

Qu'est-ce qu'une publicité adaptée ?

On entend par « publicité adaptée » la publicité d'un marché à procédure adaptée (MAPA) de moins de 90 000 €. Assez paradoxalement, la liberté de manœuvre, ou plutôt l'absence de formalisme en la matière, se révèle plus dangereuse, juridiquement parlant, que l'avis d'appel public à la concurrence d'une procédure formalisée ou d'un mapa supérieur à 90 000 €, dont tant les modalités d'envoi que les mentions obligatoires sont prévues par les textes. Nous aborderons tout d'abord les exigences en matière de supports de publication d'une publicité adaptée (I), puis les mentions minimum à prévoir dans celle-ci (II).

I. Le choix des supports de publication : une exigence d'efficacité

L'article 40-II du Code des marchés publics (CMP) dispose que : « Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 20 000 € HT et 90 000 € HT, ainsi que pour les achats de services relevant du I de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 20 000 € HT, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause ».

Cette formulation est interprétée comme une exigence dans le choix des supports visant à l'efficacité de la publicité tout en veillant à un coût de publicité en rapport avec le montant du marché. Ainsi, le guide des bonnes pratiques précise que « l'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire. L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si, dans les faits, les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de taille, d'être informés de l'intention d'acheter et, de la description précise du besoin, pour obtenir une diversité d'offres suffisante, pour garantir une réelle mise en concurrence ». Le tribunal administratif de Mamoudzou, dans le prolongement de la jurisprudence *Louvre 2*, par une décision du 2 mai 2006, a confirmé le caractère obligatoire de l'efficacité de la publicité d'un MAPA. Au niveau européen, la Commission par une communication interprétative a précisé sa position concernant les marchés inférieurs aux seuils communautaires et, à cette occasion, a indiqué que « selon la CJCE, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination impliquent une obligation de transparence qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ».

Cependant, comment l'acheteur peut-il s'assurer que sa publicité atteindra tous les acteurs potentiellement intéressés pour soumissionner à son offre ? Ni le code, ni le guide de bonnes pratiques, ni la jurisprudence ne donnent de réponse. Les acheteurs doivent donc se renseigner sur le secteur commercial visé par une consultation. En amont d'une procédure, le pouvoir adjudicateur pourra, à l'occasion d'un *sourcing* sur les fournisseurs potentiels, identifier le support de publication le plus adéquat. Par exemple, pour des achats vraiment modestes, la publication payante dans une revue ou un journal semble disproportionnée.

Dans l'esprit du Code des marchés publics et du mouvement de dématérialisation des procédures, le guide de bonnes pratiques invite à une publication sur le profil d'acheteur (site internet par lequel la collectivité procède à la dématérialisation de la consultation et à la réception des offres électroniques), mais sous certaines conditions : « les informations peuvent être diffusées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Ce moyen de publicité peut être un moyen unique suffisant, à la condition expresse que le profil d'acheteur

utilisé dispose d'une audience en rapport avec l'enjeu du marché. Il est recommandé aux acheteurs publics d'informer les candidats potentiels, par exemple au moyen de la publication d'un avis sur un support traditionnel, de leur intention de publier désormais leurs avis sur le profil d'acheteur. En revanche, pour des sites à audience plus réduite, il convient de ne considérer ce mode d'information que comme un moyen de publicité complémentaire, venant appuyer une publication par voie de presse ».

On peut considérer que ce raisonnement s'applique aussi au site internet de la collectivité. La Commission européenne, dans sa communication interprétative de 2006, indique que « la publicité sur le site de l'entité adjudicatrice est une formule souple et peu coûteuse. Ces avis publiés doivent être présentés de façon que les soumissionnaires potentiels puissent en prendre connaissance facilement. L'entité adjudicatrice peut également envisager de publier des informations sur de futures attributions de marchés non couverts par les directives "marchés publics" dans le cadre de son profil d'acheteur sur Internet ».

L'obligation d'efficacité de la publicité adaptée pour les marchés inférieurs à 90 000 € nécessite de se pencher, au-delà du choix des vecteurs d'information, sur le contenu minimum de cette publicité.

II. Les mentions minimum pour une publicité adaptée suffisante

L'arrêté du 28 août 2006 pris en application du Code des marchés publics fixe les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés à procédure adaptée supérieurs à 90 000 €, ce qui implique qu'il n'existe pas de formalisme obligatoire à respecter pour les avis d'appel public à la concurrence des MAPA inférieur à ce montant. Cependant, le pouvoir adjudicateur doit renseigner les mentions minimum qui lui permettront d'assurer une publicité suffisante en termes d'information des candidats.

La Commission européenne précise dans sa communication interprétative que « la publicité peut donc se limiter à une description succincte des éléments essentiels du marché à attribuer et de la procédure d'adjudication, accompagnée d'une invitation à prendre contact avec l'entité adjudicatrice. Le cas échéant, des informations supplémentaires peuvent être publiées sur Internet ou communiquées sur demande par l'entité adjudicatrice. La publicité et l'éventuelle documentation supplémentaire doivent contenir toutes les informations dont une entreprise d'un autre État membre aura raisonnablement besoin pour décider de manifester ou non son intérêt pour obtenir le marché ».

Selon Maître Palmier, « les rubriques les plus évidentes sont : la qualité du pouvoir adjudicateur, l'objet du marché, sa durée, la procédure, les conditions de délais, les conditions de participation et les critères d'attribution, sauf si ceux-ci sont mentionnés dans le règlement de la consultation » (Achatpublic.info, 21 novembre 2008). L'on doit rajouter à cette liste que doit être mentionnée sur la publicité la date d'envoi de celle-ci. Aussi, le guide de bonnes pratiques indique que « quel que soit le support de publicité choisi, des informations minimales doivent obligatoirement être portées à la connaissance des candidats potentiels. Ainsi, doivent toujours être mentionnés : l'identité et les coordonnées de l'acheteur, l'objet des prestations envisagées, les critères d'attribution du marché et, le cas échéant, leurs conditions de mise en œuvre (CE, Sect., 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi, n° 290236) ».

Ainsi, les mentions minimum correspondent à celles indiquées comme étant obligatoires dans le formulaire officiel du BOAMP mais pas seulement, puisque n'est pas considérée comme obligatoire, par le formulaire, l'indication des conditions de participation. Or, celles-ci le sont, le Conseil d'État ayant récemment précisé que : « lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, y compris lorsqu'il met en œuvre une procédure adaptée [...], d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché » (CE, 24 février 2010, Communauté de communes de l'enclave des Papes, n° 333569). Il n'est pas interdit, à la lecture même de l'arrêt, de faire renvoyer l'avis d'appel public à la concurrence, pour le détails des conditions de participation, au règlement de consultation.

Sources :

- CMP, art. 40
- Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics
- Arrêté du 28 août 2006 fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres
- CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 278732 , jurisprudence dite *Louvre 2*
- CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'enclave des Papes*, n° 333569
- Communication interprétative de la Commission européenne du 23 juin 2006