

De l'exigence de la publicité et de sa mise en œuvre en matière de marché public

La procédure adaptée de publicité et les principes de l'achat public

Voilà un intéressant arrêt qui amène à s'interroger sur la notion de procédure de publicité adaptée en matière de marché public.

Si l'exigence de publicité est au cœur du droit des marchés publics, la forme de sa mise en œuvre peut être laissée à l'appréciation discrétionnaire de la collectivité lorsqu'il s'agit notamment des marchés de faible montant dont le seuil est fixé par les articles 28 et 30 du code des marchés publics. Ces derniers articles autorisent en effet la personne publique à s'affranchir de l'exigence de publicité pour les marchés de travaux, de fournitures et de service d'un montant inférieur à 4.000 euros. Parallèlement, ce même article 28 retient le principe d'une procédure de publicité adaptée pour les marchés dont les montants oscillent entre 150.000 euros HT et 5.900.000 euros HT, selon les types de marchés (travaux, fourniture et services) et les personnes publiques concernées (l'Etat ou les collectivités locales).

Il ressort ainsi de l'arrêt rapporté que la Région Nord-Pas-de-Calais avait, le 7 janvier 2005, procédé à l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence au journal « La Voix du Nord » afin de sélectionner une entreprise pour un marché relatif à la programmation de l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens. Ce marché d'un montant de 35.000 euros HT devait être conclu en application des dispositions de l'article 28 du code des marchés publics. Outre son envoi au journal « La Voix du Nord », la Région Nord-Pas-de-Calais a

mis en ligne sur son site Internet le même avis, lequel sera repris de sa propre initiative, et indépendamment de la volonté de la Région, par le journal le « Moniteur du bâtiment et des Travaux Publics sur son site Internet.

Saisi d'un référé précontractuel, le juge du tribunal administratif de Lille a, par ordonnance en date du 25 février 2005, annulé la procédure de passation du marché au motif que la Région Nord Pas-de-Calais a modifié au cours de la procédure de passation du marché les règles de recevabilité des offres prévues dans l'avis d'appel à candidature, dans la mesure où elle a admis les candidatures adressées par télécopie alors que l'avis publié prévoyait l'envoi par courrier postale.

Cette ordonnance du 25 février 2005 a néanmoins été annulée par le Conseil d'Etat au motif tiré d'une dénaturation des pièces du dossier, dans la mesure où la candidature litigieuse adressée par télécopie a été confirmée par courrier postal parvenu avant la date limite de présentation des offres.

Outre la question de la question relative à la date de réception d'une candidature à un marché public, l'intérêt de cet arrêt se trouve dans la solution donnée par la Haute juridiction sur le sens à donner à la notion de « publicité adaptée ». Réglant l'affaire au fond, le Conseil d'Etat a ainsi annulé la procédure de passation du marché public pour un motif tiré, non retenu par le premier juge, du défaut de publicité suffisante de l'avis d'appel public à la concurrence car la « publicité adaptée » doit rester néanmoins efficace dans sa portée.

L'apport de cet arrêt au droit des marchés publics se situe donc à 3 niveaux d'analyse différents.

1°) En premier lieu, en annulant l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lille, le Conseil d'Etat semble ouvrir une brèche sur la possibilité de communiquer par

télécopie sa candidature puis de confirmer par voie postale alors même que la télécopie n'avait pas été autorisée et que celui-ci portait en soi le risque de rendre publique l'offre d'un candidat avant l'ouverture des plis.

2) En ce qui concerne ensuite l'obligation de publicité, celle-ci relève de l'acheteur public concerné (pouvoir adjudicateur). La multiplication de journaux ou de sites Internet spécialisés reprenant les avis ou appel d'offre publiés par certaines collectivités territoriales, ne peut avoir pour effet d'affranchir la personne de son obligation de publicité. Une telle publicité ne peut pallier les carences du pouvoir adjudicateur sur qui pèse l'obligation de publicité selon les règles applicables, peu importe qu'il s'agisse comme en l'espèce d'une procédure de publicité adaptée.

3°) S'agissant justement de la forme de la procédure de publicité adaptée, si le Conseil d'Etat a abordé le sujet dans son arrêt, il s'est néanmoins gardé de préciser les mesures concrètes à mettre en œuvre pour assurer une telle publicité de manière adéquate. Pourtant le code des marchés publics n'indique pas comment assurer une publicité selon la procédure adaptée, son article 28 se contentant d'indiquer que « Les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques. » La personne responsable du marché serait ainsi la seule à apprécier les modalités de publicité et de mise en concurrence en veillant bien entendu à sa corrélation avec l'objet et les caractéristiques du marché en cause.

En l'espèce, on ne saurait contester qu'un avis d'appel public à concurrence dans un journal local, « La Voie du Nord », et sur le site Internet de la Région, reprise dans « le Moniteur des Travaux Publics » bien connus des candidats aux marchés publics, a permis une publicité plus large que celle qu'aurait éventuellement mise en œuvre la Région dans le respect

exclusif des dispositions du code des marchés public.

Pourtant le Conseil d'Etat a jugé la régularité de la procédure à l'orée des seules publications faites par la Région sur son site Internet et dans la « Voix du Nord » pour considérer que cette publication était insuffisante. Ces publications ne ciblaient pas les candidats potentiels au marché : « compte tenu de l'objet du marché, ces mesures ne permettaient pas d'assurer une publicité suffisante auprès des programmistes ayant vocation à y répondre », dit l'arrêt.

Cette précision vient ainsi éclairer le considérant de l'arrêt rapporté selon lequel « si la personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure dite adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux » qui s'imposent à elle, « de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) par la définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Décidément l'article 28 du code des marchés publics ne donne pas un blanc seing au pouvoir adjudicataire dans le cadre d'un marché public. Oui à la liberté du pouvoir adjudicataire de choisir les modalités de publicité et de mise en concurrence... mais une liberté surveillée et soumise au respect des principes généraux de la commande publique.

– Me Christian NZALOUSSOU