'analyse des décrets n° 2016-360 relatif aux marchés publics et n° 2016-86 relatif aux contrats de concessions s'agissant des formalités de publicité – publicité préalable et publicité finale – permet de constater que si ces nouvelles dispositions constituent une réforme de la commande publique, elles ne constituent pas une révolution.

Si le respect des formalités de publicité constitue le premier instrument pour assurer le respect de grands principes tels que la transparence dans l'attribution de contrats publics, la parfaite concurrence ou le respect des droits de recours par les tiers, force est d'admettre que cette question également une épreuve pour le praticien du droit de la commande publique, tant les règles sont strictes et les exceptions nombreuses.

L'heureuse nouvelle étant que sur ce point, comme sur de nombreux autres, ni les règles applicables aux marchés, ni celles applicables aux concessions n'ont été profondément modifiées par les réformes de 2015 et 2016.

Il convient d'en dresser un état des lieux.

Quelles formalités dans l'hypothèse de marchés publics ?

La notion d'avis d'appel public à la concurrence visée à la section 1 du chapitre II du titre II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (ci-après dénommé « décret marchés ») recouvre tout à la fois l'avis d'appel à concurrence, l'avis de préinformation des pouvoirs adjudicateurs et l'avis périodique indicatif des entités adjudicatrices. C'est plus particulièrement au premier de ces trois avis que le présent chapitre sera consacré.

Règles générales pour déterminer les formalités de publicité et de mise en concurrence

Pour définir les formalités de publicité applicables au lancement de la procédure préalable à un marché public, l'acheteur public devra répondre aux questions suivantes :

- *Quel est l'objet du marché public ?*
- *S'agit-il d'un marché public de travaux ?*

Le marché public de travaux est défini à l'article 5 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative

Auteur

Marion Terraux
Avocat à la Cour – Cabinet Seban et Associés

Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
Décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics
Ordonnance n° 2016-65 relative aux contrats de concession
Décret n° 2016-86 relatif aux contrats de concession

Mots clés

Concession • Formalités de publicité • Fin de la procédure
• Lancement de la procédure • Marchés publics

aux marchés publics (ci-après dénommé « Ordonnance marchés ») comme un marché ayant pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au JORF ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

- S'agit-il d'un marché public de fourniture ?

Le marché public de fournitures est défini par la disposition précitée comme un marché ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.

- S'agit-il d'un marché de service ?

Le marché public de service de droit commun est défini comme un marché ayant pour objet la réalisation de prestations de services.

- S'agit-il d'un marché ayant pour objet des services sociaux ou des services spécifiques ?

Les services sociaux et services spécifiques ont été définis dans l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques publié au Journal officiel le 27 mars 2016.

Il n'y pas réellement lieu à rechercher une logique dans cette liste de services spécifiques et, pour les marchés

publics, le travail du praticien est rendu complexe en raison de la diversité des services visés.

Ainsi, par exemple, constituent des services spécifiques pour les marchés publics : certains services sanitaires, sociaux et connexes, certains services de sécurité sociale obligatoire, les services religieux, certains services de prestations sociales et familiales, certaines services internationaux, certains services postaux ou encore... les services de rechapages de pneus ou de travaux de forge.

- Le besoin de quelle personne est-il satisfait par la procédure ?

S'agit-il de l'État, d'un de ses établissements autres qu'un établissement public industriel et commercial, d'une collectivité territoriale, de leurs établissements publics ou de leurs groupements ou d'un autre acheteur public ? Et agit-il en qualité de pouvoir adjudicateur ou en qualité d'entité adjudicatrice ?

- Quelle est la valeur estimée du besoin ?

Aux termes de l'article 20 du décret marché, la valeur estimée du besoin est calculée sur la base du montant hors taxes du ou des marchés publics envisagés, y compris les options et les reconductions.

À ce titre, il convient de rappeler que les seuils sont les suivants :

Fournitures et services	État et ses établissements publics	1 35 000 euros HT
	Collectivités et établissements publics de santé	209 000 euros HT
	Acheteur qui exerce une activité d'opérateur de réseaux (production, transport ou distribution d'électricité, gaz, eau etc.)	418 000 euros HT
Travaux	Tous acheteurs	5 225 000 euros HT
Services sociaux et autres services spécifiques	Pouvoirs adjudicateurs	750 000 euros HT
	Entités adjudicatrices	1 000 000 euros HT

Quelles formalités pour le lancement de la procédure en matière de marchés publics ?

Lorsque l'acheteur a répondu à ces questions, il doit faire application des règles visées aux articles 33 à 35 du décret, lesquelles sont synthétisées dans le tableau ci-après :

Publicité obligatoire pour le lancement de la procédure en matière de marchés publics					
			JOUE	BOAMP	JAL
Marché public de droit commun (hors service sociaux et services spécifiques)	État, ses établissements autres qu'EPIC, collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements	Valeur estimée du besoin inférieure à 90 000 euros	L'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché		
		Valeur estimée du besoin égale ou supérieure à 90 000 euros et inférieure aux seuils européens	Acheteur apprécie en fonction de la nature et du montant du marché	OUI (ou dans un journal d'annonces légales)	OUI (ou au BOAMP)
		Valeur estimée du besoin égale ou supérieure aux seuils européens	OUI	OUI	Pas obligatoire
	Autres acheteurs	Valeur estimée du besoin inférieure aux seuils européens	L'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché		
		Valeur estimée du besoin égale ou supérieure aux seuils européens	OUI	Pas obligatoire	Pas obligatoire
	Marchés public portant sur des services sociaux ou des services spécifiques	Tous acheteurs	Valeur estimée du besoin inférieure aux seuils européens applicables à ces marchés	L'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché	
Valeur estimée du besoin égale ou supérieure aux seuils européens applicables à ces marchés			OUI	Pas obligatoire	Pas obligatoire

Il conviendra d'être particulièrement vigilant lorsque l'avis de marché doit être publié au JOUE et dans une autre publication et de respecter les règles suivantes.

Tout d'abord, les publications au niveau national ne devront pas être effectuées avant la publication au JOUE, sauf si l'acheteur public n'a pas été avisé de la publication au JOUE dans les 48 heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne.

Par ailleurs, elles ne devront pas fournir plus de renseignements que ceux envoyées au JOUE.

Cette précision est sans importance lorsque l'acheteur décide de publier l'avis de marché au BOAMP en plus du JOUE. En effet, dans cette hypothèse, il suffira de renseigner l'information selon laquelle l'avis devra être également publié au JOUE pour que le site renvoie au bon formulaire et que l'avis soit adressé au JOUE pour publication.

En revanche, dans l'hypothèse d'une publication dans un journal d'annonces légales, il conviendra d'être particulièrement vigilant à publier d'abord l'avis au JOUE puis d'adresser strictement cet avis dans un journal d'annonces légales sans ajouter aucune information.

Enfin, l'acheteur public peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. Et cette publicité supplémentaire pourra ne pas comporter toutes les informations mentionnées dans l'avis de marché principal, à la condition, toutefois, qu'il indique les références à l'avis principal.

Quelles formalités pour la fin de la procédure en matière de marchés publics ?

La publication d'un avis d'attribution est la dernière formalité accomplie par un acheteur public dans le cadre des marchés publics.

Elle n'est obligatoire au titre du décret que pour les marchés suivants :

		JOUE	BOAMP
Valeur estimée du besoin inférieure aux seuils européens	Tous acheteurs	Pas d'obligation au titre du décret	
Valeur estimée du besoin égale ou supérieure aux seuils européens	État, ses établissements autres qu'EPIC, collectivités territoriales, leurs groupements	OUI	OUI
	Autres acheteurs	OUI	Pas d'obligation au titre du décret

Toutefois, même lorsque cette formalité n'est pas obligatoire, l'on ne saurait trop conseiller aux acheteurs publics d'y procéder pour tous les marchés publics. En effet, seule cette publication sera de nature à faire courir le délai de recours dont disposent tous les tiers pour contester le marché.

Plus précisément, en application de l'arrêt du Conseil d'État en date du 4 avril 2014⁽¹⁾, le recours en contestation de validité d'un contrat administratif peut être exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

Dans ces conditions, et afin de ne pas faire peser sur le contrat, durant toute la durée de son exécution, un risque de recours, il conviendra donc de publier un avis d'attribution de ce marché.

Quelles formalités dans l'hypothèse de concessions ?

Règles générales pour déterminer les formalités obligatoires de publicité et de mise en concurrence

S'agissant des concessions, l'acheteur public devra se poser les questions suivantes :

– *Quel est l'objet du marché public et, plus précisément, s'agit-il d'un contrat de droit commun ou d'un contrat portant sur des matières dérogatoires ?*

Constituent de tels contrats dérogatoires les contrats portant sur la production, le transport ou la distribution d'eau potable, l'évacuation et traitement d'eau usées, ou les projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage pour autant que le volume utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets, sur l'exploitation des services de transport de voyageurs relevant de l'article 5 paragraphe 3 du règlement européen (UE) n° 1370/2007

du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route ou sur un des services sociaux ou des autres services spécifiques.

Comme c'est le cas pour les marchés publics, les services sociaux et services spécifiques en matière de concession sont définis dans l'avis précité relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques publié au JO le 27 mars 2016.

Mais pour les concessions, le praticien n'aura pas trop de difficultés pour savoir si la concession constitue ou non un service spécifique. En effet, sont seules concernées les concessions portant sur les jeux (services de jeux et de paris, d'exploitation de casinos, de machines pour les paris mutuels, ou les services prestés par les bookmakers).

– *Quelle est la valeur estimée de la concession ?*

Aux termes de l'article 7 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, la valeur estimée du contrat de concession correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant toute la durée du contrat, eu égard à la nature des prestations qui font l'objet de la concession.

Et pour les contrats de concession, le seuil est unique et fixé actuellement à un montant de 5 225 000 euros HT.

Quelles formalités pour le lancement de la procédure en matière de concessions ?

Lorsque l'acheteur a répondu à ces questions, il doit faire application des règles visées aux articles 14 et 15 du décret Concessions, lesquelles sont synthétisées dans le tableau ci-après :

(1) CE 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

Publicité obligatoire pour le lancement de la procédure en matière de concessions				
		JOUE	BOAMP ou JAL	Publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné
Contrat de concession de droit commun	Valeur estimée hors taxes du contrat égale ou supérieure au seuil européen	OUI	OUI	OUI
	Valeur estimée hors taxes du contrat inférieure au seuil européen	L'autorité concédante apprécie si cette publication est nécessaire	OUI	L'autorité concédante apprécie si cette publication est nécessaire
Contrat portant sur la production, le transport ou la distribution d'eau potable, l'évacuation et traitement d'eau usées, ou les projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage pour autant que le volume utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets	Pas de distinction en fonction de la valeur estimée hors taxes du contrat	L'autorité concédante apprécie si cette publication est nécessaire	OUI	L'autorité concédante apprécie si cette publication est nécessaire
Contrat portant sur l'exploitation des services de transport de voyageurs relevant de l'article 5 § 3 du règlement européen n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route				
Contrat portant sur un des services sociaux ou des autres services spécifiques				

S'agissant de la publication en matière de concession, il convient de formuler les deux conseils suivants.

D'une part, il conviendra d'être particulièrement vigilant dans le choix de la publication spécialisée et de publier, dès que cela est possible, l'avis dans une publication particulièrement adaptée au secteur.

Ainsi, les juges du fond ont pu sanctionner une procédure au motif que la publication de l'avis d'appel public à concurrence au sein du *Moniteur du bâtiment et des travaux publics* était insuffisante s'agissant d'une délégation de service public relative aux services de réseaux câblés⁽²⁾.

(2) CAA Lyon 19 avril 2001, Commune de Sainte Foy les Lyon, req. n° 97LY00357.

Le Conseil d'État a, quant à lui, considéré que la publication d'un avis dans cette revue était suffisante⁽³⁾.

D'autre part, il conviendra également d'être particulièrement vigilant dans les délais de publication de cette revue spécialisée. En effet, ces revues sont parfois relativement confidentielles et la périodicité de la publication peut être longue, parfois bimestrielle.

(3) Voir en ce sens, CE 19 novembre 2004, Commune d'Auxerre, req. n° 2669875, pour une convention de délégation de service public relative au traitement des eaux usées ou, CE 8 juillet 2005, Société EGC, req. n° 277554, pour une délégation de service public relative à la gestion des marchés d'approvisionnement, dans cet arrêt le Conseil d'État prend soin de préciser qu'il n'existe pas de publication spécialisée correspondant au secteur.

Or, comme en matière de marchés publics, l'avis de concession doit être envoyé à la publication au JOUE avant d'être envoyé à la publication dans les revues nationales.

Si l'acheteur public ne l'a pas anticipé, un délai de plusieurs semaines risque de s'écouler entre la publication au JOUE et la publication dans une revue spécialisée. Cela n'aura pas directement d'impact sur la procédure, dès lors que les délais de remise des candidatures et des offres courent à compter de la publication au JOUE. Cependant, pour éviter de retirer tout effet utile à la publication spécialisée, il conviendra d'anticiper les délais de publication dans les revues spécialisées avant de décider de la date de lancement de la procédure.

Enfin, l'acheteur public peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. Et cette publicité supplémentaire pourra ne pas comporter toutes les informations mentionnées dans l'avis de concession principal, à la condition, toutefois, qu'il indique les références à l'avis principal.

Quelle publicité obligatoire pour l'attribution des concessions ?

Jusque-là, le droit applicable aux délégations de service public ne prévoyait pas explicitement la communication d'un courrier de notification aux candidats évincés et l'autorité délégante devait publier un avis d'intention de conclure pour faire courir les délais devant être respectés avant la signature d'une convention de délégation de service public.

Depuis la publication de l'ordonnance et du décret « concessions », comme en matière de marchés publics, l'acheteur public devra informer par courrier les candidats évincés du rejet de leur offre. C'est ce courrier de notification qui fera courir le délai de onze jours ou de seize jours préalables à la signature de la convention et il

n'y a plus lieu de publier un avis d'intention de conclure, puis un avis d'attribution.

L'article 32 du décret « Concession » n'impose la publication d'un avis d'attribution que pour les contrats de concession suivants :

- contrat de concession de droit commun dont la valeur estimée hors taxes est égale supérieure au seuil européen ;
- contrat de concession relatif à un des services sociaux ou des autres services spécifiques précités dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen ;
- contrat de concession de service conclu avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices visées au 1° de l'article 10 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant les règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau, lorsque la valeur hors taxes du contrat est égale ou supérieure au seuil européen et lorsque la législation sectorielle de l'Union européenne ne prévoit pas d'obligation de transparence.

Toutefois, comme cela a été souligné ci-avant s'agissant des marchés publics, tout contrat de concession fera utilement l'objet d'un avis de concession afin de fermer le délai de recours en contestation de validité du contrat et cet avis d'attribution mentionnera les modalités de la consultation du contrat.

Pour assurer la parfaite sécurité juridique de la convention, l'on ne saurait trop conseiller de procéder à la publication d'un tel avis d'attribution pour tous leurs contrats de concessions, et cet avis devra mentionner les modalités de la consultation du contrat de concession dans le respect des secrets protégés par la loi.