

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1409379/3-5

SCP CHARREL et associés

F. Bataille
Juge des référés

Ordonnance du 4 juillet 2014

39-08-015-01

C

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 10 juin 2014, présentée pour la SCP Charrel et associés dont le siège est 5, rue Boussairolles à Montpellier (34000), par Me Garreau, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ;

La société demande au juge des référés :

- 1° en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du marché de service ayant pour objet des prestations de représentation, de conseil et d'assistance juridique (CSA-DJ-14-01 lot n° 3 : droit des contrats publics) lancée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ;

- 2° de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6.000 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société expose que la procédure de passation du marché en cause, a été une procédure adaptée en application des articles 28 et 30 du code des marchés publics, le marché étant divisé en trois lots dont le lot n° 3 « droit des contrats publics », que le CSA lui a demandé des précisions relatives à son offre et portant (courriel du 27 mars 2014) sur la représentation en cas de nécessité de recours à un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et le cas de conflit d'intérêts ainsi que (courriel du 24 avril 2014) sur la confirmation que le prix unitaire indiqué dans le bordereau de prix unitaires (BPU) est applicable aux trois niveaux de juridiction, question à laquelle il a été répondu que la société ne pouvait s'engager sur le prix de représentation devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, pour laquelle elle a recours aux services de trois cabinets ; que son offre a été éliminée par courrier du 30 mai 2014 sur le fondement de l'article 53 III du code des marchés publics au motif que le BPU ne prend pas en compte les frais de représentation par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ;

Elle soutient que la procédure est entachée de manquements aux obligations de publicité et de concurrence qui sont directement en lien avec les motifs d'irrégularité de son offre et l'ont donc lésée :

Seul un avocat aux Conseils pouvant assurer la représentation devant ces juridictions suprêmes, un allotissement s'imposait en vertu de l'article 10 du code des marchés publics et par application du principe de liberté d'accès à la commande publique prévu au II de l'article 1^{er} du même code. Ce manquement a lésé la société qui ne pouvait pas s'engager pour ces prestations.

La circonstance que le marché autorisait le recours à un groupement ne pouvait valablement permettre de se dispenser de cet allotissement. En effet cette possibilité confine à une obligation pour les avocats à la Cour et cette obligation est illicite en vertu des articles 1^{er} et 51 du code des marchés publics. En outre un groupement avocat à la cour / avocat aux Conseils est impossible eu égard à la contradiction entre la prévention des conflits d'intérêt et le principe d'intangibilité des groupements prévu par l'article 51 du code des marchés publics. Enfin la forme imposée, « souhaitée » selon l'article 6 du règlement de la consultation, du groupement solidaire est prohibée par une délibération de 2009 de l'Ordre des avocats aux Conseils, donc impossible. Un avocat à la Cour ne peut enfin sous-traiter une compétence dont il ne dispose pas.

Ces manquements l'ont lésée puisqu'il lui a été reproché que le BPU ne prend pas en compte les frais engagés par un avocat aux Conseils ;

Vu, enregistré le 19 juin 2014, le mémoire en défense, présenté par le Conseil supérieur de l'audiovisuel qui conclut au rejet de la requête aux motifs que l'offre étant irrégulière ne pouvait qu'être éliminée ;

L'allotissement s'est effectué sans erreur manifeste d'appréciation. Le contentieux est majoritairement celui de l'excès de pouvoir et le recours à un avocat n'est dans ce cas pas obligatoire même devant le Conseil d'Etat. Un allotissement réservé aux seuls avocats aux Conseils n'aurait suscité qu'une faible concurrence en raison du faible nombre d'affaires concernées. Au demeurant l'attributaire est un avocat à la Cour.

La liberté d'accès à la commande publique a été respectée.

La nécessité de se constituer en groupement ou de sous-traiter n'est pas en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Les principes d'intangibilité des groupements et de prévention des conflits d'intérêts n'ont pas été méconnus : il incombait à la société de se constituer en groupement avec une personne physique ou morale sans lien avec le CSA ou de sous-traiter une partie des prestations. En cas de défaillance, il ressort du V de l'article 51 du code des marchés publics que la société pouvait proposer au CSA un ou plusieurs sous-traitants.

La formation d'un groupement solidaire n'était pas imposée et ce n'a pas été le motif du rejet de l'offre.

Si cette forme avait été imposée après l'attribution du marché, ce n'aurait pu l'être que si l'exécution du marché le justifiait en application de l'article 6 du règlement de la consultation Il ne saurait être présumé de l'intention du CSA à cet égard.

Le caractère solidaire du groupement n'aurait pu conduire le CSA à contraindre la société à réaliser l'ensemble des prestations demandées. La solidarité est une obligation financière et non technique en vertu de l'article 51 du code des marchés publics dans sa version de 2006, ce qui n'était pas le cas dans la version de 2001.

La délibération de 2009 de l'Ordre des avocats aux Conseils ne s'impose pas au pouvoir adjudicateur quant à l'appréciation de la compatibilité du groupement solidaire avec les règles déontologiques des avocats. Il doit veiller à leur respect en vertu du 4° de l'article 30 du code des marchés publics mais n'est pas lié par elles. Au demeurant la société aurait pu s'associer dans le cadre d'un groupement conjoint ou prévoir une sous-traitance.

Le pouvoir adjudicateur ne saurait s'immiscer dans l'élaboration du contrat de groupement à charge pour la société de prendre toute mesure utile pour veiller au respect des règles déontologiques.

Vu, enregistré le 25 juin 2014, le mémoire en défense, présenté pour la Selas Adamas par Me Droz ; la société conclut au rejet de la requête ;

Elle expose qu'à la question posée le 24 avril 2014, à savoir l'applicabilité du prix unitaire indiqué dans le BPU à toute représentation en justice, elle a répondu qu'elle ne pourrait directement représenter le CSA devant le Conseil d'Etat que dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir ;

Elle soutient que :

- l'allotissement est régulier : la société Charrel a mal interprété les documents de la consultation ; en effet la représentation peut être directe ou indirecte, le dossier dans ce dernier cas pouvant être communiqué à un avocat aux Conseils ; la possibilité de conclure un marché en ne distinguant pas selon les missions de conseil et de représentation juridique mais selon les matières ou disciplines est admis par la jurisprudence ; un marché unique pour le lot n° 3 était possible compte-tenu du volume d'affaires minime et du coût trop élevé d'un allotissement interne à ce lot n°3 ; un allotissement par matière et par missions (conseil et représentation) aurait été trop parcellaire.
- il était possible d'indiquer le coût de la prise en charge d'un dossier lorsque le contentieux requiert l'intervention d'un avocat aux Conseils ; il appartenait au candidat de contacter préalablement un avocat aux Conseils, le titulaire faisant ensuite son affaire pour qu'une seule facturation soit faite au tarif affiché au BPU.
- la possibilité de former un groupement ou de recourir à un sous-traitant n'est pas constitutive d'un manquement ; le principe d'intangibilité du groupement ne peut être opposé dès lors qu'un membre du groupement doit être sans conflit d'intérêts au moment de la consultation et veiller évidemment à ne pas le devenir ensuite ; le marché n'est pas réservé aux avocats aux Conseils grâce à la possibilité de sous-traitance ;

Vu, enregistré le 26 juin 2014, le mémoire en réplique présenté pour la SCP Charrel tendant aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens en insistant sur le fait qu'un avocat à la Cour ne peut sous-traiter les représentations réservées aux avocats aux Conseils dès lors que le titulaire d'un marché doit être responsable de la réalisation des prestations par son sous-traitant ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision, par laquelle le président du tribunal a désigné M. Bataille, vice-président de section, pour statuer sur les demandes de référés ;

Les parties ayant été convoquées à l'audience qui s'est tenue le 27 juin 2014 à 16h ;

Après avoir présenté son rapport et entendu les observations de :

- Me Garreau, avocat au Conseil d'Etat et à la cour de cassation, pour la SCP Charrel et associés ;
- Mme Mauboussin pour le CSA ;
- Me Droz pour la SELAS Adamas ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience, à 16h, la clôture de l'instruction ;

1. Considérant que la SCP Charrel et associés demande au juge des référés d'une part, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du marché de service ayant pour objet des prestations de représentation, de conseil et d'assistance juridique (CSA-DJ-14-01 lot n° 3 : droit des contrats publics) mise en oeuvre par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et d'autre part, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 6.000 € ;

Sur les conclusions relatives à la passation du marché :

2. 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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. »* ; qu'en vertu de ces dispositions, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

3. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 5 février 2014, le CSA a mis en oeuvre une procédure de passation adaptée en application des articles 28 et 30 du code des marchés publics, en vue de conclure un marché à bons de commande au sens de l'article 77 du code des marchés publics dont l'objet est défini ainsi par l'article 1.1 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) : *« Le marché a pour objet la représentation en justice du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autorité publique indépendante (API), dans le cadre de certains contentieux le concernant devant les juridictions nationales, notamment le Conseil d'Etat ; mais également des prestations d'assistance et de conseil juridique »* ; que cet article précise que le marché est composé de trois lots qui sont définis par l'article 1.2 du même cahier, suivant un découpage par domaine juridique, à savoir le lot n° 1 : droit public, le lot n° 2 : droit privé et le lot n° 3 : droit des contrats publics ; que ce cahier précise également en son 2. « contexte » que *« le CSA doit envisager la nécessité d'un recours régulier à un avocat, celui-ci devant être en mesure de le représenter non seulement devant les juridictions de premier et deuxième degré, mais également d'assurer sa représentation, directement ou non, devant le Conseil d'Etat ou les autres juridictions suprêmes – Conseil constitutionnel notamment »*, et en article 3.1 que *« le titulaire*

pourra être amené à intervenir devant les juridictions de tous ordres » ; qu'il en résulte que le CSA, du fait de l'allotissement par domaine juridique, a entendu ne pas réserver la possibilité de faire acte de candidature aux avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et n'a notamment pas entendu procéder à un autre allotissement, transversal, en tout ou partie, aux trois lots existants, portant sur la représentation devant les juridictions suprêmes dont ces avocats ont le monopole lorsque le ministère d'avocat y est obligatoire ; que par voie de conséquence, l'article 6 du règlement de consultation prévoit que : « L'offre sera présentée par une seule entreprise ou par un groupement. En cas de groupement, la forme souhaitée par le pouvoir adjudicateur est un groupement solidaire. / Si le groupement attributaire du marché est d'une forme différente, il pourra lui être demandé d'assurer sa transformation pour se conformer au souhait du pouvoir adjudicateur tel qu'il est indiqué ci-dessus. » ;

4. Considérant par ailleurs que le règlement de consultation prévoit en son article 12.2 que pour chaque lot, au titre de son offre le candidat aura à produire un dossier complet comprenant notamment un bordereau de prix unitaires et que l'article 11 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) prévoit que « le marché est traité à prix unitaires figurant dans le bordereau de prix unitaires. / Les prix sont fermes et non révisables pendant la durée du marché. »

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, concernant le lot n° 3 en litige, par courriel du 24 avril 2014, le CSA a demandé à la SCP Charrel de confirmer que le prix unitaire indiqué dans le bordereau de prix unitaires (BPU) est applicable aux trois degrés de juridiction, question à laquelle il a été répondu que la société ne pouvait s'engager sur le prix de représentation devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, pour laquelle elle a recours aux services de trois cabinets ; que l'offre de la SCP Charrel a été éliminée par courrier du 30 mai 2014, reçu le 2 juin 2014, pour irrégularité en vertu du III de l'article 53 du code des marchés publics au motif que le bordereau de prix unitaires de la SCP Charrel ne prend pas en compte les frais engendrés par la représentation du CSA par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation lorsque la nature du contentieux le justifie ; que la Selarl Adamas a été déclarée attributaire ; qu'à cet égard, l'instruction n'a pas permis de déterminer si l'offre de l'attributaire était faite en groupement, si oui, si le groupement est solidaire ou conjoint, et avec quel cabinet avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, si non selon quelles modalités de recours à un tel avocat, de sous-traitance ou pas, ayant permis à l'attributaire de s'engager à ce que le prix unitaire comprenne les honoraires des prestations de représentation devant les juridictions suprêmes et en cas de dépassement de ces honoraires, quelles formes et circuits de rémunération et de reversement du surplus par la société attributaire ;

6. Considérant qu'aux termes de l'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 économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions* » ;

7. Considérant que la SCP Charrel fait valoir que constitue une erreur manifeste d'appréciation le choix d'un allotissement qui ne prend pas en compte la capacité juridique à réaliser la prestation ; que le CSA fait valoir que, compte-tenu du faible nombre d'affaires nécessitant le recours à des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et pour assurer une pleine concurrence, il ne lui a pas paru justifié de procéder à un allotissement réservant à de tels avocats la partie du ou des lots nécessitant une telle représentation et qu'il appartenait donc

aux candidats de proposer des offres soit en entreprise seule, cas limité à ces seuls avocats, soit pour les avocats à la Cour, en groupement solidaire ou conjoint, donc avec un avocat aux Conseils, ou par recours à la sous-traitance ;

8. Considérant en premier lieu et en tout état de cause qu'il ressort de l'ensemble des documents du marché et notamment de l'article 6 du règlement de consultation, dont les dispositions sont rappelées au point 3 du présent jugement, que le cas de sous-traitance n'est pas prévu en l'espèce ;

9. Considérant en second lieu qu'il ressort de ces dispositions de l'article 6 du règlement de consultation que si le cas de groupement conjoint n'est pas exclu lors de la présentation des offres, le passage à la forme souhaitée de groupement solidaire, qui implique que chaque membre du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché mais aussi pour la réalisation de l'ensemble des prestations en vertu de l'article 51 du code des marchés publics, sera avec une très forte probabilité demandé à l'attributaire ; que le monopole de représentation des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation s'oppose, comme l'indique à bon droit une délibération de 2009 du Conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils, sauf à méconnaître les règles de constitution des lots prévues par l'article 10 du code des marchés publics, rappelées au point 6 du présent jugement, en ce qu'elles prévoient le respect des règles applicables à certaines professions, à ce que ces avocats concluent un marché dans le cadre d'un groupement solidaire ou lorsque le marché prévoit le passage éventuel d'un groupement conjoint à un groupement solidaire ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres arguments soulevés par la SCP Charrel et associés, que celle-ci est fondée à soutenir que la procédure de passation du marché en cause, notamment de son lot n° 3, est entachée d'un manquement aux règles de concurrence qui l'a lésée et doit par suite être annulée ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant qu'il y a lieu de faire droit, à hauteur de la somme de 2 000 euros, aux conclusions de la SCP Charrel et associés présentées à l'encontre du CSA au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché de service ayant pour objet des prestations de représentation, de conseil et d'assistance juridique (CSA-DJ-14-01 lot n° 3 : droit des contrats publics) mise en oeuvre par le Conseil supérieur de l'audiovisuel est annulée.

Article 2 : Le Conseil supérieur de l'audiovisuel versera à la SCP Charrel et associés la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SCP Charrel et associés, au Conseil supérieur de l'audiovisuel et à la Selas Adamas.

Fait à Paris, le 4 juillet 2014.

Le juge des référés,

Le greffier,

F. BATAILLE

P. NSOUARI

La République mande et ordonne au ministre de la culture en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.