

# Panorama de la jurisprudence 2015-2016 en matière de violation des règles de publicité et de mise en concurrence

Au cours des années 2015 et 2016, les juridictions nationales et européennes ont rendu un certain nombre de décisions concernant le champ d'application des obligations de publicité des contrats publics ainsi que les violations de ces règles de publicité et leurs conséquences contentieuses.

Plusieurs décisions ont précisé le champ d'application du droit de la commande publique, des obligations de publicité et de mise en concurrence en découlant et des sanctions mises en œuvre. La jurisprudence récente est également revenue sur la question des modalités de passation des contrats et des éventuelles violations des règles de publicité et de mise en concurrence susceptibles d'être commises. Enfin, le juge national a précisé les conséquences de violations des règles de publicité sur l'introduction de certains contentieux.

## Champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence

### La jurisprudence européenne

Le juge communautaire est revenu sur l'activité de transport sanitaire d'urgence<sup>(1)</sup>, en recherchant si les règles du droit communautaire des marchés publics s'opposent à ce qu'une réglementation nationale puisse permettre d'attribuer une mission de cette nature, en l'absence de toute publicité, à une association de bénévoles.

La Cour a relevé que la limitation de la rémunération du titulaire au seul remboursement des frais engagés et le caractère non lucratif de l'entité ne suffisaient pas à écarter la qualification de marché public.

Elle a également indiqué qu'il convient de rechercher si la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 est ou non applicable<sup>(2)</sup>. Dans l'affirmative, toute forme d'attribution directe du contrat est en principe prohibée. Dans

### Auteur

**Xavier Bigas et Yacine Baïta**

Avocats à la Cour, SCP Lyon-Caen et Thiriez

### Mots clés

Information des candidats • Publicité appropriée • Attribution directe • Convention provisoire et urgence • Procédure adaptée et négociation • Avis d'attribution • Référé contractuel • Recours de pleine juridiction en contestation de la validité d'un contrat

(1) CJUE 28 janvier 2016, *Casta c./ ASL T04*, aff. C-50/14, voir M. Ubaud Bergeron, *Contrats et Marchés publics* n° 3, mars 2016, comm. 64.

(2) Étant entendu que les services de transports sanitaires d'urgence sont hors du champ de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, voir article 10.

la négative, la liberté n'est pas totale et le droit national doit respecter les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement découlant du Traité. Néanmoins, la Cour a indiqué que le recours à ces associations « est susceptible d'être motivé par les principes d'universalité et de solidarité ainsi que par des raisons d'efficacité économique et d'adéquation, en tant qu'il permet que ce service d'intérêt général soit assuré dans des conditions d'équilibre économique sur le plan budgétaire, par des organismes constitués essentiellement en vue de servir l'intérêt général ».

De plus, en cas d'attribution directe et compatible avec le droit de l'Union européenne, dès lors qu'aucune procédure de publicité et de mise en concurrence n'est requise, une comparaison des offres n'est en principe pas nécessaire, sous réserve de contribuer à l'objectif d'efficacité budgétaire. L'attribution directe du marché à des associations, sans publicité et mise en concurrence, est donc possible.

Néanmoins, le juge communautaire, rappelant sa jurisprudence antérieure, souligne que le cadre légal et conventionnel dans lequel se déploie l'activité desdites associations doit contribuer « effectivement à une finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire »<sup>[3]</sup>. Il rappelle enfin que, si ces associations peuvent exercer certaines activités commerciales, des limites doivent être fixées pour garantir qu'elles resteront marginales et destinées à soutenir la poursuite de l'activité bénévole.

Le juge communautaire s'est également prononcé à propos d'une réglementation italienne permettant une prorogation automatique et généralisée des concessions accordées sur le domaine maritime et lacustre, à leur date d'échéance, pour l'exploitation touristique des biens du domaine maritime et lacustre (en particulier les plages)<sup>[4]</sup>.

La Cour est tout d'abord revenue sur la question du champ d'application des directives communautaires<sup>[5]</sup> en rappelant que la directive « services » ne saurait s'appliquer à des concessions de services publics régies par la directive « concession ». Partant, elle est amenée à distinguer les « pures » concessions domaniales, qui peuvent être regardées comme des autorisations au sens de l'article 4 § 6 de la directive 2006/123/CE, des concessions de services. Selon la Cour, « une concession de services est caractérisée, notamment, par une situation dans laquelle un droit d'exploitation d'un service déterminé est transféré par un adjudicateur à un concessionnaire, ce dernier disposant, dans le cadre du contrat conclu, d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce droit et étant parallèlement,

largement exposé aux risques liés à cette exploitation »<sup>[6]</sup> alors que, en l'espèce « les concessions portent non pas sur une prestation de services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale. Il en découle que les concessions en cause au principal ne relèvent pas de la catégorie des concessions de services »<sup>[7]</sup>. C'est donc l'absence de prestation de service sollicitée par la personne publique qui est déterminante pour opérer la distinction.

La Cour rappelle ensuite que, dès lors que la directive « services » est applicable, l'octroi d'une autorisation (unilatérale ou contractuelle) d'occupation doit respecter son article 12.1 « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables » et être précédé d'une procédure de sélection telle que prévue audit article 12. Tel est le cas en l'espèce selon la Cour. La prorogation automatique des autorisations, sans la moindre procédure de sélection, est donc en principe irrégulière<sup>[8]</sup>.

Elle souligne également que si les États membres peuvent se retrancher derrière l'article 12 de la directive pour tenir compte de raisons impérieuses d'intérêt général, cela ne saurait justifier une prorogation automatique, dès lors qu'aucune procédure de sélection n'a été organisée pour l'octroi de l'autorisation initiale. Les principes de confiance légitime et de sécurité juridique, qui visent à permettre aux concessionnaires d'amortir leurs investissements, ne sauraient y faire échec.

La juge communautaire souligne enfin que, même lorsqu'une directive communautaire n'est pas applicable, l'octroi d'une concession domaniale relève de l'article 49 du Traité relatif à la liberté d'établissement. Ainsi, les règles fondamentales du Traité, en général, et le principe de non-discrimination, en particulier, doivent être respectés lors de l'octroi d'une concession. Si la concession présente un intérêt transfrontalier certain, la prorogation automatique en l'absence de toute transparence implique une différence de traitement, au détriment des entreprises ressortant des autres États membres, contraire à la liberté d'établissement<sup>[9]</sup>. Là encore, les principes de confiance légitime et de sécurité juridique ne sauraient en principe y faire échec.

La portée de cet arrêt paraît différente<sup>[10]</sup> de celle de la jurisprudence du Conseil d'État<sup>[11]</sup>. En tout état de cause, elle est importante quant aux règles de publicité et de mise en concurrence à respecter lors de l'octroi d'une simple concession d'occupation domaniale : l'absence

[3] CJCE 11 décembre 2014, Azienda sanitaria locale « Spezzino », aff. C-113/13.

[4] CJUE 14 juillet 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, voir P. Proot, *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 169, octobre 2016, p. 70.

[5] En l'occurrence les directives 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relatives aux services dans le marché intérieur et 2014/23/UE du 23 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

[6] § 46.

[7] § 47.

[8] § 57.

[9] § 64 et 65.

[10] R. Noguellou, « L'attribution des autorisations domaniales : feu l'arrêt Jean Bouin », *AJDA* 2016, p. 2176.

[11] CE Sect., 3 décembre 2010, Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, req. n° 338272, *BJCP* 2011, p. 36, concl. N. Escaut.

totale de sélection doit être sanctionnée au regard de l'article 12 précité. Il en va de même lorsqu'aucune directive communautaire n'est applicable, en cas d'intérêt transfrontalier.

## La jurisprudence administrative

Le juge administratif français est également revenu sur la qualification juridique de deux types de convention, susceptible d'être à l'origine d'obligations de publicité et mise en concurrence.

Il s'est tout d'abord prononcé sur les obligations de publicité et de mise en concurrence applicables à la passation d'un bail emphytéotique administratif (B.E.A.)<sup>[12]</sup>.

Dans cette affaire, une commune avait mis à la disposition d'un opérateur des parcelles relevant de son domaine privé, afin que ce dernier y développe des activités commerciales, dans le cadre d'un B.E.A. Une consultation avait été organisée, avec négociation, point litigieux devant le juge.

La Cour a tout d'abord estimé que le contrat devait être qualifié de B.E.A. au sens de l'article L. 1311-2 du CGCT. Elle s'est fondée sur le caractère d'intérêt général du projet, en ce qu'il contribue à étendre une zone d'activités, que sa réalisation a été déclarée d'utilité publique et va permettre de développer l'emploi, de sorte que le bail a été conclu en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général, relevant de la compétence de la commune.

Elle a également souligné que la commune, qui sera à terme propriétaire des constructions réalisées par le preneur, va retirer un intérêt économique direct du contrat. Elle relève en outre que la réalisation du projet est imposée par le bail, de sorte que ce dernier répond à un besoin exprimé par la commune. Elle en déduit l'applicabilité du droit de la commande publique.

Dès lors et en vertu des principes généraux applicables à la commande publique, un tel contrat doit faire l'objet d'une procédure de publicité<sup>[13]</sup>. L'absence d'onérosité et de qualification en marché public est inopérante.

La Cour estime enfin que, postérieurement à la publicité, la commune est en mesure de « négocier librement avec les personnes qu'elle choisit, sous réserve du respect des autres obligations qui s'imposent à elle en fonction du type de procédure applicable, et dans tous les cas, du principe d'égalité de traitement des concurrents ». Elle juge donc valide l'engagement de la négociation avec les deux seules entreprises encore en lice.

Le juge administratif s'est également prononcé sur les conventions d'aménagement et leur soumission au droit

de la commande publique ainsi qu'aux procédures de publicité et de mise en concurrence<sup>[14]</sup>.

La requérante prétendait qu'une communauté urbaine avait conclu une convention d'aménagement en méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence préalables pourtant obligatoires pour ce type de contrat.

La Cour va rechercher si la communauté urbaine a consenti à son cocontractant privé la maîtrise d'une opération publique d'équipement. Elle examine ainsi les conditions dans lesquelles ce dernier a commercialisé les emplacements.

Elle estime que la communauté urbaine avait pour objectif de favoriser la création d'une zone commerciale en adaptant le P.L.U., en renforçant les infrastructures ou en cédant des terrains et que son action n'a pas excédé l'exercice de ses compétences en matière d'urbanisme, de sorte qu'elle ne saurait être regardée comme ayant défini un programme de travaux publics dont elle aurait confié la réalisation à un tiers.

La Cour relève en outre que la conception et l'exécution de la zone d'activités relevaient du cocontractant privé. C'est en outre ce dernier, et non la communauté urbaine, qui a acquis les terrains, puis a procédé à leur aménagement et à leur commercialisation.

Il n'y a donc ni concession d'aménagement, ni marché de travaux publics, de sorte qu'aucune procédure de publicité et de mise en concurrence n'avait à être mise en œuvre.

## La jurisprudence judiciaire

La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur les conséquences de la violation des règles de publicité et de mise en concurrence en matière pénale, en précisant le champ d'application du délit de favoritisme<sup>[15]</sup>.

Cette affaire mettait en cause les conditions de passation de différents contrats de prestations de services (de nombreux marchés de services ayant été passés sans mise en concurrence préalable) par France Télévisions.

La Cour de cassation devait rechercher si ce délit trouvait à s'appliquer aux contrats régis par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et non aux seuls marchés régis par le Code des marchés publics alors applicable. Elle a répondu par l'affirmative.

Elle a relevé que cette ordonnance était applicable à France Télévisions et aux marchés à passer par cette dernière, la notion de marchés publics devant être entendue largement, et ce malgré le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. La Cour de cassation a d'ailleurs souligné que le Code des marchés publics en

[12] CAA Lyon 21 mai 2015, Société Broche et Fils et société de distribution alimentaire de la Vallée et Sté Bobsleigh et société Distribution Casino France, req. n° 14LY01566, voir G. Eckert, *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2015, comm. 183.

[13] CAA Marseille 25 février 2010, Commune de Rognes, *AJDA* 2010, p. 1200, concl. F. Dieu.

[14] CAA Nantes 23 octobre 2015, SARL Rue de Siam, n° 14NT03272 ; voir H. Hoepner, *Contrats et Marchés publics* n° 12, décembre 2015, comm. 295.

[15] Cass. crim. 17 février 2016, n° 15-85.363, voir C. Clavierie-Rousset, *Droit pénal* n° 4, avril 2016, comm. 57.

vigueur a été créé en 2006, soit après l'entrée en vigueur de l'article L. 432-14 du Code pénal dans sa rédaction applicable au litige.

Ainsi, le fait que la règle méconnue ne soit pas issue du Code des marchés public est sans incidence. La Cour de cassation a expressément invoqué les principes à valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ainsi que le droit de l'Union européenne. Dès lors, la violation des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 (en l'occurrence l'absence de procédure de publicité et de mise en concurrence) peut être sanctionnée par les dispositions de l'article 432-14 du Code pénal.

## Modalités de passation des contrats et violations des règles de publicité et de mise en concurrence

### Urgence et conclusion d'une convention de DSP

Si le juge administratif avait déjà pris en compte l'urgence en cas de prolongation des conventions de délégation de service public<sup>[16]</sup>, le Conseil d'État s'est très récemment prononcé sur la possibilité de se retrancher derrière l'urgence pour conclure une convention de délégation de service public provisoire<sup>[17]</sup>.

Une communauté d'agglomération avait passé en 2008 une convention de délégation de service public portant sur la gestion et l'exploitation d'une fourrière, reprise en 2011 par une société tierce, avec un terme fixé au 31 août 2015, prorogé jusqu'en 2016 pour motif d'intérêt général. Le contrôle de légalité avait estimé que la délibération correspondante encourait la critique, dès lors qu'elle prévoyait l'ajout de clauses suspensives litigieuses. La communauté d'agglomération avait alors retiré l'avenant et engagé une consultation afin de conclure une convention de gestion provisoire. Cette procédure de passation a été critiquée devant le juge des référés (par la voie précontractuelle puis contractuelle) et annulée, au motif que la communauté d'agglomération n'avait mis en œuvre aucune mesure de publicité, sans que l'urgence invoquée ne le justifie.

Le Conseil d'État indique tout d'abord sur le plan des principes qu'« en cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer

à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la collectivité entend poursuivre la délégation du service, ou, au cas contraire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance ».

Il est donc possible, pour la passation des conventions de délégation de service public, de s'exonérer des règles de publicité et de mise en concurrence en cas d'urgence. Mais cela doit être justifié par une cause indépendante de la volonté de l'autorité délégante et par l'impossibilité soudaine d'assurer la continuité du service public. Si ces conditions sont remplies, une convention de gestion transitoire peut être passée, pour une brève durée correspondant au délai nécessaire pour organiser une nouvelle procédure de passation, ou reprendre la gestion en régie ou en redéfinir la consistance.

En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que ces conditions n'étaient pas remplies. Il a relevé que le délégataire avait, après quelques péripéties, accepté la prolongation du contrat, également validé dans son principe par le contrôle de légalité, de sorte que la décision de retrait de l'avenant de prolongation devait être regardée comme une résiliation. Le service public de la fourrière aurait pu continuer à être exercé dans le cadre de la prolongation de la convention initiale, de sorte que l'urgence ne justifiait pas la conclusion d'une nouvelle convention sans procédure de publicité et de mise en concurrence.

### Limitation du nombre de candidats

Le Conseil d'État est venu apporter une précision utile sur la procédure à suivre lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre<sup>[18]</sup>.

La Haute juridiction a d'abord rappelé le principe issu de sa décision Communauté de communes de l'enclave des Papes<sup>[19]</sup> selon lequel « lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient 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, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats » et que cette information appropriée « suppose que le pouvoir adjudicateur indique les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures ».

[16] En matière de prolongation, voir CE 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, req. n° 209319, *RFDA* 2000 p. 1031, concl. C. Bergeal ; CE 8 juin 2005, Tomaselli et commune de Ramatuelle, req. n° 255987, *Rec. CET* p. 875.

[17] CE 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, req. n° 396191, voir G. Eckert, *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2016, comm. 161.

[18] CE 10 avril 2015, CCI territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud, req. n° 387128.

[19] CE 24 février 2010, req. n° 333569.

Ensuite, il confirme l'obligation de porter à la connaissance des candidats les niveaux de capacités que le pouvoir adjudicateur a, le cas échéant, entendu fixer.

Enfin, et c'est là la nouveauté, il juge que cette information appropriée des candidats n'implique pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures, « sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats ».

### Obligation d'informer les candidats en cas de recours à la négociation

Le Conseil d'État est revenu sur le recours à la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée<sup>[20]</sup>.

L'acheteur public avait organisé une procédure adaptée en vue de passer un marché public de services. Saisi d'un contentieux au fond<sup>[21]</sup>, le Conseil d'État indique que, si le pouvoir adjudicateur décide de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée<sup>[22]</sup>, il a l'obligation d'en informer les candidats, dès le lancement de la procédure.

En outre, l'acheteur public ne peut renoncer à négocier en cours de procédure. Une telle solution est logique : dès lors que la négociation est annoncée dans le règlement de la consultation, elle est attendue par les candidats et le pouvoir adjudicateur ne saurait décider d'y renoncer, sauf à modifier la règle du jeu.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut aussi se limiter à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier<sup>[23]</sup>. Dans cette hypothèse, il ne sera pas obligé, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats.

la Haute juridiction indique également que la décision de recourir à la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée ne peut être critiquée devant le juge. Mais si le pouvoir adjudicateur décide de ne négocier qu'avec certains des candidats qui ont présenté une offre, il appartient au juge, saisi d'un moyen sur ce point, de s'assurer qu'il n'a méconnu aucune des règles qui s'imposent. Le Conseil d'État rappelle enfin que le pouvoir adjudicateur peut retenir, en procédure adaptée, un critère d'appréciation des offres relatif à l'expérience des candidats et, partant, à ses références même si cela est en principe pris en compte au titre de la sélection des candidatures, étant entendu que cela doit être rendu objectivement

nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et ne pas méconnaître le principe d'égalité de traitement. Cette solution n'est pas novatrice<sup>[24]</sup>, une telle « confusion » n'étant prohibée que pour les procédures formalisées<sup>[25]</sup>.

## Violation des règles de publicité et conséquences contentieuses

### Violation des règles de publicité et recevabilité du référé contractuel

Le Conseil d'État est venu apporter des précisions utiles sur les conséquences de violations des règles de publicité sur la recevabilité du référé contractuel.

Par une décision de juin 2015<sup>[26]</sup>, la Haute juridiction a statué sur un pourvoi dirigé contre une ordonnance de référé contractuel qui, après avoir relevé que le contrat litigieux était une délégation de service public, l'avait annulé, au motif que le pouvoir adjudicateur n'avait pas procédé à toutes les publications requises en vue de sa passation.

Censurant cette ordonnance comme entachée d'erreur de droit, le Conseil d'État a fait une application littérale de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, en jugeant que « l'annulation d'un contrat n'est susceptible d'être prononcée par le juge du référé contractuel (...) que lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise ».

### Violation des règles de publicité et délais de recours

Les conséquences de la violation des règles de publicité applicables à l'achèvement des procédures sur le déclenchement du délais de recours de pleine juridiction en contestation de la validité d'un contrat ouvert aux tiers, dans l'hypothèse où une double publicité de l'avis d'attribution est requise, ont fait l'objet de précisions jurisprudentielles bienvenues mais contestables.

Rappelons que le délai de recours en contestation de la validité d'un contrat ouvert aux tiers est de deux mois. Il court 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

[20] CE, 18 septembre 2015, Société Axxess, req. n° 380821, voir P. Devillers, *Contrats et Marchés publics* n° 11, novembre 2015, comm. 260.

[21] CAA Paris 18 mars 2014, req. n° 12PA02599.

[22] En application de l'article 28 du Code des marchés publics alors applicable.

[23] Voir *contra*, *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* du 14 février 2012, article 12.1.1.

[24] CE, 6 mars 2009, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 314610 ; CE 2 août 2011, Société Parc Naturel Régional des Grands Causses, req. n° 348254.

[25] CE 13 mai 1987, Société Wanner Isofi Isolation, req. n° 39120, *Rec. CE* p. 171 ; CE 29 décembre 2006, Société Bertele SNC T, *Rec. CE* p. 948 ; CAA Bordeaux 13 novembre 2008, Société BTP Pouquet, req. n° 06BX02602.

[26] CE 26 juin 2015, Grand port maritime de la Martinique, req. n° 388867.

modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi »<sup>[27]</sup>.

La portée de la notion de « mesures de publicité appropriées » mérite des précisions. Doit-elle l'être dans son contenu seulement, ou aussi dans son ampleur ?

La question de son ampleur se pose en particulier lorsque l'avis d'attribution doit faire l'objet d'une double publication, au BOAMP et au JOUE.

Dans cette hypothèse se pose la question de savoir si la seule publicité de l'avis d'attribution dans l'un de ces organes seulement constitue une « mesure de publicité appropriée » permettant de faire courir le délai de recours contentieux.

La double publication de l'avis d'attribution du marché au BOAMP et au JOUE était requise par le Code des marchés publics en vertu des dispositions du III de son article 85 pour la passation d'un marché dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26. Elle l'est désormais par le 1<sup>o</sup> du I de l'article 104 du décret n<sup>o</sup> 2016-360 du 25 mars 2016, pour les marchés publics répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européen passés par l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

La Cour administrative d'appel de Marseille a récemment été amenée à se prononcer sur cette question<sup>[28]</sup>.

Statuant sur la fin de non-recevoir opposée en défense, tirée d'irrecevabilité de la demande de première instance comme tardive, la Cour, après avoir estimé qu'en vertu des articles 40 et 85, la double publication de l'avis d'attribution du marché public en litige au JOUE et au BOAMP était requise, l'a écartée en retenant que : « cet avis d'attribution a été publié au journal officiel de l'Union européenne le 21 août 2008 et au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 28 août 2008 ; que le délai de recours n'a ainsi commencé à courir qu'à compter de cette dernière date ; que, par suite, la demande de première instance, introduite le 28 octobre 2008, par la société AGL Services devant le tribunal administratif de Marseille n'était pas tardive ».

Il a ainsi été considéré que, dès lors que les textes imposent la publicité de l'avis d'attribution à la fois au BOAMP et au JOUE, cette formalité n'est accomplie de manière « appropriée » qu'au jour de la publication de la dernière mesure de publicité.

Cette appréciation est très largement contestable pour plusieurs séries de raisons.

[27] CE 16 juillet 2007, Tropic Travaux Signalisation, req. n<sup>o</sup> 291545 ; CE avis, 11 mai 2011, Sté Rébillon Schmit Prévot, req. n<sup>o</sup> 347002, *Rec. CE* ; CE 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n<sup>o</sup> 358994.

[28] CAA Marseille, 4 juillet 2016, Société AGL Services, req. n<sup>o</sup> 15MA04278, un pourvoi en cassation est pendant.

Tout d'abord, lorsque dans ses conclusions sur l'arrêt Tarn-et-Garonne<sup>[29]</sup>, le rapporteur public, M. Dacosta, évoquait la notion de « publicité suffisante », c'était seulement au regard du contenu de l'avis d'attribution : « Il appartient à la collectivité (...) d'organiser, au moins pour les contrats un peu sensibles ou financièrement importants, une publicité suffisante mentionnant l'existence du contrat et le lieu où il peut être consulté. Faute de publicité suffisante, il n'y a pas de délai de recours ».

Ensuite, la doctrine administrative semble privilégier la thèse inverse.

Dans son Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, la DAJ indique que, s'agissant des marchés et accords-cadres donnant lieu à une procédure formalisée, « la publication d'un tel avis d'attribution [au JOUE] permet également de faire courir le délai de deux mois du recours en contestation de validité du contrat à condition que l'avis mentionne à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation afin de pouvoir être regardée comme une "mesure de publicité appropriée", au sens de la décision Tropic<sup>[30]</sup> ».

De même, dans une fiche technique<sup>[31]</sup>, la DAJ mentionne que « pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la publication d'un avis d'attribution au JOUE, suffit pour déclencher ce délai ».

Enfin, la cour administrative d'appel de Lyon<sup>[32]</sup> semble avoir aussi retenu la thèse inverse, à propos de la publication de l'avis d'attribution d'une convention de délégation de service public dont le montant prévisionnel était supérieur aux seuils de procédure formalisée.

Dans cette espèce, il a été jugé que la seule publication de l'avis d'attribution au BOAMP constituait une mesure de publicité appropriée, alors même que l'avis d'appel public à la concurrence avait fait l'objet d'une double publication dans cet organe et au JOUE. La portée de cet arrêt semble néanmoins pouvoir être nuancée, dès lors qu'il s'agissait d'une délégation de service public dont le régime de la publicité applicable à l'achèvement de la procédure diffère de celui applicable aux marchés publics, et que la critique tirée de l'absence de double-publication de l'avis d'attribution n'apparaissait pas expressément soulevée.

Dans ce contexte, en l'absence de décision du Conseil d'État statuant sur ce point, l'incertitude demeure<sup>[33]</sup>.

[29] CE Ass., 4 avril 2014, req. n<sup>o</sup> 358994.

[30] *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*, édition du 26 septembre 2014, p. 85.

[31] Fiche « Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique », 8 septembre 2016.

[32] CAA Lyon 17 décembre 2015, Dalkia France, req. n<sup>o</sup> 15LY01472.

[33] Recours « Tropic 2 » : questions soulevées par les praticiens sur les « mesures de publicité appropriées », *Le Moniteur.fr*, 11 avril 2014.