

Prestations juridiques : le Conseil d'État à l'aide des acheteurs publics

Le défi posé, par les services de prestations juridiques, au juriste territorial est qu'il devrait être exemplaire dans le respect de la procédure de passation des marchés de cette nature alors que bien souvent il ne l'est pas, comme le montrent les nombreux contentieux et questions ministérielles traitant de cette question.

Le Conseil d'État¹ qui infirme en appel une ordonnance du juge des référés de Marseille² vient apporter des éléments attendus de stabilisation de ces procédures. Cette décision est importante pour le praticien : elle indique clairement « *que dans le cadre de la procédure adaptée, il est loisible au pouvoir adjudicateur d'examiner au cours d'une phase unique, la recevabilité des candidatures et la valeur des offres* ».

Candidatures et offres dans les MAPA : une simplification bienvenue

Marchés de prestations juridiques : des MAPA à haut risque

En application de l'article 30 du CMP, il est désormais entendu que les marchés de prestations juridiques, qu'il s'agisse de conseils ou de représentation en justice, relèvent, quel que soit leur montant, de la procédure adaptée de l'article 28 du CMP.

La portée de cette décision concerne potentiellement tous les marchés de prestations juridiques de nos collectivités, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait fait le choix de la procédure d'appel d'offres nonobstant la possibilité de procédure adaptée offerte par l'article 30 du CMP.

La décision de recourir à une procédure d'appel d'offres mérite d'ailleurs d'être réfléchie même si elle apparaît dans un premier temps uniquement motivée par une frilosité excessive face à la souplesse de la procédure adaptée.

En effet, depuis la décision du Conseil d'État dite région Nord-Pas-de-Calais, abondamment commentée³ qui renvoie l'acheteur public à sa responsabilité sur la bonne adaptation de la publicité aux spécificités du marché concerné, beaucoup de pouvoirs adjudicateurs ont fait le choix de la prudence pour des marchés de prestations intellectuelles d'un montant significatif qui pourraient néanmoins, par leur montant ou par nature, parfaitement faire l'objet de MAPA.

Cette prudence sera renforcée lorsque la collectivité aura face à elle des cabinets d'avocats qui n'hésiteront pas à relever les failles d'une procédure adaptée dont le seul impératif de respect des principes de la commande publique⁴ peut parfois mal s'accorder de divergences par rapport aux règles des procédures formalisées.

Une très récente jurisprudence citée par le rapporteur public dans la présente affaire, vient par exemple réaffirmer la nécessité dans un MAPA d'informer les candidats, dès le lancement de la procédure, des critères retenus⁵.

L'acheteur public doit en effet démontrer que bien que ne respectant pas le formalisme de l'appel d'offres, il n'en contrevient pas pour autant aux règles de la commande publique : cet exercice se révèle périlleux puisqu'il revient à convaincre le juge du caractère superfétatoire de la règle prescrite dans le cas d'un marché formalisé (sur ce point, on peut penser que le débat sur la pondération des critères pour un MAPA n'est pas clos malgré les termes de l'article 53-II du CMP qui ne rend obligatoire cette modalité que pour les marchés formalisés). On pourra noter que dans le cas présent, la commune d'Aix-en-Provence avait pondéré les critères de sélection, bien qu'il s'agisse d'un MAPA.

Pour un examen simultané des candidatures et des offres

La question résolue par cette décision du Conseil d'État est que la distinction entre examen des candidatures et choix des offres qui prévaut pour les marchés formalisés n'étant pas une règle générale de la commande publique au sens de l'article 1^{er} du CMP, n'a pas besoin d'être respectée en matière de MAPA.

Il convient de revenir sur les circonstances : dans la première enveloppe relative à l'examen des candidatures en application de l'article 45 du CMP, la commune avait demandé aux candidats d'apporter les renseignements de nature à démontrer qu'ils étaient effectivement avocats et qu'ils n'étaient pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner (articles 43 et 44 du CMP). Dans la seconde, il leur était demandé d'établir une note méthodologique et d'adopter « *des références de prestations similaires dans le domaine faisant l'objet du lot considéré* ».

Ces deux éléments permettaient de juger de la valeur technique, premier critère utilisé par la commune avec une pondération de 70 % par rapport au critère du prix. Ces précisions importantes apportées par le rapporteur public ne figurent pas dans l'ordonnance qui indique au contraire qu'il n'y a pas d'élément supplémentaire aux références pour juger de la valeur technique de l'offre alors que la

note méthodologique vient se combiner avec celles-ci.

Le Conseil d'État ne reprend pas non plus la voie « *entre-ouverte* » par le juge de première instance de requalification des critères de capacité en critères d'attribution.

D'une façon claire et attendue par les acheteurs publics qui recherchent désespérément les raisons objectives de recourir à un MAPA, tant les chausse-trappes sont nombreuses, le Conseil d'État tranche sur l'absence d'obligation de reproduire pour les MAPA les deux phases distinctes de sélection des candidatures et des offres.

Cette décision est d'autant plus importante qu'un doute était permis suite à la réaffirmation du principe de deux opérations distinctes régies par des règles différentes par le juge communautaire, il est vrai pour des marchés formalisés⁶.

Références nominatives : la fin d'un long débat

Comme le rappelle le rapporteur public, la possibilité de faire porter des références nominatives s'agissant de prestations d'avocats a fait couler beaucoup d'encre et suscité de nombreux contentieux.

La possibilité de bénéficier de références nominatives

C'est la décision réglementaire du Conseil national des barreaux (CNB) du 28 avril 2007 portant sur la possibilité « *dans les procédures d'appels d'offres... pour l'avocat de faire mention des références nominatives d'un ou plusieurs clients avec leur accord exprès et préalable* » qui a permis de faire coïncider le respect des règles déontologiques des avocats et l'information circonstanciée dont a besoin l'acheteur public. La décision du ●●●

Adapter la procédure de manière... adaptée !

« *Considérant que le marché en cause a pour objet la programmation de l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens, comprenant un bâtiment muséographique et des annexes, pour laquelle l'avis d'appel à la concurrence exigeait des candidats la présentation de références récentes en matière de conception et de programmation de grands musées ; que pour passer ce marché, d'un montant prévisionnel de 35 000 euros, selon la procédure adaptée prévue par l'article 28 du Code des marchés publics, la région Nord-Pas-de-Calais a choisi d'envoyer à la publication dans le journal régional La voix du Nord un avis d'appel public à la concurrence le 7 janvier 2005 et de diffuser cet avis par la voie de son site internet pendant quinze jours ; que, 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 de telle sorte que soient respectés les principes de libre accès à la commande et d'égalité de traitement des candidats ; que la circonstance, qu'indépendamment de la volonté de la Nord-Pas-de-Calais, l'avis d'appel public à la concurrence a été mis en ligne sur le site du journal Le Moniteur du bâtiment et des travaux publics, est sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles elle a procédé ».*

CE, 7 octobre 2005, région Nord Pas-de-Calais, n° 278732.



© gérard - Fotolia.com

à retenir

- Dans le cadre des marchés de prestations juridiques, les avocats, liés par le secret professionnel, ne pouvaient révéler le nom de leur client et donc fournir de références nominatives.
- Le Conseil d'État considère que si le client a préalablement donné son accord, il n'y a pas de violation du secret.
- Les marchés de prestations de services juridiques peuvent être passés selon la procédure des MAPA, et dans ce cadre l'examen des candidatures et des offres peut être simultané.

Pratique

Les textes disponibles sur www.territorial.fr : « *base de données* » puis « *textes juridiques* » :
 - CE, 6 mars 2009.
 - CE, 7 octobre 2005.
 - CE, 30 janvier 2009.

Consultation et correspondances : ne pas confondre

« Considérant qu'un document établi à la demande d'un des organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 par un prestataire extérieur dans le cadre de l'exercice par cet organisme de ses compétences administratives constitue un document administratif ; qu'ainsi le tribunal administratif de Rouen n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la consultation juridique rédigée par un cabinet d'avocat à la demande du maire de la commune d'Yvetot avait le caractère de document administratif ; Considérant qu'il résulte en revanche des dispositions précitées de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 dans leur rédaction issue de la loi du 7 avril 1997 que l'ensemble des correspondances échangées entre un avocat et son client et notamment les consultations juridiques rédigées par l'avocat à son intention sont couvertes par le secret professionnel ; que le secret de la relation entre l'avocat et son client fait obstacle à ce que le client soit tenu de divulguer ces correspondances ; que lorsque les documents dont la communication est sollicitée sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 font partie de la correspondance échangée entre un organisme mentionné à l'article 1^{er} de cette loi et son avocat ou consistent dans une consultation rédigée par cet avocat pour le compte de cet organisme, ce dernier peut légalement se fonder sur les dispositions de l'article 6 de cette loi pour en refuser la communication ; qu'ainsi en jugeant que le maire de la commune d'Yvetot ne pouvait se fonder sur ces dispositions pour refuser à M^{me} X les documents qu'elle sollicitait le tribunal administratif de Rouen a entaché son jugement d'une erreur de droit ; que dès lors la commune d'Yvetot est fondée à en demander pour ce motif l'annulation. »

CE, 27 mai 2005, commune d'Yvetot, n° 265494.

les textes

1. CE, 6 mars 2009, commune d'Aix-en-Provence, n° 314610.
2. TA Marseille, ordonnance du 12 mars 2008, ville d'Aix-en-Provence, n° 0801275.
3. CE, 7 octobre 2005, région Nord-Pas-de-Calais, n° 278732.
4. CE, avis, 29 juillet 2002, Sté MAJ Blanchisserie de Panlin.
5. CE, 30 janvier 2009, ANPE, n° 290236.
6. CJCE, 24 janvier 2008, affaire C-532/06, Emm. G. Lianakis.
7. TA Montpellier, 25 avril 2008, n° 0606432, Anton.
8. CE, 27 mai 2005, commune d'Yvetot, n° 265494.
9. CE, 27 mai 2005, département de l'Essonne, n° 268564.

●●● Conseil d'État prend acte du changement de cet état du droit qu'il considère conforme avec la règle du secret professionnel (loi du 31 décembre 1971). La question du secret professionnel de l'avocat dans ses relations avec ses clients est extrêmement délicate sur le fond, mais il était réellement préjudiciable à l'acheteur public de ne pas bénéficier de ces informations.

Soit les marchés de prestations juridiques de par leur spécificité liée au secret professionnel ne peuvent faire l'objet d'une mise en concurrence appropriée, soit ce sont des prestations intellectuelles comme les autres et le pouvoir adjudicateur doit avoir les informations nécessaires pour sa prise de décision.

Puisque ce débat a été tranché malgré les recours nombreux des avocats eux-mêmes sur les Codes des marchés publics successifs depuis 1999, il convenait que la profession tire les conclusions de cet échec d'un respect scrupuleux du secret professionnel.

C'est ce qu'elle semble avoir fait avec la décision du CNB : il s'agit certainement d'une victoire pour l'efficacité de l'achat public mais il n'en reste pas moins que des dérives potentielles sont envisageables portant sur la précision des références.

La conséquence immédiate de cette jurisprudence est l'obligation désormais de faire publier un avis d'attribution comme le prévoit l'article 85 du CMP, lorsque le montant du marché est supérieur à 206 000 euros puisque la dérogation de l'alinéa V (la divulgation contraire à la loi) ne peut désormais plus être appliquée.

La question ouverte du degré de précision des références

Il va être en effet tentant pour les collectivités rédigeant un marché de prestations juridiques de demander des détails sur les études réalisées et mentionnées au titre des références. Les juristes territoriaux savent très bien que derrière un intitulé général des questions juridiques très différentes peuvent être posées : est-il vraiment utile de savoir que tel cabinet d'avocat a réalisé une prestation pour une collectivité dénommée si l'objet indiqué est un terme générique tel qu'urbanisme ou contrat public, voire « pire » encore fonction publique territoriale. La collectivité concluant un tel marché va alors être tentée de contacter la collectivité référente pour connaître la teneur de l'intervention juridique ; or même si cette dernière aura dû donner son accord exprès et préalable sur le dévoilement de son nom, elle pourra très mal réagir devant une telle immixtion dont elle pourra accuser son avocat d'être à l'origine.

Il sera donc capital de bien préciser la teneur de la référence souhaitée en référence à l'arrêté du 28 août 2006 qui dresse la liste exhaustive des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats en application de l'article 45 du CMP.

Il serait raisonnable de solliciter en plus des principales spécialités juridiques dont les collectivités ont à connaître, les mots clés de référence de l'étude référencée, sans toutefois dévoiler la nature du litige, et demander également une information sur son ampleur (temps passé, nombre de pages rédigées). Les factures d'avocat sont des documents administratifs communicables par principe⁷.

L'avocat doit être autorisé par ses clients à faire état de ses références

La « déontologie » des juristes territoriaux pourrait être aussi de s'abstenir de contacter leurs homologues à moins que cette faculté ne figure dans la proposition de l'avocat. Il doit en effet être rappelé ici que le Conseil d'État a jugé que les consultations juridiques rédigées par un avocat pour une collectivité étaient des documents administratifs non communicables car couverts par le secret professionnel⁸ à moins qu'il s'agisse d'une demande de communication faite par un membre de l'assemblée délibérante de la collectivité dans le cadre du droit d'information des élus sur les affaires de la collectivité faisant l'objet d'une délibération⁹.

Il convient donc désormais pour les collectivités comme pour les avocats de faire un bon usage de cette jurisprudence qui par les deux aspects qu'elle traite, a le mérite de l'efficacité.

Restons pour autant toujours précautionneux sur l'interprétation du respect des règles générales de la commande publique en matière de MAPA et devenons plus pertinents dans le choix des avocats avec les informations qu'il nous est désormais possible d'obtenir en renforçant la transparence de nos procédures et la bonne application des seuils de mise en concurrence.

Patricia Bonamy

Conseil général 37
pbonamy@cg37.fr

pour aller + loin

Les marchés de services juridiques, un ouvrage de la collection Essentiel sur... des éditions Territorial. Sommaire, commande ou téléchargement sur <http://librairie.territorial.fr>, rubrique « Essentiel sur ».