

COMMENT BIEN PREPARER UN MARCHE DE PRESTATIONS JURIDIQUES ?

Deux observations préalables

Quel est le régime de passation applicables aux marchés de prestations juridiques ?

Les marchés ayant pour objet l'exécution de prestations juridiques de conseil, d'assistance et de représentation en justice relèvent de l'article 30 du Code des marchés publics.

Ils peuvent donc être passés à l'issue d'une procédure adaptée quel que soit leur montant, dans les conditions de l'article 28 du code des marchés publics, sous réserve des spécificités mentionnées à l'article 30 :

1° Les dispositions du III de l'article 40 ne sont pas applicables (le pouvoir adjudicateur a donc le libre choix des supports de publicité) ;

2° Lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à 193 000 euros HT, elles sont définies conformément aux dispositions de l'article 6 (spécifications techniques) et le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article 85 ;

3° Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 193 000 euros HT sont attribués par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ;

4° Le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ;

5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie (régime financier). En outre, ceux de ces marchés qui ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'Etat."

Quelle est la typologie des prestations juridiques ?

Plusieurs approches, non exclusives les unes des autres, permettent de différencier des "familles" de prestations juridiques :

- **distinction conseil / contentieux**

La prestation de conseil est exécutée en dehors de tout contentieux ou en amont d'un contentieux, elle consiste en un accompagnement du pouvoir adjudicateur dans l'identification de la réponse juridique la plus appropriée à la problématique spécifique posée.

Le contentieux implique la prise en charge d'un dossier devant les juridictions (ou entités assimilées saisies de litiges, par exemple un comité de règlement amiable des litiges dans les marchés publics), en vue de la représentation du pouvoir adjudicateur et de la défense des intérêts de celui-ci, par la définition et la mise en œuvre d'une stratégie adaptée au litige particulier.

- **distinction par domaines**

Il s'agit ici de différencier les prestations à partir des grandes catégories du droit : droit privé / droit public, tout d'abord, mais aussi au sein du droit public : droit des contrats publics, droit de l'urbanisme, droit de l'environnement, droit de la fonction publique, droit des finances publiques, droit des services publics, droit de la domanialité, etc.

- **distinction assistance permanente / accompagnement de projet**

L'analyse de la pratique des marchés publics de services juridiques conduit à identifier des marchés d'assistance permanente, destinés à doter le pouvoir adjudicateur d'un appui juridique au quotidien, "au fil de l'eau", lequel pourra solliciter de manière récurrente le cabinet d'avocats sur des questions diverses.

Dans les deux cas la mission peut comporter un volet tant "contentieux" que de conseil.

Il existe également des marchés d'accompagnement de projet, permettant au pouvoir adjudicateur, pour la définition et la mise en œuvre d'un projet spécifiquement identifié, de se doter d'une compétence juridique renforcée , éventuellement également technique, financière, etc., dédiée à l'identification et au traitement des problématiques soulevées par ce projet spécifique ainsi qu'à la sécurisation de la mise en œuvre du projet ; par extension, ces marchés sont parfois appelés marché "d'assistance à maîtrise d'ouvrage" juridique, technique, financière, etc.

Quelles sont les questions que doit se poser le pouvoir adjudicateur ?

Quelle est la nature exacte du besoin à satisfaire?

La réponse à cette question dépend éminemment des modalités et du niveau d'intégration de la fonction juridique au sein du pouvoir adjudicateur.

- Le pouvoir adjudicateur peut disposer d'un service juridique largement centralisé, doté de compétences solides dans différents domaines du droit,

intervenant en transversalité auprès des services opérationnels ; ce service peut avoir besoin, d'un appui juridique extérieur qui fera essentiellement la validation des analyses juridiques effectuées internes ou des projets d'actes, ou plus ponctuellement l'approfondissement d'une question juridique complexe.

- Il peut disposer d'une fonction juridique "éclatée" entre les différents services opérationnels (service du personnel, service urbanisme, services techniques pour les marchés de travaux, etc.), éventuellement assortie d'un service juridique de "contrôle" des actes des différents services, mais doté de moyens et compétences limités, à vocation essentiellement généraliste : dans ce cas, l'appui juridique pourra favoriser le renforcement de la compétence de ce service par un accompagnement de la mission de validation des actes, par la mise en lumière des problématiques soulevées par tel dossier, par la rédaction de projet d'actes, etc.
- Il peut être très performant dans un ou plusieurs domaines juridiques bien identifiés : opérations de travaux, urbanisme, etc. mais doté de compétences insuffisantes dans d'autres domaines : l'appui juridique viendra compenser ce déficit, par une quasi externalisation de la compétence juridique sur le cabinet d'avocat dans tel ou tel domaine ; le titulaire sera ici sollicité très fréquemment, et devra pouvoir répondre aux sollicitations avec réactivité, dans des délais compatibles avec ceux de l'action du pouvoir adjudicateur.
- Etc.

D'autres constats peuvent entrer en ligne de compte : le pouvoir adjudicateur est-il soumis à une forte pression contentieuse ? les dossiers contentieux sont-ils nombreux ? Touchent-ils plus particulièrement un domaine d'intervention ? etc.

Pour l'accompagnement d'un projet, le pouvoir adjudicateur entend-il, à travers la conclusion d'un marché de prestations juridiques, répondre à un déficit de compétence juridique en interne sur le dossier, ou à un déficit de temps de mobilisation, ou aux deux ? etc.

L'organisation de la fonction juridique au sein du pouvoir adjudicateur a – ou devrait avoir - une influence sur le type de prestation juridique attendu, elle doit ainsi entrer en considération dans l'élaboration du cahier des charges du futur marché.

Cette analyse permettra d'identifier notamment, la typologie des interventions attendues du prestataire, le niveau de réactivité attendu, etc.

Quelle est l'étendue du besoin à satisfaire ?

Le pouvoir adjudicateur peut s'appuyer ici sur sa pratique antérieure des marchés de services juridiques, sur les perspectives de réorganisation de ses services, de la fonction juridique, pour évaluer sur le plan quantitatif les besoins à satisfaire.

Par ailleurs, pour un marché d'accompagnement d'un projet spécifique parfaitement identifié, l'étendue du besoin à satisfaire ne subit par le même aléa que pour un marché d'assistance permanente, éventuellement sur plusieurs années.

Dans le premier cas l'identification de phases, voire de tranches conditionnelles, peut utilement répondre aux incertitudes quant à l'étendue du besoin à satisfaire ; dans le second cas, il pourra être utilement envisagé, des reconductions (permettant de "sortir" du contrat si celui-ci ne permet pas d'absorber l'évolution du besoin du pouvoir adjudicateur en cours d'exécution), des prix unitaires, également dans le cadre de marchés à bons de commandes, voire d'accords-cadres, qui permettront de disposer d'un outil contractuel ajusté à la réalité du besoin.

Doit-on / Faut-il "normer" les différentes prestations couvertes par le marché ?

Dans un marché d'accompagnement de projet ("assistance à maîtrise d'ouvrage"), le projet lui-même est à la source de l'identification des différents types de prestations juridiques attendues et conduit généralement à une approche de type chronologique : validation de la faisabilité du projet, identification du modèle juridique le plus approprié, rédaction et ou validation des documents et actes de mis en œuvre, assistance pendant les échanges avec les différents interlocuteurs, prise en charge des éventuels contentieux générés par la conduite de ce projet, etc.

Dans le cadre d'une assistance permanente, bien que la prestation juridique se prête mal à la standardisation systématique des interventions, il est cependant possible de dégager différents types d'interventions en fonction de la nature de la sollicitation (demande d'avis ou d'étude approfondie sur un point de droit, confrontation d'un cas concret au cadre juridique applicable, validation ou rédaction d'actes, etc.), des contraintes de délais (traitement dans des délais habituels ou en urgence).

La différenciation des interventions selon une approche dossier simple / dossier complexe, parfois utilisée, peut paraître a priori séduisante, mais trouve néanmoins sa limite dans le caractère quelque peu subjectif du degré de complexité, qui ne devrait d'ailleurs pas pouvoir être apprécié par le seul pouvoir adjudicateur, mais en concertation avec le titulaire.

Faut-il allotir ? Comment allotir ?

En principe l'allotissement est de rigueur.

Si l'allotissement peut s'avérer a priori moins approprié pour un marché d'accompagnement de projet, à tout le moins en ce qui concerne le volet juridique de cette mission d' "assistance à maîtrise d'ouvrage", il s'impose a priori pour les marchés d'assistance juridique permanente.

La ou les clés de répartition des prestations entre les différents lots sont à définir en fonction du besoin spécifique du pouvoir adjudicateur (cf. supra).

On peut toutefois s'interroger sur le caractère réellement opérationnel d'un allotissement entre les prestations de conseil d'une part et les prestations de contentieux d'autre part.

La sollicitation du titulaire du lot "conseil" dans un premier temps, puis, le dossier ayant évolué en contentieux, du titulaire du lot "contentieux" d'autre part, n'est pas nécessairement gage de cohérence et de gain de temps.

L'allotissement par domaines juridiques, chaque lot englobant le conseil et le contentieux paraît en règle générale plus judicieux.

Quel cadre contractuel retenir ?

Il est certes théoriquement possible de passer, au cas par cas, des marchés au fur et mesure de l'émergence des besoins : cette approche, que l'on rencontre parfois pour les dossiers contentieux, plus rarement pour les dossiers de conseils, implique que le Pouvoir adjudicateur n'ait pas à solliciter trop souvent le marché concurrentiel, sous peine d'épuiser le service interne responsable de la passation de ces marchés et de se heurter à des consultations infructueuses.

La mise en place d'une politique d'achat des prestations juridiques présente ainsi des intérêts pratiques évidents.

Un achat de prestations juridiques récurrentes (de type assistance permanente) peut utilement être configuré dans le cadre d'un marché à bons de commandes, éventuellement reconductible, voire d'un accord-cadre.

Le marché à bons de commandes qui devra être accompagné d'un bordereau de prix unitaires, nécessite cependant un effort de définition des différents types d'intervention, permettant de définir des unités d'œuvre (validation d'acte, réponse à un point de droit précis, étude, participation à une réunion, etc.) suffisamment typiques et représentatifs de l'exécution future du marché. A chaque unité d'œuvre correspondra un prix unitaire.

L'accord-cadre, en particulier multi-attributaire, permettra d'organiser une remise en concurrence régulière entre les titulaires de l'accord-cadre, lesquels pourront ainsi proposer un prix pour un marché subséquent sur la base d'éléments de prix arrêtés dans l'accord-cadre (taux horaire ou journalier, taux majoré en cas de traitement en urgence, etc.) et d'autres éléments propres au marché subséquent (volume horaire nécessité pour mener à bien le dossier, etc.).

Quelle forme de prix retenir ?

Le marché à prix global et forfaitaire, qui peut s'avérer approprié pour une mission d'accompagnement de projet, ne l'est évidemment pas pour un marché de prestations juridiques récurrentes.

Le marché de prestations juridiques récurrentes reposant sur un ou plusieurs prix unitaires à l'heure ou à la journée, laissant toute discrétion au titulaire pour apprécier le volume des diligences à accomplir, est le premier écueil à éviter dès lors qu'il ne permet aucune maîtrise des coûts pour le pouvoir adjudicateur.

Un taux horaire extrêmement bas, donc a priori attractif, peut être compensé par une évaluation extensive, voire très extensive, des heures passées sur un dossier. Il y a

alors quelque incohérence à avoir retenu un candidat proposant un taux horaire 20 ou 30 % plus bas si le temps passé sur chaque dossier est systématiquement sur-évalué....

Il appartient ainsi au pouvoir adjudicateur, afin d'éviter des dérives, de mettre en place des dispositifs permettant de limiter, contrôler, plafonner le volume de diligences pris en compte au moment de la facturation, notamment :

- par l'indication d'un montant global applicable au marché (mais l'atteinte de ce montant avant l'expiration du terme du marché peut placer le pouvoir adjudicateur dans une situation compliquée) ;
- par l'exigence de devis préalables conduisant le titulaire à s'engager sur un volume maximum de diligences facturées pour chaque dossier.

On observera que si cette seconde hypothèse est mise en œuvre, le cadre des marchés à bons de commande est alors inapproprié : si des précisions ou compléments doivent être apportés par le prestataire ou le fournisseur, la pratique de l'émission de devis préalablement à la délivrance des bons de commande est irrégulière, l'article 77 du Code indique en effet que « L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités expressément prévues par le marché. Les bons de commande (...) précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité ». La CMPE relevait d'ailleurs dans son rapport d'activité 2008 de manière nette que « l'émission des bons de commande doit se faire sur la base des prix figurant au marché, sans aucune démarche s'apparentant à une négociation entre le titulaire et le service acheteur, et donc donner lieu à un devis, et sans qu'il soit possible d'apporter de modifications, même minimes, aux caractéristiques des prestations fixées dans le marché ».

Le recours à des marchés à bons de commande ne peut avoir du sens qu'à condition d'identifier des unités d'œuvres effectivement « standardisables ».

Mais la mise en place de tels unités d'œuvres « standardisables » et « forfaitisables » implique de pouvoir raisonner en terme de diligences moyennes requises pour le traitement de tel ou tel type de demande.

En contentieux en particulier, rares sont les dossiers « standardisables » : la prise en charge du dossier depuis l'introduction de l'instance (ou la rédaction du mémoire en défense) jusqu'au jugement de première instance représente un volume de diligences tributaire du nombre de parties à l'instance, du nombre de moyens soulevés, de la complexité de ces moyens, du nombre de pièces à examiner, des éventuels incidents de procédure, etc., de sorte que la forfaitisation de ces dossiers devient très hasardeuse, pour le Pouvoir adjudicateur, mais surtout pour le prestataire.

Pour éviter ce second écueil, la forfaitisation non des dossiers, mais des actes, paraît plus appropriée : l'unité d'œuvre, à laquelle est associé un prix forfaitaire, peut ainsi être : la requête (quand le pouvoir adjudicateur est en demande), le mémoire en réponse, l'audience, le dire d'expertise, la présence à la réunion d'expertise, etc.

Cette pratique induit une certaine dose de prise de risques économiques de la part du prestataire comme du pouvoir adjudicateur, mais un tel risque peut sans doute être raisonnablement couru dans le cadre de marché de longue durée présentant une volumétrie significative.

Peut-on demander des références nominatives ?

Les professions juridiques, et en particulier la profession d'avocat, étant soumises par la législation et la déontologie à l'obligation de respecter le secret professionnel, l'exigence de communication de références doit être formulée de manière à permettre aux opérateurs de les produire sans contrevenir aux règles applicables à leur profession : il ne peut donc être imposé aux opérateurs de produire des références comportant des mentions nominatives ou permettant d'identifier le client au travers des indications portées par ces références ; il n'est cependant pas interdit à l'opérateur, qui a recueilli l'accord préalable du client de produire une référence nominative le concernant, de produire une telle référence nominative.

Voir : CE 7 mars 2005, Communauté urbaine de Lyon (COURLY), req. n°274286, et CE 9 août 2006, Association des avocats conseils d'entreprises, req. n°286316.

Comment juger les candidatures /les offres des candidats ?

L'appréciation des candidatures implique tout d'abord, nécessairement la vérification de l'habilitation des candidats à exécuter les prestations, au regard de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 réglementant les professions juridiques.

Quant aux capacités professionnelles des candidats, celles-ci peuvent être appréciées à travers, les diplômes, les mentions de spécialisation des avocats, encore que celles-ci rendent peu compte de la diversité des domaines juridiques couverts par la sphère d'intervention des pouvoirs adjudicateurs (voir par exemple la spécialisation "droit public"), les références (qui peuvent être produites par les avocats), qui rendent mieux compte de la réalité des compétences particulières acquises au fil des ans.

L'appréciation des offres dans les marchés de prestations juridiques est un exercice délicat, partagé d'ailleurs, avec la plupart des marchés de prestations intellectuelles.

Pour un marché d'accompagnement de projet, l'exercice consiste essentiellement à évaluer la description de la méthodologie proposée pour mener à bien chaque étape du projet permettant d'appréhender le savoir-faire du candidat pour chacune d'elle ainsi que la cohérence globale de la proposition.

Pour les marchés de prestations juridiques récurrentes, l'enjeu consiste à jauger, à travers un mémoire méthodologique notamment, des prestations à venir, dont le contenu est déterminable à l'avance seulement d'un point de vue générique.

Dans ce cas, le contenu de l'offre des candidats, doit donc être déterminé de manière à permettre au pouvoir adjudicateur de jauger la méthodologie décrite par le candidat pour la réalisation de tel ou tel type de prestation : c'est la fonction du mémoire méthodologique.

Il peut être tentant de demander aux candidats, à fin de notation des offres, de rédiger une note d'analyse sur une question particulière définie par les documents de la consultation. Il faut néanmoins se garder de solliciter des notes sur la base de problématiques seulement partiellement exposées, et ne pas sous-estimer l'effet

Laure Thierry, Cabinet Vedesi © achatpublic.info ; juillet 2010

d'une telle exigence, nécessitant une forte mobilisation du candidat, sur le nombre d'offres qui seront déposées. Au demeurant, ces demandes s'analysent comme de véritables prestations, qui devraient relever normalement de l'exécution même du marché et non de la mise en concurrence, et dès lors que " *ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime*", conformément à l'article 49 du code des marchés publics.

Les critères de choix des offres ont classiquement et habituellement trait à la valeur technique (qui doit être quelque peu explicitée), aux délais d'intervention et à la valeur économique (montant de l'offre, prix unitaires).

C'est évidemment le choix des coefficients de pondération qui permettra au pouvoir adjudicateur de trouver le juste équilibre (son juste équilibre ?) entre les différents paramètres de notation.

L'identification d'une offre anormalement basse en la matière est difficile à établir : le pouvoir adjudicateur ne doit pas occulter néanmoins, l'ensemble des éléments concourant à la formation des prix : charges liées au financement des moyens matériels (locaux, bureautique, fonds documentaires, etc.), humains (secrétariat, consultants), temps passé sur chaque dossier, degré de complexité du dossier et expérience particulière du consultant sur la problématique posée, etc. et doit demander des explications le cas échéant.