

## FICHE 17

## Les marchés de services juridiques

Un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut conclure avec un professionnel du droit un marché pour l'exécution de prestations de conseils juridiques, ou pour l'assistance et la représentation en justice (procédure juridictionnelle ou amiable).

De tels marchés peuvent être conclus avec les différentes professions du droit (avocats, huissiers, notaires, conseils en propriété industrielle) dans le respect des compétences de chacun.

L'achat de prestations juridiques a longtemps été considéré comme incompatible avec les règles de passation des marchés publics compte tenu de la législation applicable à la profession d'avocat<sup>1</sup> et de leurs obligations déontologiques<sup>2</sup>.

Tel n'est plus le cas. Il est désormais clair que ces marchés de prestations intellectuelles sont soumis aux règles de la commande publique<sup>3</sup>. Leurs modalités de passation doivent, en outre, respecter les règles propres à chaque profession concernée, en matière de conseil juridique et de représentation en justice.

## I. Préparation de la procédure

### I.1. Définition du besoin et rédaction du cahier des charges

La personne publique doit, comme pour tout marché, déterminer la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, avant tout appel à la concurrence<sup>4</sup>. Le juge administratif sanctionne les erreurs manifestes du pouvoir adjudicateur dans l'appréciation et la définition du besoin<sup>5</sup>.

1. Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

2. Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat.

3. CE Ass., 9 avril 1999, Toubol-Fischer, n°196177 : aucun des principes régissant la profession d'avocat ne fait obstacle à ce que les marchés de représentation en justice soient précédés d'une procédure de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics. En revanche certaines dispositions du code ne sont compatibles avec ces principes que moyennant des dérogations ou des adaptations.

Voir également CE, 26 septembre 2012, *GIE « Groupement des poursuites extérieures »*, n°359389 : le contrat confiant à des huissiers de justice le recouvrement amiable de créances ou de condamnations pécuniaires, dans lequel le cocontractant est rémunéré non par l'Etat mais par le versement de frais de recouvrement mis à la charge du débiteur ou du condamné est un marché public de services.

CE Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n°238039 : à l'initiative de l'ordre des avocats de la Cour d'appel de Paris, le Conseil d'Etat a examiné les dispositions du code des marchés publics issues du décret n° 2011-210 du 7 mars 2001 et conclut que les spécificités de la profession d'avocat ne s'opposaient pas à l'application des règles de la commande publique.

CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP*, n°297711 : saisi à l'égard du décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 portant code des marchés publics, le Conseil d'Etat a confirmé que les principes relatifs notamment au respect du secret des relations entre l'avocat et son client et à l'indépendance de l'avocat, ne font pas obstacle « à ce que la conclusion d'un contrat entre un avocat et une collectivité publique pour la représentation en justice de celle-ci soit précédée d'une procédure de mise en concurrence préalable dès lors qu'elle est compatible avec ces principes ».

4. Article 5 du code des marchés publics.

5. CAA de Marseille, 29 octobre 2012, *Cabinet MPC avocats*, n°10MA02554.

Définir le besoin consiste, en principe, en une description quantitative et qualitative des prestations attendues, accompagnée d'une estimation chiffrée.

Cette étape préalable et déterminante est souvent délicate en matière de prestations juridiques. Les acheteurs doivent, en effet, envisager l'évolution de leurs besoins dans le temps, faire des hypothèses sur la complexité éventuelle des affaires et la diversité des champs couverts. Doivent être pris en compte le nombre d'heures de travail, le nombre de mémoires à produire, les visites d'expertises ou les réunions de travail nécessaires : autant d'éléments très difficilement évaluable avant le début de la prestation juridique<sup>6</sup>, notamment pour les petites collectivités qui n'ont que ponctuellement recours à un avocat.

L'examen des questions qui suivent pourrait aider le pouvoir adjudicateur dans ce travail :

– la nature des prestations : la personne publique a-t-elle besoin de prestations de veille juridique, de conseil juridique, de représentation en justice ou de simple information sur demandes ?

– le champ juridique à couvrir ou le périmètre d'intervention du prestataire (droit de l'urbanisme, droit social, droit fiscal, droit administratif, droit pénal, etc.) ; quels sont les domaines les plus fréquents de contentieux ou de besoin de conseil ?

– la technicité juridique : en fonction de telle ou telle matière du droit concernée, le pouvoir adjudicateur pourra exiger une compétence dominante plus ou moins importante. Une collectivité publique a rarement besoin d'un cabinet spécialisé en droit de l'arbitrage international. Une petite collectivité rurale n'a pas besoin d'un spécialiste du droit de l'urbanisme, mais pourrait rechercher des compétences en droit rural. Les besoins de spécialistes ne doivent pas être surestimés : le recours à un avocat publiciste généraliste suffit en général à la plupart des collectivités publiques, qui les renverra, si le besoin surgit, à un avocat spécialisé, par exemple pénaliste. Ils ne doivent pas davantage être sous-estimés : un même avocat ne peut être à la fois privatiste et publiciste. L'étude attentive des besoins en prestations juridiques des quatre ou cinq années passées permet de définir raisonnablement les besoins sur les années à venir ;

– les modalités souhaitées : consultations écrites ou téléphoniques ? participation à des réunions ? organisation du processus d'échange et de validation ?

– la durée et la fréquence du besoin pour chaque domaine identifié et donc la disponibilité nécessaire des prestataires (urgence, nombre de consultations, durée de la mission souhaitée). Le pouvoir adjudicateur a-t-il besoin d'une assistance permanente, d'un appui juridique selon une périodicité à définir, ou d'un accompagnement juridique pour la réalisation d'un projet précisément défini et identifié ?

– enfin, le montant estimé des prestations. Les dépenses des années précédentes, l'analyse des contentieux en cours, l'organisation de la collectivité (a-t-elle des services juridiques propres ? entend-elle les développer ou, au contraire, externaliser au maximum la fonction juridique ?) sont des éléments à prendre en considération.

Lors de la rédaction de l'avis d'appel public à la concurrence ou du cahier des charges, le pouvoir adjudicateur doit veiller à présenter de manière suffisamment précise les prestations attendues. Toutefois, le caractère suffisant des précisions est apprécié par le juge au regard du rôle d'auxiliaire de justice de l'avocat<sup>7</sup>. Ainsi, en tant que professionnel du droit, l'avocat doit être à même de comprendre les problématiques juridiques générales sans que le pouvoir adjudicateur n'ait à les détailler.

6. Voir en ce sens : Réponse ministérielle n°77004, JOAN 24 août 2010, p. 9338.

7. CAA de Marseille, 29 octobre 2012, n°10MA02554, précité.

En revanche, le pouvoir adjudicateur peut s'abstenir de communiquer une estimation du volume des prestations, en raison de la variabilité intrinsèque en matière de contentieux ou de dossiers juridiques dont il ne saurait maîtriser les facteurs de création et de développement<sup>8</sup>. Néanmoins, le pouvoir adjudicateur peut fournir, à titre indicatif, une estimation de ce volume au regard de l'expérience passée.

## 1.2. Forme du marché

Le code des marchés publics offre au pouvoir adjudicateur différents outils juridiques permettant de faire face aux difficultés de définition du besoin inhérentes aux marchés de prestations juridiques.

### 1.2.1. Allotissement ou marché unique

Le code des marchés publics<sup>9</sup> érige l'allotissement en principe, lorsque l'objet du marché permet l'identification de prestations distinctes. S'il peut être divisé en ensembles cohérents, le marché doit être passé en lots séparés, afin de susciter la plus large concurrence. Le nombre des lots, ainsi que leur consistance, doivent être définis en amont de la procédure, par le pouvoir adjudicateur qui dispose en ce domaine, d'un large pouvoir d'appréciation.

Par principe, les marchés de prestations juridiques doivent être allotés dès lors que des prestations distinctes peuvent être identifiées. Afin de déterminer l'existence de prestations distinctes, le juge administratif tient compte de la diversité des prestations et du volume de la commande<sup>10</sup>. A ainsi pu être jugé régulier le découpage en deux lots « droit civil » et « droit public » compte tenu de la quantité limitée des prestations objets du marché et du fait que ces lots étaient suffisamment homogènes même s'ils regroupaient chacun plusieurs branches du droit<sup>11</sup>. De même, un marché global a pu également être jugé régulier compte tenu du montant modique du marché et des caractéristiques des dossiers potentiels qui faisaient appel à la fois au droit privé et au droit public<sup>12</sup>. En revanche, un marché de prestations de conseil et de représentation juridiques, portant sur l'ensemble des matières de droit public ainsi que sur les matières relevant du droit civil, du droit pénal et de la procédure pénale, compte tenu de la diversité des prestations et du volume de la commande passée, devait être alloté<sup>13</sup>.

8. CAA de Marseille, 29 octobre 2012, n°10MA02554, précité.

9. Article 10 du code des marchés publics : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.

*Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination (...).*

10. CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, n°375051.

11. TA Marseille, 13 janvier 2009, *Me Benoît Caviglioni*, n°0808872.

12. TA Lyon, ord., 23 décembre 2008, *société Bruno Kern*, n°0808003 et TA Lyon, ord., 6 avril 2009, *SCP Bonnet-Lalanne-Thiry*, n°0901669.

13. CE, 11 avril 2014, n°375051, précité.

Chaque lot donnera lieu à la conclusion d'un marché public. Il pourra donc y avoir autant de titulaires que de lots, même s'il est possible d'attribuer plusieurs lots à un même prestataire.

La répartition des prestations entre les différents lots est à définir en fonction du besoin spécifique du pouvoir adjudicateur. Elle peut prendre plusieurs formes :

- en fonction des domaines du droit concerné : on peut concevoir un lot droit de l'urbanisme, un lot droit public général, un lot droit pénal, etc. ;
- en fonction de la nature des prestations : un lot pour les prestations de conseils juridiques, un lot pour la représentation en justice. Le Conseil d'Etat a accepté cette forme d'allotissement alors même que chaque lot regroupait des matières juridiques hétérogènes (droit public, droit pénal et droit privé)<sup>14</sup>. Un tel allotissement doit cependant être évité : il est particulièrement inopportun, en effet, de dissocier pour un même projet, la consultation juridique de la représentation en justice ;
- en fonction du barreau de rattachement lorsqu'il existe un monopole géographique. Les avocats exercent leur ministère et peuvent plaider sans limitation territoriale devant toutes les juridictions et organismes juridictionnels ou disciplinaires. En revanche, ils ne peuvent exercer leur activité de représentation (accomplissement des actes de la procédure) que devant le tribunal de grande instance (TGI) dont dépend leur barreau<sup>15</sup>. En conséquence, un allotissement géographique est acceptable pour les marchés de représentation en justice devant le TGI, sous réserve du respect de la règle de la postulation. Les marchés de représentation en justice devant la cour d'appel peuvent également être allotis géographiquement : seuls les avocats des barreaux des TGI du ressort de la cour d'appel peuvent exercer cette représentation en justice.

L'allotissement est destiné à favoriser la concurrence et l'accès à la commande publique. Le pouvoir adjudicateur doit cependant être conscient des risques d'une parcellisation excessive de l'allotissement :

- un découpage excessif des prestations aura un effet inverse à celui souhaité sur la concurrence : le montant des prestations par lot trop restrictivement défini peut se révéler trop faible pour intéresser des candidats. Le découpage des prestations doit être cohérent. Le tribunal administratif de Montreuil a ainsi admis l'absence d'allotissement d'un marché de prestations juridiques englobant des prestations de conseil et de représentation en justice dans différents domaines du droit, en raison du caractère modeste du volume de prestations et « *des difficultés techniques pour tracer des lignes claires entre les domaines du droit applicables aux collectivités territoriales* »<sup>16</sup> ;
- l'allotissement peut avoir pour effet d'accroître le nombre de titulaires d'un marché. Chaque avocat aura alors une approche parcellaire des affaires juridiques du pouvoir adjudicateur, nécessitant que le pouvoir adjudicateur dispose d'un service juridique capable d'opérer la coordination générale.

Le juge administratif a ainsi considéré que le pouvoir adjudicateur peut passer un marché global de prestations juridiques si « *la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou qu'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* »<sup>17</sup>. En revanche, lorsque le pouvoir adjudicateur dispose de la capacité à assurer une coordination des

14. CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n°333737.

15. Article 5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée par la loi n°2011-94 du 25 janvier 2011.

16. TA Montreuil, 30 mars 2010, *Mme C.*, n°0904772 et n°0901584.

17. TA Lyon, ord. du 6 avril 2009, *SCP Bonnet-Lalanne-Thiry*, n°0901669.

prestations (collectivité territoriale d'une taille importante, par exemple), l'allotissement du marché de services juridiques ne rend pas techniquement difficile son exécution<sup>18</sup>.

Le juge limite son contrôle sur la détermination du nombre et la composition des lots, à l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue alors qu'il exerce un contrôle normal sur les motifs d'un marché global<sup>19</sup>. Lorsque le pouvoir adjudicateur a, à tort, décidé de ne pas allouer le marché, le recours au marché global est susceptible de léser le candidat dont l'offre a été rejetée au motif, notamment, qu'il ne disposait pas d'une capacité de traitement des dossiers suffisante pour traiter l'ensemble des matières objet du marché<sup>20</sup>.

### 1.2.2. Les marchés « fractionnés »

Lorsqu'il passe un marché de prestations juridiques ou de représentation en justice, le pouvoir adjudicateur ne connaît pas la quantité, et parfois même la nature, des prestations à commander, ni le moment auquel il sera nécessaire de commander ces prestations. Le code des marchés publics offre plusieurs outils juridiques permettant de répondre à ces problèmes.

#### 1.2.2.1. Le marché à bons de commande

Cette forme de marché permet au pouvoir adjudicateur de choisir préalablement un ou plusieurs titulaires et de leur passer commande lors de la survenance du besoin. Le recours à ce type de marché est particulièrement adapté aux prestations répétitives. Dès que le besoin apparaît, le pouvoir adjudicateur émet un bon de commande dans les conditions fixées au marché.

Le marché à bons de commande peut être mono ou multi-attributaire. Si le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer le marché à plusieurs titulaires, il doit fixer précisément les conditions dans lesquelles les bons de commande seront confiés aux différents attributaires. Il pourra prévoir de respecter le classement des offres ou procéder par ordre alphabétique.

Le marché à bons de commande nécessite l'émission d'un bon de commande préalable avant tout début d'exécution des prestations. Afin d'être compatible avec la réactivité exigée des prestataires (référé, par exemple, ou mise en garde à vue, perquisition...), les modalités d'émission des bons de commande, qui sont à préciser dans le marché, devront être adaptées (par télécopie par exemple).

Surtout, la définition et les caractéristiques des prestations qui seront susceptibles d'être commandées doivent être déterminées à l'avance, lors de la rédaction du cahier des charges. Contrairement à l'accord-cadre, elles ne pourront être ajustées lors de la survenance du besoin.

Le recours au marché à bons de commande convient à des prestations répétitives, dont la nature et la difficulté ne sont pas susceptibles d'évoluer en cours d'exécution du marché. Un contentieux du personnel pourrait, par exemple, s'y prêter.

Le marché à bons de commande peut être passé avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum, ni maximum. Cette facilité est pratique mais ce choix aura un impact sur les prix proposés par les candidats. Ainsi, la fixation d'un minimum apporte une sécurité de

18. CE, 11 avril 2014, n°375051, précité.

19. CE, 21 mai 2010, n°333737, précité.

20. CE, 11 avril 2014, n°375051, précité.

commande aux soumissionnaires. Ne pas fixer un minimum peut conduire à un prix plus élevé en raison de l'incertitude du prestataire sur le volume réel des commandes.

### *1.2.2.2. L'accord-cadre*

L'accord-cadre permet de sélectionner un ou plusieurs titulaires qui se verront attribuer des marchés subséquents lors de la survenance du besoin. L'accord-cadre permet au pouvoir adjudicateur de ne préciser les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qu'au moment de la passation du marché subséquent. Les marchés subséquents ne pourront, cependant, apporter des modifications substantielles aux termes fixés par l'accord-cadre.

L'accord-cadre peut être mono ou multi-attributaire. S'il est passé avec un seul titulaire, celui-ci se verra confier directement le ou les marchés subséquents dont le cahier des charges précisera la nature et l'étendue du besoin à satisfaire. L'accord-cadre mono-attributaire peut aussi faire l'objet d'un allotissement.

Si l'accord-cadre est multi-attributaire, le ou les marchés subséquents sont passés après remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre<sup>21</sup>. Chaque cabinet d'avocat devra ainsi remettre une proposition de prix et éventuellement tout élément réclamé par le pouvoir adjudicateur (méthodologie, délai d'exécution ...), en fonction de l'affaire qui lui est soumise. Ce dispositif est assez lourd, puisqu'il impose une remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre, avant toute attribution d'un marché subséquent.

Le recours à l'accord-cadre peut s'avérer intéressant pour les pouvoirs adjudicateurs lorsque plusieurs dossiers concernant différents domaines du droit (contentieux des contrats administratifs, contentieux du personnel, contentieux de l'urbanisme, contentieux pénal ...) devront être confiés à des professionnels du droit. Le recours à l'accord-cadre n'exonère cependant pas le pouvoir adjudicateur du respect des règles relatives à l'allotissement.

Comme le marché à bons de commande, l'accord-cadre confère une exclusivité sur les prestations décrites dans le cahier des charges, à leurs titulaires. Le pouvoir adjudicateur ne peut s'adresser, pendant la durée d'exécution du marché ou de l'accord-cadre, à un autre prestataire que le ou les titulaires, sauf pour des besoins occasionnels de faible montant<sup>22</sup>.

### *1.2.2.3. Le marché à tranches conditionnelles*

Le découpage du marché en une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles est utile lorsque l'étendue du besoin à satisfaire est incertaine. Le fractionnement entre les tranches doit être effectué de telle manière que chaque tranche soit fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle puisse satisfaire le besoin exprimé de manière autonome, sans qu'il soit nécessaire que les tranches suivantes soient affirmées.

Le pouvoir adjudicateur peut ainsi solliciter une aide juridique pour la réalisation d'un projet, les prestations de conseils juridiques étant prévues en tranche ferme, et anticiper d'éventuels contentieux en inscrivant, en tranche conditionnelle, le suivi contentieux par le titulaire du marché.

21. Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres (article 76-III du code des marchés publics).

22. Article 76-VII du code des marchés publics pour les accords-cadres et article 77-III du code des marchés publics pour les marchés à bons de commande.

### I.3. Forme des prix

Le principe de la libre négociation des honoraires des avocats posé à l'article 10 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée, ne fait pas obstacle à la candidature des avocats aux consultations lancées par les pouvoirs adjudicateurs<sup>23</sup>.

Aux termes du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 17 du code des marchés publics, « *les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.* »

#### I.3.1. Prix unitaires

Le prix unitaire peut être déterminé à l'heure ou à la tâche.

Les prestations de services juridiques sont souvent facturées au taux horaires. L'utilisation de taux horaires rend la dépense peu contrôlable pour l'acheteur public. En effet, le candidat pourra être tenté de sous-évaluer ses taux horaires afin de remporter le marché, mais il devra ensuite multiplier le nombre d'heures facturées pour compenser l'insuffisance du taux horaire pour couvrir ses coûts fixes. Le pouvoir adjudicateur qui aurait choisi un avocat sur le seul critère du prix horaire le plus bas, pratique à proscrire, se trouvera alors sans maîtrise aucune sur les coûts de la prestation juridique.

Le recours à une facturation à la tâche, commune dans certains Etats européens est assez peu pratiqué en France et suppose une définition précise du contenu de cette tâche. Chaque tâche constituera la base du prix unitaire qui, multiplié par le nombre de prestations correspondantes, donnera le prix global du marché. Le marché peut prévoir des facturations par actes (par exemple la production d'une note juridique, la validation d'un acte, l'étude sur un point de droit, la recherche documentaire, la production d'un mémoire, la représentation à tel ou tel stade de l'instance, etc.).

Un marché à prix unitaires peut également prévoir des prix dégressifs. Tel peut être le cas pour des dossiers contentieux de « série », renvoyant à une situation identique et soulevant les mêmes arguments juridiques. La pièce financière annexée à l'acte d'engagement se présente alors comme une grille tarifaire, les honoraires étant calculés sur la base du nombre de dossiers traités sur une période déterminée. Par exemple : X euros pour chacun des dix premiers dossiers traités, Y à partir du onzième.

#### I.3.2. Prix forfaitaires

L'article 10 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, prévoit que « *des honoraires forfaitaires peuvent être convenus. L'avocat peut recevoir d'un client des honoraires de manière périodique, y compris sous forme forfaitaire* ».

A la différence des prix unitaires appliqués aux tâches ou au nombre d'heures réellement exécutées, le prix forfaitaire s'applique quel que soit le nombre de tâches exécutées. Les candidats doivent donc pouvoir évaluer *a priori* les prestations, afin de proposer une rémunération adaptée. Cela suppose une définition préalable précise des besoins du pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges, exercice difficile.

23. CE, 9 juillet 2007, *syndicat EGF/BTP*, n°297711

Le pouvoir adjudicateur peut, par exemple, demander aux candidats de présenter un prix forfaitaire pour le traitement de l'ensemble d'une procédure, depuis la prise en charge du dossier jusqu'à la fin de la procédure.

Le juge administratif a précisé que lorsque la fixation *a priori* d'un prix définitif est impossible, en raison de l'incertitude pesant sur la durée de la prestation, un marché de représentation en justice peut, à défaut de pouvoir être conclu à prix provisoires, prévoir des prix unitaires<sup>24</sup>.

### 1.3.3. Prix mixtes

Les marchés, et notamment les marchés à bons de commande peuvent comporter soit des prix forfaitaires, soit des prix unitaires, soit, à la fois, des prix forfaitaires et des prix unitaires.

Le recours à un marché à prix mixtes permet au pouvoir adjudicateur de concilier des prestations non programmables à prix unitaire, avec des prestations définies et prévisibles à prix forfaitaires.

Ainsi, un marché de prestations de conseils juridiques en droit de la fonction publique et droit social peut prévoir un prix forfaitaire pour les consultations écrites et téléphoniques et des prix unitaires pour des réunions ou des formations.

### 1.3.4. Honoraires aux résultats

Les honoraires calculés exclusivement en fonction du résultat, sont prohibés par les dispositions de l'article 10, alinéa 3 de la loi du 31 décembre 1971. En revanche, le marché peut prévoir, outre la rémunération des prestations effectuées, la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu. L'honoraire de résultat prend généralement la forme d'un pourcentage calculé sur les sommes encaissées ou payées par voie de compensation. Enfin, il n'est dû à l'avocat que lorsqu'il a été mis fin à l'instance par un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable, à la fin d'une négociation ou dans les conditions prévues dans le marché.

Le recours à des honoraires aux résultats est d'un maniement délicat pour des collectivités publiques. Il doit être réservé à des dossiers particuliers aux enjeux financiers élevés. Il exige une analyse des risques approfondie (le risque de perte du contentieux est-il élevé ? quel est l'enjeu financier de la réussite d'un montage contractuel ? quelle est la fourchette de négociation donnée par la collectivité à son avocat dans une négociation transactionnelle ?).

Le cahier des charges peut prévoir, pour des dossiers d'une importance particulière, le paiement d'un intéressement au résultat. L'instauration d'un plafonnement est recommandée.

## 1.4. Durée du marché

La durée du marché doit figurer dans le cahier des charges. Elle est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

En matière de prestations juridiques, le pouvoir adjudicateur doit trouver un équilibre. Un délai trop court ne permet pas d'instaurer la relation de confiance indispensable à ce type de prestation. Un délai trop long peut être une entrave pour le pouvoir adjudicateur

24. CE Ass., 5 mars 2003, Ordre des avocats de la cour d'appel de Paris, n°238039.



insatisfait de son prestataire sans pouvoir lui reprocher une faute contractuelle permettant de rompre le marché. La difficulté de définir le besoin pour ces marchés doit être prise en considération. On peut donc passer un premier marché sur un délai court (2 ou 3 ans) puis, passer un marché d'une durée plus longue (4 ou 5 ans) car le besoin est alors mieux connu.

L'article 16 du code des marchés publics autorise également le pouvoir adjudicateur à prévoir une ou plusieurs reconductions. Dans ce cas, la mise en concurrence devra prendre en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises.

La durée des marchés à bons de commande et des accords-cadres est encadrée pour respecter les règles de remise en concurrence périodique. Leur « *durée ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans* » (article 77 du code des marchés publics).

## 2. Mise en œuvre de la procédure

### 2.1. Les services juridiques relèvent de la catégorie des services de l'article 30 du code des marchés publics

Les marchés de services juridiques sont soumis aux dispositions des articles 28 et 30 du code des marchés publics<sup>25</sup>.

Ces articles prévoient que :

- les marchés de prestations juridiques peuvent être passés en procédure adaptée, quel que soit leur montant ;
- lorsque le montant estimé du besoin est inférieur au seuil de 15 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité, ni mise en concurrence préalable (article 28-III du code des marchés publics) ;
- lorsque leur montant est supérieur à 207 000 euros HT, ils doivent faire l'objet d'un avis d'attribution (voir point 2.1.2.2) et sont attribués, pour les collectivités territoriales, par la commission d'appel d'offres (article 30-II 3° du code des marchés publics) ;
- les dispositions du titre IV du code des marchés publics relatifs à l'exécution des marchés (avances, acomptes, etc.), ne leur sont pas applicables (article 30-II 5° du code des marchés publics) ; néanmoins, rien n'interdit de prévoir de telles avances et acomptes<sup>26</sup> ;
- les marchés de représentation en justice d'une collectivité territoriale ne sont pas soumis au contrôle de légalité (article 30-II 5° du code des marchés publics).

#### 2.1.1. La détermination du montant des prestations

Le pouvoir adjudicateur doit toujours procéder à une estimation sincère et raisonnable des prestations, afin de déterminer si le montant du marché est inférieur aux seuils de 15 000 ou 207 000 euros HT. Deux méthodes sont proposées par l'article 27 du code des marchés publics :

25. Réponse ministérielle n°56639, JOAN du 19 août 2014, p. 7027.

26. CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF/BTP et autres*, n°297711, 297870, 297892, 297919, 297937, 297955, 298086, 298087, 301171 et 301238, en ce qui concerne les articles 30, 146 et 148, troisième considérant.

– soit prendre en compte l'ensemble des services homogènes en raison de leurs caractéristiques propres. Le pouvoir adjudicateur compute les montants de l'ensemble des marchés de prestations juridiques qu'il aura à passer, quel que soit le projet sur lequel ils portent, en s'appuyant sur sa propre classification des achats. Ainsi, par exemple, une collectivité territoriale qui souhaite passer un marché de conseil juridique et un marché de représentation en justice dans le domaine du droit privé, un marché de conseil juridique et un marché de représentation en justice dans le domaine de la commande publique, devra additionner les montants estimés de ces marchés pour déterminer la procédure applicable à leur passation ;

– soit prendre en compte l'ensemble des services homogènes, parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. Le pouvoir adjudicateur peut rattacher le marché de prestations juridiques à un projet déterminé : dans cette hypothèse, le montant de tous les services concourant à la réalisation du projet envisagé permettra de déterminer la procédure applicable. Ainsi, une commune qui construit une école peut cumuler tous les montants estimés des marchés de prestations juridiques afférents pour apprécier le seuil de procédure et computer séparément les marchés de prestations juridiques relatifs à un autre projet tel que l'entretien et la réparation de la voirie communale.

Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire les marchés aux règles qui leur sont normalement applicables. L'acheteur ne doit donc jamais découper le montant de ses marchés, de façon à pouvoir bénéficier artificiellement de la dispense des obligations de publicité et de mise en concurrence.

## 2.1.2. La procédure adaptée avec publicité et mise en concurrence

### *2.1.2.1. Règles générales applicables aux marchés de prestations juridiques dont le montant est supérieur à 15 000 euros HT*

Le code des marchés publics laisse une grande liberté d'appréciation aux acheteurs pour déterminer les modalités de la mise en concurrence et le contenu de la publicité. Le seuil de publicité de 90 000 euros HT au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (BOAMP) n'est pas applicable aux marchés de services juridiques et aucun support de publicité n'est imposé.

En contrepartie de cette liberté, les acheteurs publics devront être à même de pouvoir justifier, à tout moment, les motifs de leurs choix et d'assurer, en toute transparence, la traçabilité de la procédure de choix adoptée. Mais ils peuvent réduire les contraintes procédurales lorsqu'elles ne sont pas nécessaires au respect des principes de la commande publique.

Les modalités de publicité doivent être appropriées aux caractéristiques du 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<sup>27</sup>.

La publicité choisie doit permettre aux candidats ayant vocation à répondre à la consultation, d'être informés de la procédure et de soumissionner. Une large publicité permettra d'obtenir une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

La publication d'un avis d'appel public à la concurrence au BOAMP peut suffire, compte tenu notamment du prix et de la durée du marché<sup>28</sup>. La publication de l'avis au *Journal*

27. CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n°278732 et CE, 22 janvier 2007, *Syndicat des transports d'Ile-de-France*, n°294290.

28. CE, 22 janvier 2007, *Syndicat des transports d'Ile-de-France*, n°294290.

*officiel de l'Union européenne* n'est pas nécessaire, sauf si l'achat relève d'un intérêt transfrontalier<sup>29</sup>.

La publicité ne signifie pas nécessairement publication. Ainsi, pour un marché de faible montant, une demande de devis à quelques cabinets juridiques susceptibles de fournir la prestation, sera suffisant.

Bien que l'article 30 du code des marchés publics ne l'impose pas, les informations relatives à la consultation peuvent être publiées sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Enfin, le pouvoir adjudicateur peut publier un avis de publicité dans la presse locale, la presse spécialisée, au BOAMP ou même au JOUE (cas d'une représentation devant une juridiction étrangère).

La fixation des délais de remise des plis est également laissée à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. Les délais choisis par le pouvoir adjudicateur doivent être adaptés au marché et fixés dans un souci d'efficacité de l'achat.

### *2.1.2.2. Obligations complémentaires pour les marchés de prestations juridiques dont le montant est supérieur à 207 000 euros HT*

Les marchés de prestations juridiques dont le montant est supérieur à 207 000 euros HT sont soumis, en outre, à trois exigences particulières :

- Les prestations doivent être définies par des spécifications techniques<sup>30</sup>. Le pouvoir adjudicateur devra préciser les caractéristiques requises du service, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats. Le pouvoir adjudicateur peut combiner ces deux catégories de spécifications techniques<sup>31</sup>.

Si le pouvoir adjudicateur formule ses spécifications techniques en termes d'exigences fonctionnelles, il devra, dans cette hypothèse, définir le résultat à atteindre (par exemple, dans le cadre d'un marché de conseil juridique : l'avis remis par le titulaire sur la régularité juridique des actes ou projets établis par le pouvoir adjudicateur devra être argumenté, exprimé en termes compréhensibles et conclusif afin de permettre au pouvoir adjudicateur de corriger les irrégularités relevées.)

Si le pouvoir adjudicateur formule ses spécifications techniques en termes de performance, il devra qualifier un niveau de résultat à atteindre.

Les spécifications techniques peuvent prendre la forme de références à des normes, telles que les normes de qualité, mais le pouvoir adjudicateur ne peut pas imposer une norme particulière. La référence à une norme ne doit pas, en effet, constituer un obstacle à la concurrence en favorisant certains candidats par rapport à d'autres. Elle doit être liée à l'objet du marché et s'accompagner de la mention « ou équivalent »<sup>32</sup>. Dès lors, le pouvoir adjudicateur devra accepter la présentation d'offres qui démontrent par tous moyens appropriés qu'elles satisfont de manière équivalente aux exigences posées<sup>33</sup>, ce qui suppose que le pouvoir adjudicateur maîtrise le contenu de la norme.

29. Voir la fiche technique « *L'intérêt transfrontalier certain* ».

30. Article 30-II 2° renvoyant à l'article 6 du code des marchés publics.

31. Article 6 du code des marchés publics.

32. Article 23 -3. a) de la directive 2004/18CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui dispose notamment que « *chaque référence est accompagnée de la mention « ou équivalent »* ».

33. CJUE, 22 septembre 1988, Commission c/ Irlande, aff. C-45/87, points 22 à 27.

Ainsi, la démarche de certification ISO 9001 a été entreprise par de nombreux cabinets d'avocats. Cette norme de management de la qualité ne concerne pas le cœur technique de l'activité du cabinet (conseils juridiques ou plaidoirie par exemples) mais son organisation, sa méthodologie et les engagements pris pour satisfaire aux besoins et attentes du client. La référence à cette norme ne saurait donc suffire à définir les caractéristiques de la prestation attendue et nécessiterait d'être combinée à des performances ou exigences fonctionnelles.

La formulation des spécifications techniques doit être toujours suffisamment précise pour que les soumissionnaires puissent y répondre, mais elle ne doit pas porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

- Les marchés passés par les collectivités territoriales doivent être attribués par la commission d'appel d'offres<sup>34</sup>. La composition de la commission d'appel d'offres doit respecter les dispositions de l'article 22 du code des marchés publics.
- L'avis d'attribution du marché doit être publié<sup>35</sup>.

Le pouvoir adjudicateur doit adresser cet avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne et au BOAMP pour publication dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du marché même si l'avis n'a pas été publié au BOAMP ou au JOUE.

La publication de l'avis d'attribution fait courir le délai de recours de 31 jours, durant lequel les candidats évincés peuvent exercer un référé contractuel. Il fait également courir le délai de recours pour excès de pouvoir à l'égard des tiers.

### 2.1.3. Cas dans lesquels les marchés de prestations juridiques peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalable

Le code des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché, sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans plusieurs hypothèses.

#### *2.1.3.1. Le montant estimé du marché à passer est inférieur au seuil de 15 000 euros HT*

Le pouvoir adjudicateur peut faire appel à l'avocat de son choix, de gré à gré, sans publicité ni mise en concurrence lorsque le montant estimé du marché est inférieur au seuil de 15 000 euros HT. Le code dispose néanmoins que l'acheteur devra veiller à choisir une offre répondant de manière pertinente à son besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire.

Cette disposition peut être utile si le pouvoir adjudicateur est confronté à un besoin juridique ponctuel n'entrant pas dans les compétences des prestataires titulaires de marché<sup>36</sup>, par exemple, lorsqu'il est nécessaire d'avoir recours à un avocat spécialisé en droit de la presse pour l'exercice d'un droit de réponse.

34. Article 30-II 3° du code des marchés publics.

35. Article 30-II 2° renvoyant à l'article 85 du code des marchés publics.

36. Si le montant estimé du marché se révèle supérieur à 15 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur pourra s'appuyer sur les dispositions du II de l'article 28 du code des marchés publics (voir point 2.1.3.3.).

### 2.1.3.2. Le pouvoir adjudicateur est dans une des situations décrites à l'article 35-II du code des marchés publics<sup>37</sup>

- L'urgence impérieuse peut résulter d'un délai de recours contentieux.

L'article 35-II, 1° permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables pour faire face à une urgence impérieuse.

Le Conseil d'Etat a admis que les marchés de prestations juridiques, passés selon une procédure adaptée, « peuvent en application des dispositions du dernier alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, être conclus, notamment en cas d'urgence impérieuse, sans publicité, ni mise en concurrence préalable » et que dès lors, la société requérante « n'est pas fondée à soutenir que la mise en concurrence imposée pour la passation des marchés de représentation en justice serait inconciliable avec les délais des recours contentieux »<sup>38</sup>.

La situation d'urgence impérieuse est constatée lorsque trois conditions sont cumulativement remplies : les circonstances doivent être imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur, elles ne doivent pas lui être imputables et enfin, les conditions de passation du marché doivent être incompatibles avec les délais exigés par les procédures passées après publicité et mise en concurrence.

L'urgence impérieuse est appréciée de façon stricte.

- Le marché complémentaire peut être utile.

L'article 35-II, 5° permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché complémentaire. Le marché doit concerner des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu, mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service tel qu'il est décrit dans le marché initial.

Il ne peut être envisagé que dans le cas où le changement de prestataire obligerait le pouvoir adjudicateur à être confronté à des difficultés disproportionnées par rapport à la réalisation des prestations du marché initial. Le marché complémentaire doit donc être attribué au titulaire du marché initial. Le code ajoute que le montant cumulé des marchés complémentaires de services ne peut dépasser 50% du montant du marché initial.

Les circonstances imprévues sont celles qui excèdent seulement les vicissitudes de la vie économique<sup>39</sup>. Il ne s'agit donc pas des circonstances imprévisibles visées à l'article 35-II, 1° du code des marchés publics.

Le pouvoir adjudicateur qui aurait conclu un marché d'assistance et de conseil juridique à la rédaction du cahier des charges et à la passation du marché, pourrait, par exemple, confier un marché complémentaire au titulaire ayant pour objet le suivi d'un contentieux sur ce marché.

- Le marché de prestations similaires

L'article 35-II, 6° du code des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur de passer un marché de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires. Le marché initial doit avoir été passé après mise en concurrence et avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure. Il doit donc avoir été prévu dans son principe et

37. Voir la fiche technique « Les marchés négociés de l'article 35 du code des marchés publics »

38. CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF/BTP et autres*, n°297711, 297870, 297892, 297919, 297937, 297955, 298086, 298087, 301171 et 301238, en ce qui concerne les moyens tirés de la violation des règles et principes applicables à la profession d'avocat, huitième considérant.

39. Réponse ministérielle n°87442, JOAN 23 novembre 2010, p. 12827.

son montant. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux services ou travaux. Le marché de prestations similaires ne peut être conclu que dans les trois ans à compter de la notification du marché initial. La durée du marché de prestations similaires ne doit pas excéder la durée du marché initial.

A la différence du marché complémentaire qui porte sur des prestations différentes de celles du marché principal, le marché de prestations similaires ne peut confier de nouvelles prestations au titulaire. Il s'agit de prestations réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial. Si le pouvoir adjudicateur souhaite ajuster le contenu des prestations, le recours à ce type de marché n'est pas possible.

Le pouvoir adjudicateur qui a conclu un marché de conseils et assistance juridique pour une durée de 2 ans, pourra éventuellement passer un marché de prestations similaires, par exemple s'il a été particulièrement satisfait des prestations fournies. Cette possibilité paraît tout particulièrement adaptée aux marchés de prestations juridiques.

Le marché de prestations similaires constitue un marché, distinct du marché principal. Il se distingue donc de la simple reconduction d'un marché prévue à l'article 16 du code des marchés publics.

*2.1.3.3. Les formalités de publicité et de mise en concurrence peuvent être rendues inutiles ou impossibles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur concerné*

Ces circonstances s'apprécient au cas par cas. Il peut s'agir, par exemple, d'une procédure de référé inattendue ou de se faire assister d'un avocat (garde à vue d'un agent public pour une affaire de service). L'urgence impérieuse n'ayant pas été reconnue dans cette situation, la simple urgence à laquelle doit faire face le pouvoir adjudicateur, ainsi que le montant raisonnable estimé du marché, pourra permettre la conclusion d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables.

## **2.2. La sélection des candidats à un marché de services juridiques**

### **2.2.1. L'accès des marchés de services juridiques est réservé à certaines professions**

Le principe de liberté d'accès à la commande publique doit être concilié avec la réglementation applicable à l'exercice du droit. Lorsqu'ils décident d'attribuer un marché de prestations juridiques, les acheteurs publics ont l'obligation de s'assurer que le candidat retenu est habilité par les dispositions légales et réglementaires, à exécuter les prestations du marché.

#### *2.2.1.1. Pour les marchés de conseils juridiques*

La loi du 31 décembre 1971 modifiée limite le nombre de personnes susceptibles de délivrer des consultations juridiques. La notion de consultation juridique n'est pas définie par la loi, mais se distingue de la simple information juridique à caractère documentaire. Si l'information juridique est libre, la consultation juridique est strictement encadrée par la loi (article 66-1). Elle suppose, non seulement, une communication juridique préexistant à

la demande, mais également des conseils personnalisés au vu des difficultés rencontrées par le client. La consultation juridique consiste donc en une réponse individualisée et adaptée à la problématique spécifique posée.

L'article 54 de la loi précise les conditions dans lesquelles une personne peut, à titre habituel et rémunéré, donner des consultations juridiques pour autrui :

- les personnes titulaires d'une licence en droit ;
- les personnes qui sont réputées avoir une compétence juridique appropriée à la consultation et qui sont listées aux articles 56, 57 et 58 de la loi. Il s'agit des avocats, notaires, huissiers de justice, les commissaires-priseurs judiciaires, administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs (article 56), des professeurs de droit (article 57), des juristes d'entreprise (article 58) ;
- les personnes exerçant une activité réglementée dans les limites autorisées par la réglementation qui leur est applicable et sous réserve que les consultations juridiques relèvent de leur activité principale et constituent l'accessoire direct de la prestation fournie (article 59) ;
- les personnes exerçant des activités non réglementées peuvent donner des consultations juridiques sous réserve d'avoir obtenu, par arrêté du Garde des Sceaux, un agrément pour la pratique du droit à titre accessoire de leur activité principale (article 60). Cet agrément précise, le cas échéant, les conditions de qualifications et d'expériences requises ;
- un arrêté donnant agrément pour la pratique du droit à titre accessoire est également nécessaire pour les organismes chargés d'une mission de service public (article 61), certaines associations (article 63), les syndicats et associations professionnelles (article 64) et divers organismes professionnels et interprofessionnels (article 65).

L'acheteur public doit vérifier que les candidats justifient d'une compétence appropriée pour donner des consultations juridiques dans le domaine du droit en cause, objet du marché. En effet, l'attribution d'un marché de services juridiques en méconnaissance de la loi du 31 décembre 1971 constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence prescrites par le code des marchés publics<sup>40</sup>.

Par exemple, une association qui ne disposerait pas d'un agrément pour donner des consultations juridiques dans le secteur d'activité objet du marché de conseils juridiques en cause, ne peut se le voir attribuer<sup>41</sup>. Seul un marché portant sur des prestations d'information juridique pourrait lui être attribué<sup>42</sup>. De même, si l'association dispose d'un agrément, encore faut-il que cette circonstance lui confère la possibilité de donner des consultations juridiques dans les domaines du droit concernés par le marché<sup>43</sup>. Ainsi, une association habilitée à la pratique du droit, à titre accessoire de son activité principale dans un secteur d'activité déterminé, ne peut être candidate à l'attribution d'un marché ayant pour objet des prestations de consultation juridique dans tous les domaines juridiques.

40. TA Paris, ord., 27 juillet 2007, *Palmier c/ Rayssac*, n° 710469 à propos d'un marché de conseil juridique pour des problématiques liées à l'application du code des marchés publics et de la réglementation spécifique aux travaux publics, attribué à un cabinet exerçant des activités de programmation et d'assistance à maîtrise d'ouvrage, disposant, en tant que membre d'un syndicat de programmistes en architecture et en aménagement (SYCAA), d'un agrément à la pratique du droit dans le domaine du marché, mais dont les deux employés affectés à l'exécution de la prestation ne figuraient pas, à titre personnel, dans le répertoire des adhérents à ce syndicat. Par conséquent, ils ne pouvaient être considérés comme justifiant d'une compétence appropriée pour donner des consultations juridiques.

41. TA Besançon, 28 février 2008, *Me Chanlair*, n°0600368 et CAA Nancy, 23 mars 2009, *Ville de Besançon Société SVF*, n°08NC00594.

42. CAA Versailles, 3 juillet 2014, *M. Gachi*, n°12VE02433.

43. TA Cergy Pontoise, 3 février 2011, *Gachi*, n°1100321.

Ces difficultés ne doivent cependant pas conduire l'acheteur public à réserver l'accès à son marché aux seuls avocats. En revanche, l'avis de publicité ou le règlement de la consultation peut utilement rappeler que le marché de conseil juridique ne pourra être attribué qu'à un professionnel autorisé à délivrer des consultations dans le domaine objet du marché.

### 2.2.1.2. Pour les marchés de représentation en justice

Il s'agit pour le titulaire de prendre en charge un dossier devant les juridictions, en vue de la représentation du pouvoir adjudicateur et de la défense de ses intérêts.

L'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée précise que « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit, sous réserve des dispositions régissant les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* »<sup>44</sup>.

Il en résulte que seuls des avocats pourront concourir aux marchés publics de représentation en justice. La candidature remise par un avocat peut prendre plusieurs formes : il peut se présenter individuellement dès lors que rien ne s'oppose à ce qu'une personne physique candidate à un marché public dans les mêmes conditions qu'une structure professionnelle<sup>45</sup>. Il peut également se présenter sous la forme notamment d'une société civile professionnelle (SCP) ou d'une société d'exercice libéral (SEL).

En ce qui concerne les contentieux portés devant le tribunal de grande instance, pour les procédures civiles à représentation obligatoire devant le TGI, seul un avocat inscrit au barreau dans le ressort de ce tribunal peut, dans le cadre d'une action en justice, accomplir devant ce dernier, les actes de la procédure. Il est toutefois possible, dans cette hypothèse, d'avoir pour un même dossier un avocat « postulant » (inscrit au barreau du ressort de la juridiction et chargé de représenter le client dans les actes de la procédure) et un avocat plaident (traitant le fond du dossier et pouvant être inscrit dans n'importe quel barreau de France).

Il appartiendra au pouvoir adjudicateur de préciser, dans les documents du marché que les cabinets d'avocat qui ne sont pas inscrits à un barreau du ressort du TGI compétent pour juger du litige en première instance devront désigner, éventuellement en cours d'exécution, un confrère « postulant » dans le ressort de ce tribunal. Il en va de même pour les marchés de représentation en justice devant la cour d'appel : un avocat « postulant », inscrit à un barreau de l'un des TGI du ressort de la cour d'appel, devra être désigné.

### 2.2.2. Les critères de sélection des candidatures

Les critères de sélection des candidatures sont les éléments établissant la capacité du candidat à répondre à la consultation, tels que le nombre d'avocats au sein du cabinet, les domaines d'activité, les références,....

Pour évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger que les renseignements ou documents dont la liste est fixée par l'arrêté du 28 août 2006<sup>46</sup>. Il doit également veiller, en matière de prestations juridiques, à ce que les renseignements demandés ne portent pas atteinte aux obligations déontologiques auxquelles les avocats sont soumis.

44. L'article 12 de la loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 a supprimé la profession d'avoué à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.

45. Article 1-8 de la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

46. Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.



Comme pour les autres marchés publics, lorsque les exigences en termes de documents comptables ou de références de nature à attester de leurs capacités ont pour effet de restreindre l'accès au marché à des sociétés ou cabinets de création récente, le pouvoir adjudicateur doit permettre aux candidats qui sont dans l'impossibilité objective de produire ces documents et renseignements, exigés par le règlement de la consultation, de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen<sup>47</sup>.

### 2.2.2.1. La production de références.

La production de références, souvent sollicitée, est source de difficultés pour les avocats tenus de respecter le secret professionnel.

L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 dans sa rédaction résultant de la loi du 11 février 2004, dispose que « *en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

Le principe du secret des relations entre l'avocat et son client, ne fait pas obstacle à la production de références professionnelles, dès lors que ces renseignements ne comportent pas de mention nominative, ni ne permettent d'identifier les clients de l'avocat<sup>48</sup>. Ainsi, un cabinet d'avocat pourra préciser qu'il a accompagné une grande collectivité territoriale dans la conclusion d'un contrat de partenariat de performance énergétique, ou qu'il a obtenu une mission de conseil juridique auprès d'un établissement public pour la passation et l'exécution de ses marchés publics, ou encore, qu'il a participé à l'élaboration d'un Plan Local d'Urbanisme (PLU) d'une collectivité de 50 000 habitants.

Le Conseil national des barreaux a modifié le règlement intérieur national de la profession d'avocat pour permettre aux avocats de faire mention des références nominatives de leurs clients dans les procédures d'attribution de marchés publics, sous réserve d'obtenir leur accord exprès et préalable<sup>49</sup>.

En conséquence,

- les avocats peuvent toujours remettre des références après avoir supprimé les mentions nominatives. Ils doivent prendre les précautions nécessaires afin que l'identification, directe ou indirecte, de leurs clients, ne soit pas possible<sup>50</sup> ;
- les avocats peuvent présenter des références nominatives, à condition d'avoir obtenu de leurs clients, leur accord préalable et exprès<sup>51</sup>. Cette obligation doit donc être rappelée dans les documents de la consultation ;

47. CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Benoît*, n°356455.

48. CE, 7 mars 2005, *Communauté urbaine de Lyon*, n°274286 : « *le principe du secret des relations entre l'avocat et son client ne fait pas obstacle à ce qu'un avocat, candidat à un marché de conseil juridique, présente des références professionnelles comportant l'occultation des éléments nominatifs ou confidentiels* », « *le secret régissant leurs relations avec leurs clients est respecté dès lors que les renseignements qu'ils apportent, ne comportent pas de mention nominative et ne permettent pas non plus d'identifier les personnes qui ont demandé les consultations au travers d'indications sur les circonstances dans lesquels les conseils ont été donnés* ».

49. Article 2-2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat modifié par la décision du Conseil national des barreaux du 17 juillet 2007.

50. CE, 9 août 2006, *Association des avocats conseils d'entreprise, cabinet Philippe Petit et associés*, n°286316.

51. CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix en Provence*, n°314610

– en aucun cas, le pouvoir adjudicateur ne peut imposer aux candidats la communication de références nominatives<sup>52</sup>.

Le pouvoir adjudicateur doit veiller à respecter le principe d'égalité de traitement des candidats, et à ne pas favoriser, par principe, celui qui fournit des références nominatives.

#### 2.2.2.2. *Les certificats de spécialisation*

Certains avocats peuvent être titulaires d'un certificat de spécialisation, délivré par le président du Conseil national des barreaux, après un examen professionnel et une vérification de leurs aptitudes<sup>53</sup>. Ce certificat constitue une reconnaissance de leur expérience dans un domaine du droit déterminé.

Le juge administratif a considéré qu'exiger exclusivement la possession de ce certificat comme moyen de démontrer la compétence d'un candidat à exécuter la prestation n'était pas justifié par les exigences propres au marché en cause<sup>54</sup>. Le certificat de spécialisation n'est, en effet, qu'un élément parmi d'autres permettant de justifier des capacités professionnelles d'un candidat. Il ne saurait constituer le seul document exigé et apprécié par l'acheteur public pour une telle démonstration.

#### 2.2.2.3. *Les enseignements et les écrits*

Dans le cadre des marchés de services juridiques, il peut être particulièrement intéressant de demander aux candidats de fournir une présentation des ouvrages et écrits réalisés dans les revues spécialisées. Ces publications ne peuvent suffire à démontrer l'aptitude du candidat à prodiguer des conseils juridiques, mais participent à l'évaluation de ses compétences<sup>55</sup>. De même, le fait que les avocats soient chargés d'enseignement ne peut pas avoir de caractère déterminant<sup>56</sup>.

Cette seule exigence est discriminatoire à l'encontre d'avocats pouvant disposer des compétences requises, mais ne se livrant pas à une activité d'enseignement, doctrinale ou de publication.

### 2.3. Les critères d'attribution du marché

#### 2.3.1. Critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Les critères de sélection des offres doivent permettre de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse. Le code des marchés publics autorise certes à utiliser le prix comme unique critère de choix (art. 53). Cette pratique est formellement déconseillée en matière de prestations juridiques. On veillera aussi à ne pas donner au critère prix une pondération excessive. Le choix de critères pertinents et nécessaires à la désignation d'un prestataire, appartient au pouvoir adjudicateur mais doit être en rapport avec l'objet du marché. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution du marché, est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution, dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation.

52. CE, 9 août 2006, n°286316, précité.

53. Article 92-3 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat.

54. CAA de Douai, 5 juin 2012, *Cabinet MPC avocats*, n°11DA00464.

55. CE, 7 mars 2005, n°274286, précité.

56. Réponse ministérielle n°01616, JO Sénat du 8 mai 2014, p. 1084.

La pondération n'est obligatoire que pour les marchés passés selon une procédure formalisée. Elle ne l'est donc pas pour les marchés de prestations juridiques passés en procédure adaptée. Si le pouvoir adjudicateur souhaite néanmoins pondérer ses critères d'attribution, ces choix ne seront pas neutres : la forte valorisation du critère de la valeur technique devrait aboutir à un choix plus particulièrement fondé sur la qualité du service rendu<sup>57</sup>.

Plusieurs critères de sélection peuvent être envisagés par le pouvoir adjudicateur.

### 2.3.1.1. Le critère du prix des prestations

Lorsque le tarif n'est pas règlementé, les éléments de coûts présentés par les candidats sont nécessairement à étudier par l'acheteur public.

L'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 dispose que « *les honoraires de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie sont fixés en accord avec le client* ». L'article 10 du décret du 12 juillet 2005 précise les : « *A défaut de convention entre l'avocat et son client, les honoraires sont fixés selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de la notoriété et des diligences de celui-ci* ».

Les honoraires de l'avocat sont donc fonction de la difficulté de l'affaire et du temps qui y est consacré, des travaux de recherche, de l'importance des intérêts en cause, des frais exposés par l'avocat dans l'exécution du marché, de ses diligences, de l'incidence des frais et charges du cabinet auquel il appartient, de sa notoriété, de ses titres, de son ancienneté et de son expérience. Seule une définition précise, détaillée et claire du besoin de l'acheteur public permettra aux soumissionnaires de remettre une offre de prix adaptée et cohérente.

Les acheteurs doivent s'informer sur les taux horaires habituellement pratiqués par les avocats dans le domaine concerné. Ils peuvent se référer à leur propre expérience (anciens marchés) ou interroger d'autres pouvoirs adjudicateurs.

La consultation des sites internet des cabinets d'avocats peut également apporter des informations utiles. Certains d'entre eux mentionnent en effet, les taux horaires pratiqués. Enfin, ils peuvent s'informer des décisions de taxation d'honoraires rendues par le bâtonnier et les cours d'appels sur les sites des barreaux.

L'attention des acheteurs est attirée sur le risque que peut lui faire courir la pratique de prix « cassés ».

Le dispositif relatif à l'identification et au traitement des offres anormalement basses prévu à l'article 55 du code des marchés publics<sup>58</sup>, s'applique aux marchés de prestations juridiques. Le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il constate des écarts de prix importants entre les offres ou avec son estimation, doit demander à l'auteur de l'offre des explications. Ce n'est qu'à l'issue de cette procédure contradictoire, que le pouvoir adjudicateur décide de l'admission ou du rejet de l'offre en cause.

Le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a ainsi comparé le forfait proposé par le candidat pour des consultations juridiques, avec le taux

57. Le juge a par exemple validé les critères pondérés ainsi que la méthode de notation d'un pouvoir adjudicateur dont les documents de la consultation prévoyaient : « *l'attribution du marché à l'offre la plus avantageuse appréciés selon les critères du prix pour 40 %, de la qualité de l'offre pour 40% et de la réactivité pour 20 % ; que le règlement de la consultation prévoyait pour le prix, la réalisation d'une moyenne des taux horaires proposés par les candidats et une notation sur la base de cette moyenne, en fonction de l'écart constaté entre l'offre et la moyenne des prix proposés avec une note de 10 pour un prix correspondant à la moyenne puis 0,5 point en plus ou en moins par tranche de 10% en plus ou en moins au regard du prix moyen* » (TA Lyon, ord. du 6 avril 2009, SCP Bonnet-Lalanne-Thiry, n°0901669).

58. Voir la fiche technique relative à « L'offre anormalement basse ».

horaire usuellement pratiqué par les cabinets d'avocats du secteur d'activité et le taux horaire affiché sur son site internet. Il en a déduit que l'estimation du temps susceptible d'être passé par le candidat obligeait la commune à s'interroger sur le caractère anormalement bas de l'offre<sup>59</sup>. Le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a pu, quant à lui, considérer que la nature et le mode de rendu des services, la structure du groupement attributaire du marché et sa stratégie relationnelle à l'égard d'un client institutionnel, pouvaient justifier que le prix présenté ne correspondait pas au taux moyennement pratiqué par les cabinets d'avocats du même secteur d'activité, ni au taux horaire affiché par le groupement sur son site internet<sup>60</sup>. De même, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bordeaux a considéré que les prix proposés, malgré leur différence avec ceux présentés sur le site internet du cabinet et avec ceux habituellement pratiqués par les cabinets du secteur d'activité, n'étaient pas anormalement bas dès lors qu'ils étaient comparables à ceux pratiqués par le même cabinet dans le cadre d'un marché antérieur, ce qui a pu permettre au pouvoir adjudicateur de juger de la « viabilité économique de l'offre » et de la « qualité du travail fourni »<sup>61</sup>.

### 2.3.1.2. Le critère de la valeur technique de l'offre

Ce critère permet de juger des éléments produits par le candidat à l'appui de son offre, généralement sous la forme d'un mémoire ou d'une note. Cela suppose donc que le pouvoir adjudicateur précise dans les documents de la consultation, les éléments à produire par le candidat pour juger de la valeur technique de l'offre.

Ces éléments peuvent être :

- la description des méthodes de travail proposées par le candidat pour répondre spécifiquement au besoin (modalités de prise en charge d'un dossier, traitement d'une demande en urgence, format des notes remises avec synthèse du problème juridique) ;
- la composition de l'équipe dédiée à l'exécution des prestations avec production de curriculum vitae (avocats, juristes, documentalistes, secrétariat) ;
- les moyens matériels qui seront utilisés pour répondre aux demandes du pouvoir adjudicateur (courriels, ligne téléphoniques, salle de réunion, etc.).

L'article 49 du code des marchés publics autorise également le pouvoir adjudicateur à demander aux candidats, d'accompagner leur offre d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché. *A priori* cette demande ne paraît pas adaptée aux marchés de prestations juridiques. Néanmoins, le juge administratif a récemment considéré que cette exigence pouvait être posée au regard de l'objet du marché (achat de grande valeur). En l'espèce, le règlement de la consultation imposait la présentation d'un avis circonstancié sur le montage juridique envisagé par l'acheteur public, ceci afin d'apprécier la compétence des cabinets d'avocats<sup>62</sup>. Cette pratique est, cependant, déconseillée car susceptible de favoriser des pratiques déloyales.

En tous cas, cette demande implique souvent un investissement significatif pour les candidats, et doit par conséquent, donner lieu au versement d'une prime<sup>63</sup>.

59. TA Cergy-Pontoise, ord., 18 février 2011, *SCP Claisse et associés*, n°1100716 : annulation de la décision d'attribution et de signature d'un marché de « soutien et d'assistance juridique », au motif que le pouvoir adjudicateur n'avait pas déclenché la procédure prévue à l'article 55 du code des marchés publics.

60. TA Toulon, ord. 12 juillet 2012, *Société LLC et Associés*, n°1001613.

61. TA Bordeaux, ord. 7 novembre 2013, *SCP CGCB*, n°1303636.

62. CAA Versailles, 2 février 2012, *Cabinet Bruno Kern avocats Selas*, n°09VE01405.

63. « Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime. » (cf. article 49 du code des marchés publics).

### 2.3.1.3. Le critère du délai d'exécution des prestations

Les candidats peuvent être évalués sur les délais proposés pour répondre à une consultation classique ou en urgence. Ainsi, par exemple, le Conseil d'Etat a validé la méthode d'évaluation des offres fixée par le pouvoir adjudicateur au titre du critère relatif au délai d'exécution des prestations<sup>64</sup> : la commune a choisi d'établir « la moyenne arithmétique de deux notes, relatives aux consultations classiques et à celles demandées en urgence, chacune de ces deux notes étant déterminée au moyen d'une grille de correspondance entre les délais d'exécution proposés par les candidats et les notes attribuées ».

Des délais anormalement courts proposés par les candidats peuvent cependant nuire à la qualité des prestations remises. Si le pouvoir adjudicateur n'attache pas une importance spécifique à ces délais, il est préférable d'en faire une condition d'exécution du marché plutôt qu'un critère de sélection.

L'analyse des offres remises doit se faire en application des critères posés dans le règlement de la consultation. Ces critères sont intangibles : le pouvoir adjudicateur ne peut les modifier en cours de procédure.

### 2.3.1.4. Les critères de la qualification et de l'expérience

En procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut retenir, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et dès lors qu'il n'a pas d'effet discriminatoire<sup>65</sup>. Dans certains domaines d'activité, la définition d'un tel critère entraîne nécessairement une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats à la commande publique tel que fixé à l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics<sup>66</sup>.

Sous ces réserves, il a pu être jugé que, dans le cadre d'un marché public de prestations de conseil juridique, le pouvoir adjudicateur pouvait retenir un critère tiré de la qualification et de l'expérience des candidats<sup>67</sup>.

## 2.3.2. Phase de négociation

La procédure adaptée permet au pouvoir adjudicateur de négocier avec les candidats ayant présenté une offre. La négociation constitue un élément important de la qualité de l'achat public. S'il souhaite négocier, le pouvoir adjudicateur doit l'annoncer dès le début de la procédure et se conformer à son annonce<sup>68</sup> : dès lors qu'il a expressément prévu la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier.

Le principe d'égalité de traitement des candidats doit conduire les acheteurs à négocier avec l'ensemble des prestataires ayant remis une offre. Il peut cependant décider de ne négocier qu'avec un certain nombre de candidats, à condition d'annoncer, dans les documents de la consultation, le nombre de candidats qui sera invité à la négociation, ainsi que les critères sur la base desquels ils seront sélectionnés.

64. CE, 31 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n°333737.

65. CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n°348254 ; CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence*, n°314610.

66. CAA Douai, 7 juin 2011, *Office municipal de tourisme de Berck sur Mer*, n°10DA00232.

67. CAA Marseille, 29 octobre 2012, n°10MA02554, précité.

68. TA Lille, 5 avril 2011, *Préfet du Nord*, n°1003008 et 1003238 et TA Toulouse, 23 novembre 2010, *Société FM Projet*, n°1004555.

Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix (article 28 du code des marchés publics). Elle ne doit cependant pas conduire à modifier les caractéristiques principales du marché ou abandonner un critère de jugement en cours de procédure<sup>69</sup>.

Le pouvoir adjudicateur peut admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Si ces offres ne sont pas régularisées en cours de négociation, elles devront être rejetées<sup>70</sup>.

Dans le cadre de la passation d'un marché de prestations juridiques, le pouvoir adjudicateur peut négocier sur le taux horaire proposé par les candidats mais également sur les délais de réponse, les frais de déplacement, la disponibilité, les modalités de soutien des services juridiques du pouvoir adjudicateur, etc.

Pour répondre à l'exigence de transparence, l'acheteur devra veiller à la traçabilité des échanges avec chacun des candidats ainsi qu'au maintien du même niveau d'information.

Cette négociation peut être plus ou moins approfondie. La jurisprudence est fluctuante sur ce point. Elle peut se limiter, si l'acheteur s'estime suffisamment éclairé, à demander aux candidats les mieux notés, s'il s'agit de leur meilleure offre en termes de prix ou de délais d'exécution par exemple.

La négociation est particulièrement utile dans un marché de prestations juridiques, eu égard à l'importance de la relation de confiance qui doit s'établir entre l'avocat et son client. Elle permet, en effet, en confrontant plusieurs devis des futurs prestataires potentiels de préciser les modalités du travail demandé et proposé, de manière plus concrète que les réponses parfois stéréotypées faites sur leurs capacités techniques par des cabinets rompus à l'exercice de l'appel d'offres.

## 2.4. Phase d'attribution

### 2.4.1. Information des candidats

L'information immédiate des candidats évincés et le respect du délai de *stand still* avant la signature du contrat ne sont pas obligatoires pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Prévenir les soumissionnaires du rejet de leur offre relève cependant de la plus élémentaire courtoisie.

En revanche, l'acheteur public est tenu, en vertu des dispositions de l'article 83 du code des marchés publics, de communiquer à tout candidat écarté qui en fait la demande écrite, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre. En outre, si son offre a été rejetée pour un motif autre que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue devront également lui être communiqués, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.

En toute hypothèse, seule la publication au JOUE d'un avis d'intention de conclure<sup>71</sup> et le respect d'un délai de 11 jours avant la signature du marché permet de fermer la voie du référé contractuel.

69. CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n°344244. : abandon en cours de procédure du critère prix.

70. CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense*, n°353121.

71. Article 40-1 du code des marchés publics.

### 2.4.2. Notification

Le marché ou l'accord-cadre d'un montant supérieur à 15 000 euros HT doit être notifié au titulaire avant tout commencement d'exécution.

### 2.4.3. Avis d'attribution

Lorsque le montant du marché est supérieur au seuil de 207 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur doit publier un avis d'attribution au JOUE et au BOAMP dans les conditions fixées par l'article 85 du code des marchés publics.