

Commission ouverte

DROIT PUBLIC

Responsables : Françoise SARTORIO et Gabriel BENESTY

SOUS-COMMISSION OBSERVATOIRE

L'exigence de consultations juridiques et/ou cas pratiques divers lors de la remise d'offres pour les marchés portant sur des prestations d'assistance juridique



COMMISSION DE DROIT PUBLIC

SOUS COMMISSION OBSERVATOIRE

L'exigence de consultations juridiques et/ou cas pratiques divers lors de la remise d'offres pour les marchés portant sur des prestations d'assistance juridique

Dans la rédaction des avis d'appel public à la concurrence ou/et des documents de la consultation rédigés par les pouvoirs adjudicateurs, plusieurs points clés méritent une attention toute particulière au regard de la spécificité des prestations juridiques et de la profession d'avocat.

L'un d'entre eux est relatif aux demandes parfois formulées par les pouvoirs adjudicateurs aux candidats de leur remettre des consultations juridiques et/ou cas pratiques divers destinés à apprécier la qualité de leurs offres.

I - ENJEUX DU SUJET

Les avocats qui répondent à des marchés portant sur des prestations d'assistance juridique sont parfois confrontés à des demandes formulées par le pouvoir adjudicateur de lui remettre des consultations juridiques et/ou cas pratiques divers ; ceux-ci sont normalement destinés à apprécier la qualité de leurs offres.

Ces demandes sont cependant susceptibles de soulever diverses difficultés.

L'une d'elles tient au fait que cette exigence peut conduire les avocats à effectuer un important travail d'analyse, de recherches et de rédaction d'une ou plusieurs documents, lesquels seront joints à leurs offres pour être examinés par le pouvoir adjudicateur.

Généralement, pour ne pas dire dans la totalité des cas, ces demandes ne sont accompagnées d'aucune « indemnisation » au profit des candidats.

Cette situation est donc susceptible d'entraîner de la part des avocats des réticences très fortes quant à l'opportunité de déposer une offre, dans la mesure où ils n'ont aucune certitude quant aux chances d'être finalement retenus par le pouvoir adjudicateur.

Ces exigences doivent donc être confrontées avec la réglementation des marchés publics, laquelle prévoit certes la possibilité de demander aux candidats des échantillons témoignant de leur savoir-faire (1) mais impose cependant au pouvoir adjudicateur de prévoir une indemnisation lorsque ces échantillons exigent des « *investissements significatifs* » (2).

1/ Sur la faculté offerte au pouvoir adjudicateur de demander des échantillons aux candidats

Compte tenu de la spécificité de certaines consultations et afin de permettre de juger de la valeur technique des offres remises, l'[article 49 du Code des marchés publics](#) autorise le pouvoir adjudicateur à exiger des candidats la production « *d'échantillons, de maquettes ou de prototypes* ».

L'article 49 du Code des marchés publics prévoit ainsi que :

« Quel que soit le montant du marché, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché ainsi que d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime. »

a/ Le champ d'application de ces dispositions est particulièrement large. Une réponse ministérielle en date du 3 octobre 2006 précise en effet que :

"S'agissant de l'article 49, le code autorise le pouvoir adjudicateur à exiger des candidats la production d'échantillons, d'une maquette ou d'un prototype, mais il pose surtout, pour l'ensemble des marchés passés au-dessous et en dessous des seuils, le principe de la rémunération d'une prestation réalisée dès le stade de la procédure de passation » (Rép. min. 3 octobre 2006, JOAN p. 10351).

Ces dispositions sont donc applicables tant aux marchés conclus au terme d'une procédure formalisée qu'à ceux qui font l'objet d'une procédure adaptée, comme c'est le cas des marchés de services juridiques.

b/ La notion d'échantillon n'est cependant pas clairement définie par le Code des marchés publics.

Elle vise toutefois très certainement, par exemple, s'agissant de marchés de fournitures, la remise par le candidat de certains de ses produits au pouvoir adjudicateur pour que celui-ci puisse concrètement en apprécier la qualité.

La haute juridiction administrative a également eu l'occasion de préciser que la demande de devis descriptif formulée par le pouvoir adjudicateur ne l'autorisait pas pour autant à imposer un début d'exécution de la prestation objet du marché (CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF/BTP*, n° 297711).

Sur le fondement d'une jurisprudence récente du Conseil d'Etat (CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF/BTP*, n° 297711), dans une fiche en date du 26 avril 2011 relative à la «*Remise d'échantillons, de maquettes et de prototypes par les candidats à l'appui de leurs offres*», la Direction des affaires juridiques a également souligné que «*la remise de ces échantillons, maquettes ou prototypes ne doit, en aucun cas, constituer un début d'exécution des prestations du marché (CE, 9 juill. 2007, n° 297711, syndicat EGF/BTP)*».

Les échantillons remis par les candidats doivent donc demeurer inutilisables dans le cadre du marché.

En l'absence de définition précise de la notion d'échantillon, et sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, il apparaît donc que les consultations juridiques ou cas pratiques qui seraient réclamés aux candidats dans le cadre de la passation de marchés d'assistance juridique, peuvent être assimilés à des «*échantillons*» ; ceux-ci témoignent en effet du savoir faire du candidat et peuvent concourir à l'appréciation de la qualité technique de l'offre remise.

Dès lors, l'exigence qui serait formulée par le pouvoir adjudicateur auprès des candidats de rédiger une consultation et/ou un cas pratique portant sur l'objet même du futur marché d'assistance juridique, serait très probablement irrégulière.

2/ Sur l'obligation de versement d'une prime en cas de demande d'échantillons impliquant un «*investissement significatif*» de la part des candidats

Au regard des dispositions de l'article 49 du Code des marchés publics, lorsque le pouvoir adjudicateur demande que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes nécessitant un «*investissement significatif*» de la part des candidats, une prime doit alors leur être versée.

a/ La notion «*d'investissement significatif*» devant donner lieu à indemnisation n'est pas non plus définie par les textes.

La jurisprudence est hélas aussi peu fournie sur ce point.

A l'occasion de la contestation de la procédure de passation d'un marché portant sur la conception graphique d'un bulletin d'informations municipales, le juge administratif a cependant pu apporter d'utiles précisions ; il a considéré en effet que la demande formulée par la personne publique aux candidats de produire une maquette graphique et ce, en l'absence de toute indemnisation, n'était pas irrégulière et n'était pas de nature à fausser la concurrence.

Le juge a estimé que la prestation demandée «*était simple et que le temps mis pour la réaliser devait être estimé entre quatre et huit heures*», ce qui selon son appréciation ne suffisait pas à caractériser la méconnaissance des règles de mise en concurrence (TA Lille, Ord., 1^{er} février 2002, *Société Texto*, Contrats – Marchés publics 2002, comm. 170).

De son côté, la doctrine administrative est en revanche un peu plus abondante sur le sujet.

Une réponse ministérielle en date du 12 octobre 2010 indique ainsi d'abord que :

« L'investissement peut être considéré comme significatif dès lors que les charges provoquées par la présentation d'échantillons, de maquettes ou de prototypes sont sensiblement plus élevées que celles généralement supportées par les candidats aux marchés publics pour lesquels aucune précision du contenu de l'offre n'est demandée et que cette différence, si elle n'était compensée par le versement d'une prime, aurait pour effet de dissuader les candidats potentiels de participer à la consultation. Il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer le niveau de la prime en fonction du montant du marché et de l'investissement supporté par les candidats dans l'élaboration de leur offre afin d'assurer une juste compensation financière du coût des échantillons fournis. » (Rép. min. du 12 octobre 2010, JOAN p. 11184)

Dans sa fiche précitée en date du 26 avril 2011, la Direction des affaires juridiques précise quant à elle que *« l'investissement peut être considéré comme significatif »* dès lors que :

- *« les charges provoquées par la présentation d'échantillons, de maquettes ou de prototypes sont sensiblement plus élevées que celles généralement supportées par les candidats aux marchés publics pour lesquels aucune précision du contenu de l'offre n'est demandée ».*
- ces charges, *« si elle n'était compensée par le versement d'une prime, auraient pour effet de dissuader les candidats potentiels de participer à la consultation ».*

Au regard de la jurisprudence et de la doctrine précitées, la notion *« d'investissement significatif »* donnant lieu à indemnisation doit donc être appréciée *in concreto*, au cas par cas.

Néanmoins, il paraît que l'exigence qui serait formulée par un pouvoir adjudicateur auprès d'avocats de rédiger de très lourdes consultations juridiques et/ou cas pratiques, nécessitant de passer un nombre très important d'heures à leur élaboration, pourrait constituer un investissement significatif si elle avait pour effet de dissuader les candidats potentiels de participer à la consultation, à défaut de versement de prime.

b/ S'agissant du montant de cette prime, là encore, les textes n'apportent aucune précision sur ce point.

Dans sa fiche précitée en date du 26 avril 2011, la Direction des affaires juridiques expose simplement que :

« Le montant de la prime n'a pas à équivaloir, à l'euro près, le coût exposé par le candidat mais représente une atténuation du risque financier qu'il a pris. Elle est versée après remise et analyse des offres selon les modalités précisées par les documents de la consultation. »

A ce titre, une réponse ministérielle en date du 1er octobre 2006 précise que :

« [...] il est nécessaire de permettre **au pouvoir adjudicateur de déterminer le niveau de la prime en fonction du montant du marché et du niveau des prestations qu'il exige**. Il lui appartient d'évaluer un niveau de prime suffisant qui permette de garantir le respect des principes de la commande publique et notamment ceux de la libre concurrence et de l'égalité de traitement des candidats. » (Rép. min. du 3 octobre 2006, JOAN p. 10351)

En l'absence de toute précision, il paraît néanmoins là encore raisonnable de considérer que, à tout le moins, le montant de la prime allouée en cas d'investissements significatifs demandés aux candidats ne devrait pas être manifestement insuffisant par rapport au coût réel des charges effectivement supportées par les candidats.

CONCLUSION

S'agissant de marchés portant sur la réalisation de prestations d'assistance juridique, les pouvoirs adjudicateurs réclament parfois aux avocats la remise de consultations juridiques et/ou cas pratiques, lesquels sont destinés à permettre d'apprécier la qualité technique de leurs offres.

La demande de rédaction de consultations porte parfois sur des sujets complexes nécessitant un travail très important des avocats souhaitant répondre à la procédure de consultation lancée par le pouvoir adjudicateur. Le plus souvent, aucune indemnisation n'est prévue au profit des candidats.

Cette absence d'indemnisation peut dissuader certains avocats de vouloir répondre à la procédure de consultation lancée par le pouvoir adjudicateur ; elle fausse ainsi la concurrence.

Plus rarement, la demande de consultation porte sur le contenu même des futures prestations d'assistance juridique qui seront dévolues au titulaire du marché d'assistance juridique.

Ces situations ne sont pas régulières au regard du droit de la commande publique.

En effet, lorsque le pouvoir adjudicateur demande que les offres soient accompagnées d'échantillons nécessitant un « *investissement significatif* » de la part du candidat, les dispositions de l'article 49 du Code des marchés publics prévoient qu'une prime doit alors leur être versée.

Par ailleurs, il a été jugé que la remise de ces échantillons ne doit en aucun cas constituer un début d'exécution des prestations du marché.

Ces situations extrêmes devraient conduire l'Ordre à réagir.

PRECONISATIONS

S'agissant des marchés portant sur des prestations d'assistance juridique, il y a lieu pour l'Ordre de veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs respectent les dispositions et principes posés par l'article 49 du Code des marchés publics.

Dans la mesure où le pouvoir adjudicateur réclamerait aux candidats la rédaction d'une consultation ou d'un cas pratique portant sur l'objet même des prestations d'assistance juridique à accomplir dans le cadre du marché, il conviendrait alors d'attirer son attention sur l'irrégularité d'une telle demande.

De la même manière, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur exigerait de la part des avocats la remise de consultations juridiques et/ou cas pratiques nécessitant un « *investissement significatif* » de leur part, il conviendrait alors de porter une attention toute particulière sur les conditions dans lesquelles une indemnisation des candidats serait ou non prévue.

Si aucune prime n'était prévue, il conviendrait alors pour l'Ordre d'intervenir en informant le pouvoir adjudicateur de la violation manifeste des dispositions de l'article 49 du Code des marchés publics.

Si une prime était prévue, dans la mesure où son montant apparaîtrait comme dérisoire et manifestement insuffisant par rapport aux investissements exigés des candidats, il conviendrait alors aussi pour l'Ordre d'intervenir en informant le pouvoir adjudicateur de la violation des dispositions de l'article 49 du Code des marchés publics