

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 0801275

SELARL LEGITIMA

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du
12 mars 2008

Le Tribunal administratif de Marseille,

54-03-05

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 21 février 2008, sous le n° 0801275, présentée par la SELARL LEGITIMA, dont le siège social est situé 5 rue Grignan à Marseille (13006), prise en la personne d'un co-gérant, M. Lanzarone ;

La SELARL LEGITIMA demande au président du Tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1° d'enjoindre à la commune d'Aix-en-Provence de suspendre la signature du marché de service de conseil et d'assistance juridique dont la procédure de passation est en cause dans la présente instance ;

2° d'annuler la procédure de passation de ce marché ;

3° d'ordonner la communication de l'avis de la commission des procédures adaptées réunie le 13 février 2008 ;

Elle soutient que :

- en exigeant que les candidats justifient de références portant sur des prestations similaires, le pouvoir adjudicateur a porté atteinte aux principes d'égalité et de libre accès à la commande publique ;
- la commune n'a pas correctement renseigné la rubrique concernant les voies et délais de recours ;

Vu l'ordonnance n° 0801275 du 21 février 2008, par laquelle le juge des référés du Tribunal a enjoint à la commune d'Aix-en-Provence de différer la signature du marché dont la procédure de passation est contestée ;

N° 0801275

2

Vu le mémoire, enregistré le 5 mars 2008, présenté pour la commune d'Aix-en-Provence, représentée par son maire en exercice, par Me Canonne, qui demande au juge des référés du Tribunal de :

1° rejeter la requête ;

2° condamner la société requérante à lui verser la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la société requérante ne justifie pas de son intérêt pour agir dès lors qu'elle n'établit pas avoir été lésée par les manquements qu'elle allègue, la procédure contentieuse qu'elle a engagée étant détournée de son objet ;

- n'ayant présenté sa candidature que pour 5 des 7 lots offerts à la consultation, elle n'est pas recevable à demander l'annulation de la procédure concernant les lots pour lesquels elle n'a présenté aucune candidature, en l'absence d'ailleurs de vices de nature à entacher globalement la procédure ;

- le marché en cause est passé selon une procédure adaptée, permettant au pouvoir adjudicateur d'en fixer librement les règles ;

- elle n'a pas limité l'accès à la commande publique en exigeant des candidats qu'ils justifient de références similaires dans leur offre, alors qu'aucune des pièces exigées à l'appui de leur candidature n'introduit de restriction qui ne soit pas permise ;

- cette exigence concernant les références était librement entendue et n'était pas limitée aux seules collectivités publiques ;

- elle pouvait régulièrement intervenir au stade de l'examen des offres ;

- la rubrique de l'avis de publicité relative aux voies et délais de recours, qui n'était pas obligatoire s'agissant d'une procédure adaptée, mais figure dans les formulaires électroniques devant être renseignés, comporte des indications suffisantes, le marché étant, en outre, destiné à des juristes ;

Vu le mémoire, enregistré le 5 mars 2008, présenté par la SELARL LEGITIMA, qui conclut aux mêmes fins que dans sa requête, par les mêmes moyens ;

Elle fait également valoir que :

- sa requête est recevable, dès lors qu'elle n'a pas à justifier que les manquements qu'elle invoque lui aient été préjudiciables ;

- l'avis de publicité n'indique pas les niveaux minimaux de capacité exigés aux articles 45 et 52 du code des marchés publics ;

- le pouvoir adjudicateur a irrégulièrement retenu un critère de capacité au stade du choix de l'offre ;

- les dispositions de l'article 51 du code des marchés publics ont été méconnues dès lors qu'il est exigé qu'en cas de groupement, celui-ci soit solidaire, une telle exigence n'étant pas justifiée en l'espèce ;

- le critère de réactivité du titulaire du marché ne pouvait constituer un sous-critère de la valeur technique mais devait être un critère à part entière, conformément aux dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ;

N° 0801275

3

- le principe du secret professionnel qui s'impose aux avocats en vertu des dispositions de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 a été méconnu dès lors que la commune d'Aix-en-Provence a autorisé les candidats à communiquer, au titre des références, l'identité de leurs clients ;

- les sous-critères entrant en ligne de compte pour l'appréciation de la valeur technique de l'offre ne sont pas identifiés de manière exhaustive et les modalités de leur utilisation ne sont pas davantage détaillées ;

Vu le mémoire, enregistré le 7 mars, présenté par la SELARL LEGITIMA, qui maintient ses conclusions, par les mêmes moyens que précédemment et qui fait valoir, en outre, que :

- l'avis de publicité étant commun aux 7 lots concernés, l'irrégularité qui l'entache affecte l'intégralité de la procédure ;

- la commune a prévu des critères non liés et proportionnés à l'objet du marché ;

- elle ne lui a pas communiqué les motifs de la décision d'éviction qu'elle a prise à son encontre, en méconnaissance des dispositions de l'article 83 du code des marchés publics, alors qu'elle a entendu faire application de l'article 80 de ce code, en lui notifiant la décision d'éviction ;

- si les articles 80 et 83 étaient considérés comme inapplicables, l'exigence de motivation de la décision s'imposerait sur les dispositions de la loi du 11 juillet 1979 imposant la motivation de toute décision défavorable ;

- si le pouvoir adjudicateur s'est réservé la possibilité de négocier avec les candidats, il n'a pas défini les termes et les modalités de cette négociation et ne les a pas portés à la connaissance des candidats au stade de la publicité ;

Vu le mémoire, enregistré le 7 mars 2008, présenté pour la commune d'Aix-en-Provence, qui maintient ses précédentes écritures et qui soutient, également, que :

- le moyen tiré de la méconnaissance des articles 45 et 52 du code des marchés public sera écarté dès lors que ces dispositions ne sont pas applicables aux procédures adaptées ;

- l'exigence relative au caractère solidaire de tout groupement, portée à la connaissance des candidats dans l'avis de publicité, est justifiée, le moyen échappant à la compétence du juge des référés précontractuels et l'article 51 du code des marchés publics n'étant pas applicable aux marchés passés selon une procédure adaptée ;

- le critère de délai pouvait régulièrement être présenté comme un sous-critère de la valeur technique, l'article 53 du code des marchés publics n'étant pas applicable aux procédures adaptées ;

- il n'a pas été porté atteinte aux règles déontologiques pesant sur les avocats, la possibilité leur étant reconnue de divulguer, dans le cadre des procédures de passation des marchés, l'identité de leurs clients, avec l'accord de ces derniers ;

Vu le mémoire, présenté le 10 mars 2008, par la SELARL LEGITIMA, qui confirme ses précédentes écritures et soutient, en outre, que :

- en ne mentionnant dans l'avis d'appel public à la concurrence que l'application de la loi du 31 décembre 1971, relative à la profession d'avocat, le pouvoir adjudicateur a induit les candidats en erreur, en leur laissant penser qu'elle n'appliquerait que ce texte ;

N° 0801275

4

- la décision à caractère normatif du 12 juillet 2007 n'est pas applicable au cas d'espèce ;
- les dispositions de l'article 45 du code des marchés publics sont bien applicables en l'espèce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision du président du Tribunal désignant M. Hermitte, vice-président, comme juge des référés ;

Vu la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience :

- la SELARL LEGITIMA ;
- la commune d'Aix-en-Provence ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 10 mars 2008 :

- le rapport de M. Hermitte, vice-président, qui prend acte du refus de la commune d'Aix-en-Provence de recevoir notification du dernier mémoire déposé juste avant l'audience par la SELARL LEGITIMA ;
- les observations de M. Lanzarone, représentant la SELARL LEGITIMA, qui a repris et développé ses écritures ;
- les observations de Me Canonne, pour la commune d'Aix-en-Provence, qui a confirmé ses écritures, en insistant sur le choix de la commune de mettre en œuvre une procédure adaptée pour la passation du marché en cause ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience ;

Vu la note en délibéré, enregistré le 11 mars 2008, présentée par la SELARL LEGITIMA ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :
 « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public./ Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local./ Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours./ Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise./ Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Sur les fins de non recevoir opposées en défense :

Considérant, d'une part, que si, en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, peuvent seules saisir le juge des référés précontractuels les personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, il résulte des termes mêmes de ces dispositions que le requérant n'a pas à justifier de ce que les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il invoque l'aient effectivement lésé ;

Considérant, d'autre part, qu'alors même qu'elle n'a présenté de candidature que pour cinq des sept lots objet de la procédure de passation en cause, laquelle a donné lieu à la publication d'un avis d'appel public à la concurrence unique, la SELARL LEGITIMA est recevable à contester l'ensemble de la procédure de passation des sept lots retenus par le pouvoir adjudicateur ;

Considérant que les fins de non recevoir opposées par la commune d'Aix-en-Provence en défense doivent, par suite, être écartées ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

Considérant, d'une part, que l'article 5 du règlement établi par la commune d'Aix-en-Provence dans le cadre de la consultation lancée le 14 novembre 2007, date d'envoi à la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, qui précise les éléments pris en compte pour apprécier la valeur technique des offres, affectée d'une pondération de 70 %, prévoit que les candidats devront faire figurer, dans la seconde enveloppe intérieure contenant leur offre, des « Références de prestations similaires dans le domaine faisant l'objet du lot sollicité » ; que, d'une part, en posant une telle exigence, le pouvoir adjudicateur a introduit, au stade de l'examen des offres, un critère qui porte en fait sur les garanties professionnelles dont justifient les candidats, qui doivent être appréciées au stade de la première enveloppe et de la phase d'examen de leur candidature ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que ce critère serait de nature, en l'espèce, à permettre à l'organe compétent de porter une appréciation éclairée sur la valeur technique des offres proprement dite ; que, d'autre part, en ne permettant pas aux candidats d'établir la valeur technique de leur offre par tout autre moyen, la commune d'Aix-en-Provence a, de manière irrégulière, si ce n'est restreint l'accès à la commande publique, du moins privé des candidats potentiels, en particulier ceux nouvellement installés, de toute chance de se voir attribuer le marché, d'autant plus que les sept lots retenus ont chacun un objet très précis ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, dans sa rédaction résultant de la loi du 11 février 2004 : « 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 » ;

Considérant qu'il appartient à la personne responsable du marché de s'abstenir d'imposer des prescriptions qui conduiraient les candidats à méconnaître les règles légales ou déontologiques s'appliquant à leur profession ; que la production de références professionnelles par des avocats candidats à un marché public ne porte pas atteinte au secret régissant leurs relations avec leurs clients 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 lesquelles les conseils ont été donnés ; qu'en permettant aux candidats, dans le règlement de la consultation, d'assortir les références qu'ils souhaitent produire du nom des collectivités, avec l'accord de ces dernières, le pouvoir adjudicateur a méconnu ces dispositions auxquelles n'a pas pu légalement déroger une décision du conseil national des barreaux modifiant le règlement intérieur national de la profession d'avocat ;

Considérant que, par suite, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que la SELARL LEGITIMA est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché de service de conseil et d'assistance juridique, depuis l'origine, eu égard aux manquements aux obligations de mise en concurrence retenus ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, que le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée ; il peut, même d'office, ou pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ;

Considérant que la SELARL LEGITIMA n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une condamnation soit prononcée à son encontre sur leur fondement ;

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché de service de conseil et d'assistance juridique lancée par la commune d'Aix-en-Provence le 14 novembre 2007 est annulée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la commune d'Aix-en-Provence sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SELARL LEGITIMA et à la commune d'Aix-en-Provence.

Fait à Marseille, le 12 mars 2008.

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La république mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône, en ce qui le concerne ou à tous les huissiers de justice à ce que requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,
Pour le greffier en chef.