Les marchés de prestations juridiques : pratiques d'achat et offres anormalement basses

Les acheteurs publics peuvent être confrontés à des difficultés lorsqu'ils doivent choisir la formule la plus adaptée pour passer un marché de prestations juridiques. En effet, de nombreux paramètres doivent être pris en compte. En outre, la détection des offres anormalement basses, dans le cadre de ces marchés spécifiques, s'avère particulièrement délicate.

Auteur

Guillaume Gauch
Avocat associé, SCP SEBAN & Associés

Olivier Metzger
Avocat, SCP SEBAN & Associés

Mots clés

Allotissement • Demande de précisions • Marché de prestations juridiques • Procédure adaptée

Si la soumission des marchés de prestations juridiques aux règles de la commande publique peut présenter certains avantages pour les cabinets d'avocats souhaitant accéder à de nouveaux clients publics, la « marchandisation » de ce type de prestations s'accommode parfois mal à sa spécificité intrinsèque. En effet, choisir un avocat, profession règlementée qui présente un certain nombre de garanties, tant en termes de formation professionnelle, de contrôle déontologique et d'assurance de responsabilité civile, n'est pas nécessairement comparable au choix de tout autre prestataire de service. En particulier, *l'intuitu personae* fort qui unit habituellement l'avocat à son client ne fait pas nécessairement bon ménage avec un choix fondé sur la mise en œuvre de critères totalement « neutres » et l'appréciation du critère du prix des prestations proposées.

Aussi, au-delà même de la pratique des offres anormalement basses dans les marchés de prestations juridiques, le contexte de restrictions budgétaires auquel les acteurs publics sont confrontés conduit nécessairement à s'interroger, de manière plus large, sur les pratiques de l'achat de prestations juridiques. Et, s'il n'est pas ici question de critiquer le Code des marchés publics, ni même le principe de la mise en concurrence des avocats, il peut s'avérer délicat pour les acteurs publics de mettre en œuvre la formule la plus adaptée ces prestations spécifiques.

La difficulté de trouver la bonne formule pour la mise en concurrence de ces marchés

Plusieurs points méritent d'être rappelés ici. En effet, la question que doit se poser l'acheteur public désireux de choisir son conseil juridique est triple : quelle forme donner à mon marché ? Quelle procédure de mise en concurrence retenir ? Quels critères de sélection pour permettre l'achat économiquement le plus avantageux ?

Si la question est multiple, la réponse est, elle aussi, variée. Tous les achats de prestations juridiques ne se

« valent » pas et donc ne doivent pas être traités de la même manière.

Concernant la forme de l'achat, il s'agit bien évidemment, tout d'abord, de se positionner sur le recours à un marché ou à un accord-cadre au sens du droit communautaire, qu'il s'agisse simplement d'un marché à bons de commande ou d'un véritable accord-cadre avec remise en concurrence périodique.

Si le choix se porte sur un accord-cadre, doit-il être mono ou multi-attributaires ? À chaque marché sa réalité, toutefois, pour les acteurs publics, la complexification n'est pas gage de sécurité juridique.

Aussi, nombre de collectivités publiques ont renoncé, après une première expérience, à l'utilisation de l'accord-cadre mutli-attributaires en raison de la lourdeur de la remise en concurrence que cela implique.

La question du recours ou non à un marché alloti est également essentielle, de même qu'il est nécessaire de s'interroger sur le nombre de lots à prévoir. Sur ce point, il est possible de citer deux jugements en date du 30 mars 2010, par lesquels le tribunal administratif de Montreuil était venu valider le non-allotissement d'un marché de prestations juridiques englobant des prestations de conseil et de représentation en justice dans différents domaines du droit, ce 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 »[1]. Le tribunal administratif de Toulon a également validé le choix opéré par une commune de diviser en deux lots, l'un relatif au « droit lié aux marchés publics, aux délégations de services publics et aux contrats de partenariat public-privé, droit public général, droit budgétaire, droit fiscal, droit de l'environnement, droit de la fonction publique territoriale, droit privé, droit de la construction, droit pénal, droit communautaire et droit portuaire » et l'autre ayant trait aux « procédures administratives du droit de l'urbanisme et du droit du sol »[2]. Enfin et surtout, le Conseil d'État a validé le choix fait de la commune d'Ajaccio de diviser son marché de services juridiques en deux lots, l'un relatif aux prestations de conseil, et l'autre aux prestations de représentation en justice, étant entendu que chacun de ces lots regroupait différents domaines du droit[3]. Pour le Conseil d'État, seul un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation doit être opéré par le juge administratif concernant le nombre de lots choisi par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation d'un marché public.

C'est enfin la forme du prix qui peut déterminer la justesse de l'achat. En effet, selon l'article 17 du Code des marchés publics, le prix est unitaire ou forfaitaire et, naturellement, c'est la définition du besoin qui doit permettre de retenir l'une ou l'autre forme. Si le marché porte sur une question précise et circonscrite, le prix forfaitaire paraît tout à fait adapté. En revanche, s'il s'agit d'une mission d'assistance juridique générale pour laquelle le détail sera connu au fur et à mesure de l'apparition des besoins du pouvoir adjudicateur, il peut être inadapté de rechercher nécessairement une forfaitisation compte tenu des incertitudes qui gouvernent ce type de prestations.

Concernant la procédure de mise en concurrence elle-même, il convient de rappeler que l'avocat est un prestataire de service particulier et le Code des marchés publics l'a d'ailleurs prévu en prévoyant la soumission des marchés d'avocats à l'article 30, dérogatoire aux règles habituelles de mise en concurrence. Dès lors, pour choisir un avocat, c'est la procédure adaptée qui est particulièrement requise pour les acteurs publics.

Enfin, et surtout, la question des critères de sélection des offres doit être traitée avec finesse. L'article 53 du Code des marchés publics donne une liste non exhaustive des critères de sélection envisageables et le prix fait naturellement partie de ces critères.

Si le contexte budgétaire rappelé *supra* peut naturellement inciter l'acheteur public à pondérer fortement ce critère, le meilleur prix n'est pas nécessairement gage de meilleure qualité des prestations (le lecteur pardonnera la litote). D'autant que, quelle que soit d'ailleurs la pondération affectée au critère « prix », celui-ci se trouve souvent prévaloir dans la mesure où, l'acheteur public affecte généralement le maximum de points à l'offre dont le prix est le plus bas, alors qu'il n'adoptera pas nécessairement la même démarche s'agissant de l'offre présentant les meilleures qualités techniques.

Ainsi, si la meilleure offre économique se voit généralement attribuer la note maximale, la meilleure offre technique sera généralement appréciée relativement à celle des concurrents, mais également aux attentes du pouvoir adjudicateur, de telle sorte que l'attribution de la note maximale sur un critère « technique » est plus rare.

Pourtant, le Conseil d'État est venu récemment préciser que l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre « technique » n'était pas irrégulière[4].

Dès lors, il appartient aux acheteurs publics de se saisir de cette opportunité s'ils veulent véritablement privilégier la qualité sur le prix.

Un autre moyen consiste également à porter une attention particulière sur les prix anormalement bas qui peuvent être proposés par certains prestataires.

(1) TA Montreuil 30 mars 2010, Mme M.-P. Chanlair, req. n° 0904772 ; TA Montreuil, 30 mars 2010, Mme M.-P. Chanlair, req. n° 0901584 (les marchés contestés dans ces deux affaires avaient vocation à couvrir les besoins de deux communes, une de plus de 30 000 habitants, et l'autre de plus de 70 000 habitants).

(2) TA Toulon 20 mai 2010, Cabinet MPC Avocats, req. n° 0805844.

(3) CE, 21 mai 2010, Cne d'Ajaccio, req. n° 333737, *CP-ACCP*, n° 101, juillet 2010, p. 68, note V. Drain.

(4) CE 15 février 2013, Sté SFR, req. n° 363854.

La recherche du prix anormalement bas : vrai levier d'intervention ?

De nombreux avocats s'en sont fait l'écho, la soumission des marchés d'avocat au Code des marchés publics a eu pour effet d'entrainer une baisse très sensible du prix des prestations, baisse qui ne s'accompagne pas toujours, corrélativement, d'une amélioration de la qualité des prestations.

Au-delà d'une réflexion sur le juste équilibre des critères de sélection des offres, de leur pondération, et des méthodes de notation, un recours plus régulier à la procédure prévue en matière d'offre anormalement basse[5] pourrait constituer un levier efficace pour les personnes publiques pour écarter des offres manifestement sous-dimensionnées.

En effet, comment une collectivité publique peut-elle espérer obtenir un travail complet, de qualité, et impartial, lorsque des missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage sont aujourd'hui attribuées à des niveaux trois ou quatre fois inférieurs à ceux pratiqués moins de deux années auparavant ? Pour lutter contre un tel phénomène, la demande de justification d'offres apparaissant manifestement sous-évaluées paraît être un outil efficace.

L'article 55 du Code des marchés publics dispose en effet que « si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies [...]. Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : 1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ; 2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ; 3° L'originalité de l'offre ; 4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ; 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat ».

Relevons immédiatement que, compte tenu des justifications proposées par le Code des marchés publics – dont la liste ne semble pas exhaustive – les offres de prestations juridiques faisant l'objet de questionnement sur le fondement de l'article 55 précité devraient être, *in fine*, difficilement « récupérables ».

En effet, quelles justifications pourraient être mises en avant par un avocat ? *A priori*, aucune justification s'agissant des « dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée » ou encore à « l'originalité de l'offre » ou de « l'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat », pas non plus s'agissant des cas prévus aux 1° et 2° de cet article.

Surtout, il apparaît très clair que, face à une offre « suspecte », le pouvoir adjudicateur n'a pas le choix d'enclencher une la procédure de recherche d'offre anormalement basse, mais qu'il s'agit là d'une obligation. Le Conseil d'État l'a encore rappelé récemment, « considérant, d'une part, qu'il résulte des dispositions citées ci-dessus que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques »[6].

Pour autant, la détection d'une offre anormalement basse n'est pas chose aisée. La circulaire du 14 février 2012 relative au *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* précise qu'« une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique ». À ce titre, la cour administrative d'appel de Lyon vient de juger que le caractère anormalement bas d'une offre ne peut être déduit de la comparaison de cette offre avec l'estimation du pouvoir adjudicateur, surtout si une partie des autres offres présentées sont elles-mêmes nettement inférieures à cette évaluation[7]. Cette décision vient ainsi stigmatiser la difficulté de déterminer une offre anormalement basse.

Et les marchés de prestations juridiques semblent particulièrement touchés par cette difficulté. En effet, alors même que les prix auxquels sont attribués les marchés n'ont, semble-t-il, jamais été aussi bas, une seule décision est venue confirmer l'existence d'une offre anormalement basse en la matière.

Le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a ainsi sanctionné un pouvoir adjudicateur pour ne pas avoir déclenché la procédure de l'article 55 du Code des marchés publics à l'encontre de l'offre d'un cabinet d'avocats[8]. Ainsi, la commune de Villiers-le-Bel avait lancé une consultation pour la fourniture, d'une part, de consultations juridiques écrites dont le nombre était limité à deux consultations mensuelles et, d'autre part, de consultations téléphoniques avec confirmation écrite par mail. Il était précisé que les prestations seraient réglées selon un prix forfaitaire. La société attributaire avait proposé un forfait de 6 900 euros HT annuels alors même qu'il existait un aléa certain tant sur les consultations téléphoniques que sur la fréquence des consultations écrites. En l'espèce, le juge a comparé le forfait proposé avec le taux horaire habituellement pratiqué par les cabinets d'avocats du secteur d'activité, ainsi que le taux horaire affiché par le candidat attributaire sur son site internet. Le juge sanctionne ainsi l'absence de questionnement par la commune. Mais alors que l'on pouvait s'attendre à une multiplication des contentieux à la suite de cette ordonnance, il n'en est rien. Et, il ne semble pas davantage qu'il faille croire à une multiplication de la mise en œuvre de la procédure de l'article 55 en matière d'achats de prestations juridiques. Nous relèverons une ordonnance du tribunal administratif

(5) Article 55 du Code des marchés publics.

(6) CE 29 octobre 2013, Département du Gard, req. n° 371233.

(7) CAA Lyon 5 décembre 2013, Sté AD Arnaud Démolition, req. n° 12LY01142.

(8) TA Cergy-Pontoise, ord., 18 février 2011, SCP Claisse et associés, req. n° 1100716.

de Toulon qui, contrôlant le caractère anormalement bas d'une offre a jugé que « si le prix présenté [...] ne correspond pas au taux horaire moyennement pratiqué par les cabinets d'avocat de ce secteur d'activité, ni même au taux horaire affiché par le groupement candidat sur son site internet qui fait état d'une tarification d'environ 150 euros HT, une telle estimation, compte tenu de la nature et du mode de rendu des services en cause ainsi que de la structure du groupement bénéficiaire et de la stratégie relationnelle qui est la sienne à l'égard d'un client institutionnel, si elle apparaît comme constitutive d'une offre basse ne peut, pour autant, être qualifiée d'anormalement basse (...) »[9].

Si on analyse cette décision, il apparaît bien délicat de qualifier une offre d'anormalement basse puisque un candidat pourrait, en raison de sa « stratégie relationnelle », toujours justifier d'un prix bas.

Le tribunal administratif de Bordeaux a, plus récemment encore, rendu une décision dans le même sens. En l'espèce, le juge a retenu que les prix proposés sont similaires à ceux pratiqués antérieurement par le même cabinet avec la collectivité concernée ce qui a permis de juger de la « viabilité économique de l'offre » et de « la qualité du travail fourni », et que les prix proposés correspondraient à ceux pratiqués avec d'autres collectivités en tenant compte, également du « volant d'affaires dont elle dispose avec [le] client »[10]. Ainsi, ni la comparaison avec les prix pratiqués par le cabinet et affichés sur son site internet, ni la comparaison avec les prix habituellement pratiqués par les opérateurs du secteur, n'ont emporté la conviction du tribunal sur la qualification de l'offre anormalement basse.

Dès lors, offre anormalement basse et marché de prestations juridiques semblent décidemment être des notions incompatibles.

(9) TA Toulon ord., 12 juillet 2012, Sté LLC et Associés, req. n° 1001613.

(10) TA Bordeaux 7 novembre 2013, SCP CGCB, req. n° 1303636.

Une situation vouée à perdurer ?

Si l'on pouvait envisager que la refonte des directives « marchés » fasse évoluer la question à plus ou moins brève échéance, le texte publié le 28 mars dernier[11] reste pour autant assez similaire à ce à l'état du droit actuel en matière d'offre anormalement basse. En effet, l'article 69 du texte ne qualifie pas l'offre anormalement basse. Par ailleurs, si l'obligation de demander des explications est clairement affirmée, il n'y a ensuite qu'une faculté de rejet sauf exception en cas de violation des règles en droit de l'environnement, travail ou encore face à une aide d'État illégale. Dans ces dernières hypothèses, la simple faculté se transforme en effet en obligation.

Et si la solution venait finalement d'un retour à une absence de soumission aux règles formalisées de la commande publique ? À en croire le texte adopté s'agissant de la future directive, c'est effectivement la voie qui pourrait s'ouvrir. En effet, sont exclus du champ d'application de la directive, notamment « la représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil dans le cadre : d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un État membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales ». Les autres services juridiques seront, quant à eux, soumis à une procédure particulière et allégée et, uniquement au-dessus du seuil de 750 000 euros HT dans la mesure où ils sont visés à l'annexe XIV de la directive.

Cette solution, pour pertinente qu'elle puisse apparaitre ne manque toutefois pas d'être source d'interrogations. En effet, est-ce une véritable avancée pour les acheteurs publics ou, au contraire, l'aveu d'une impuissance ou d'un manque de volonté de faire primer, au terme d'une mise en concurrence, l'achat économiquement le plus avantageux sur le moins-disant.

(11) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014.