

7ème et 2ème chambres réunies
Séance du 23 mars 2018
Lecture du 4 avril 2018 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'attribution d'un marché public à un candidat qui ne remplit pas les conditions légales ou contractuelles pour l'exécuter constitue de la part du pouvoir adjudicateur un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence puisqu'elle prive irrégulièrement les candidats qui satisfont ces exigences de l'accès à la commande publique. Vous avez jugé à plusieurs occasions que le contrôle de la compétence du candidat pressenti pour exécuter le marché relevait de l'office du juge du référé précontractuel (18 juin 2010, *Garde des sceaux c/ sté Bureau Véritas*, n° 336418, aux T, à propos de l'interdiction faite aux entreprises exerçant une activité de contrôle technique de réaliser des opérations de conception et construction d'un ouvrage; 18 septembre 2015, *Association de gestion du conservatoire national des arts et métiers des pays de la Loire*, n° 390041, aux T et 4 mai 2016, *ADILE de Vendée*, n° 396590, aux T, à propos de la compétence des candidats au regard de leur objet statutaire ou social). La présente affaire vous conduira à apporter quelques précisions quant à l'exercice de cet office lorsqu'une partie des prestations du marché litigieux ne peut être légalement exécutée que par des personnes présentant certaines qualifications et que le candidat est un groupement conjoint dont seuls certains membres remplissent ces conditions. Votre décision sera également lue avec attention par les professions juridiques dont les dispositions législatives protégeant leur compétence sont au coeur du litige.

L'office public de l'habitat du Vaucluse, dénommé "Mistral Habitat", a lancé en juin 2017 une procédure adaptée en vue de l'attribution d'un marché public de services portant sur une "mission visant à obtenir des dégrèvements sur les impositions de taxe foncière sur les propriétés bâties au titre des dépenses pour économies d'énergie, pour l'adaptation des logements handicapés et de la vacance". Ces marchés sont courants, au point que la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, qui les désigne comme des "conventions de recherche d'économies", leur a consacré une fiche publiée sur le site du ministère. L'établissement acheteur a retenu l'offre présentée par un groupement conjoint d'entreprises composé de la société Atax consultants, qui exerce une activité de "conseil pour les affaires et autres conseils de gestion" et de Me K..., avocat. La SELAS Altraconsulting, société d'avocats, dont l'offre a été classée en seconde position, a contesté la régularité de cette attribution devant le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Nîmes, en faisant valoir que le marché ne pouvait être attribué, compte tenu de son objet, à un groupement composé même en partie d'une société de conseils n'ayant pas compétence pour effectuer des actes juridiques au sens de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qui réserve aux personnes titulaires d'une licence en droit ou justifiant d'une compétence juridique le droit de donner des consultations juridiques ou de rédiger des actes sous seing privé, pour autrui.

Par une ordonnance du 23 novembre 2017 contre laquelle la société Altraconsulting se pourvoit en cassation, le juge des référés a rejeté sa demande. Après avoir indiqué que "les prestations juridiques ne peuvent être délivrées que directement par les professionnels qui disposent des qualifications requises par l'article 54 précité de la loi du 31 décembre 1971, ce qui implique qu'ils soient cotraitants du marché à l'exécution duquel ils doivent participer et donc qu'ils signent l'acte d'engagement", il a relevé qu'il n'était pas contesté que le groupement attributaire avait "proposé sa candidature sous la forme d'un groupement conjoint composé notamment d'un avocat et que l'acte d'engagement doit, par suite, être signé par les deux cotraitants du marché en litige" et a conclu "qu'il suit de là que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que l'OPH Mistral Habitat a méconnu les dispositions de l'article 54 de la loi de 1971 ».

Les deux moyens les plus intéressants critiquent sous l'angle de l'erreur de droit le fait que le juge du référé se soit contenté, pour juger que l'attribution du marché ne méconnaissait pas le monopole des professions juridiques, de ce que le marché était signé par au moins une personne susceptible de l'exécuter légalement, sans s'assurer que les prestations réglementées ne pourraient être effectuées que par le membre du groupement qui était légalement habilité pour ce faire.

Nous pensons qu'il a partiellement raison. Partiellement car si le juge du référé ne peut se contenter comme il l'a fait de vérifier que le marché est co-signé par une personne légalement qualifiée pour exécuter les prestations qu'il prévoit, il ne lui appartient pas de vérifier positivement que les prestations réglementées seront effectivement exécutées par le membre du groupement qui est seul qualifié pour le faire.

En premier lieu, le constat de la co-signature du marché par une personne qualifiée pour exécuter les prestations réglementées ne nous paraît pas être une réponse suffisante au moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur a retenu une offre irrégulière au regard de la réglementation de l'activité qui est l'objet du marché.

Le groupement conjoint d'opérateurs économiques qui se porte candidat à un marché public n'est pas une personne morale distincte de ses membres. Il résulte d'une convention temporaire entre ces opérateurs économiques qui se regroupent pour exécuter le marché. Aux termes du I de l'article 45 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, dans un groupement conjoint "*chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public*". Ce groupement peut par ailleurs être solidaire "*lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public*". En revanche, il n'y a pas de solidarité fonctionnelle pour l'exécution des prestations.

Lorsque, comme en l'espèce, une partie au moins des prestations commandées ne peut être exécutée que par des personnes présentant certaines qualifications, il n'est certes pas nécessaire que tous les membres du groupement aient la capacité d'exercer toutes les prestations. Comme l'indique le V de l'article 44 du même décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, "*l'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché public*". En revanche, l'offre serait irrégulière si elle prévoyait qu'une personne ne remplissant pas l'exigence légale de qualification exécuterait des prestations qui sont réservées aux personnes qui les remplissent. Vous avez ainsi récemment jugé, à propos de la régularité de la candidature d'un GIE à un marché de prestations de

recouvrement de créances publiques, qui ne peuvent légalement être exercées que par des huissiers de justice, "que si les GIE, constitués entre plusieurs personnes physiques ou morales titulaires d'offices d'huissier de justice, ne peuvent eux-mêmes procéder au recouvrement amiable de créances ou de condamnations pécuniaires préalablement à la mise en œuvre de toute procédure coercitive, ils peuvent se porter candidat à l'obtention d'une commande publique pour le compte de leurs membres, dans le cadre de l'article 128 de la loi du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, dès lors que seuls ces derniers exécutent les prestations objet du contrat et à la condition de préciser dans l'acte de candidature quels sont les huissiers membres du groupement qui s'engagent ainsi à exécuter les prestations dans les conditions prévues par l'ordonnance du 2 novembre 1945 et les autres textes applicables aux huissiers de justice" (26 janvier 2018, *GIE Groupement périphérique des huissiers de justice*, n° 399865, aux T). Cette dernière précision vise à éviter qu'un huissier de justice associé d'une société commerciale ou civile d'exercice de la profession exécute les prestations à titre individuel, en violation des dispositions régissant ces structures d'exercice professionnel (art 46 du décret n° 69-1274 du 31 décembre 1969, pour les sociétés civiles professionnelles; art 38 du décret n° 92-1448 du 30 décembre 1992 pour les sociétés commerciales).

Par conséquent, le simple fait qu'une personne qualifiée soit membre du groupement candidat et signe le marché ne représente pas une garantie suffisante que l'offre retenue ne prévoie pas irrégulièrement que certaines au moins des prestations réglementées seront exécutées par une personne non qualifiée. S'en tenir à cette co-signature sans regarder plus précisément le contenu de l'offre et notamment l'éventuelle répartition de l'exécution des prestations entre les membres du groupement permettrait de contourner facilement la réglementation en intégrant dans les groupements une personne dont la seule contribution serait d'apporter la caution purement formelle de sa présence. Le juge du référé nous semble donc devoir vérifier que l'offre retenue ne confie pas à une personne l'exécution de prestations du marché que cette personne n'est pas légalement compétente pour réaliser.

Toutefois, et c'est notre second point, ce contrôle ne peut porter que sur la construction de l'offre telle qu'elle ressort des documents qui ont été présentés au cours de la consultation. Ce que doit vérifier le juge des référés, c'est à notre avis que l'offre retenue ne confie pas positivement l'exécution de prestations à un membre du groupement qui ne satisfait pas les conditions légales pour les exécuter. Il ne lui appartient pas de rechercher comment le marché sera effectivement exécuté. A cet égard, les arguments développés par la société requérante tendant à établir que la rémunération prévue pour l'avocat ne serait pas cohérente au regard des prestations qu'il est censé réaliser, nous semblent inopérants : ce n'est que s'il apparaissait avec évidence que la répartition des prestations était purement fictive que le juge serait fondé à la juger irrégulière.

La répartition des prestations ressort le plus souvent des offres des groupements candidats. Il est vrai que le décret de 2016 n'impose plus, comme le faisait l'article 51 du code des marchés publics, cette répartition dans un acte d'engagement qui a disparu. Le VI de l'article 45, en prévoyant que pour les marchés publics de services "*l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement, à condition de l'avoir mentionné dans les documents de la consultation*", semble même faire de l'absence de répartition la règle générale.

Nous pensons cependant que lorsque certaines prestations du marché ne peuvent être exécutées que par des personnes disposant de qualifications légales, le pouvoir adjudicateur doit exiger que les membres du groupement disposant de ces qualifications s'engagent à

exécuter les prestations pour lesquelles elles sont requises. Les dispositions que nous venons de citer lui permettent de l'exiger, afin de s'assurer de ce que le marché sera régulièrement exécuté. Faut-il l'imposer ? Nous avouons notre hésitation à fixer par voie prétorienne une règle aussi précise que n'a pas prévue le décret. Mais le risque de ne pas l'imposer est qu'elle reste théorique, incitant les groupements à ne pas indiquer la répartition des prestations entre leurs membres, rendant impossible le contrôle du respect de la loi et aboutissant à une situation finalement assez proche de celle à laquelle conduisait la position de l'auteur de l'ordonnance attaquée. Nous pensons donc que vous pourriez, comme vous l'avez fait pour les GIE d'huissiers de justice dans la décision précitée, indiquer que les groupements candidats doivent préciser dans l'acte de candidature quels sont leurs membres qui exécuteront les prestations réglementées. Cela permettra au pouvoir adjudicateur d'abord, au juge du référé ensuite, de vérifier aisément la régularité de l'offre sur ce point.

Si vous partagez ces analyses, vous annulerez l'ordonnance attaquée faute pour son auteur d'avoir recherché si l'offre retenue ne prévoyait pas l'exécution de prestations du marché par une personne qui ne remplissait pas les conditions légales pour les exécuter.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous mettrez en application ces modalités de contrôle, tous les moyens de la société évincée étant tirés de ce que l'attribution du marché à un groupement composé d'une société de conseil méconnaissait les dispositions de l'article 54 de la loi de 1971.

Contrairement à ce qu'elle soutient en premier lieu, la totalité des prestations objet du marché ne relève pas du monopole légal des professions juridiques. Selon les documents de la consultation, elles consistent à identifier les travaux effectués par l'établissement public ou pour son compte éligibles à des dégrèvements, à présenter des réclamations à l'administration fiscale ainsi que, le cas échéant, à former des actions en justice. L'analyse de l'éligibilité des travaux à des dégrèvements fiscaux, la rédaction des réclamations et l'introduction d'actions en justice constituent sans aucun doute des prestations à caractère juridique entrant dans le champ de l'article 54 de la loi de 1971. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une prestation de vérification, au regard de la réglementation en vigueur, du bien-fondé des cotisations réclamées par les organismes sociaux au titre des accidents du travail constitue elle-même une prestation à caractère juridique, peu important le niveau de complexité des problèmes posés" (Civ 1ère, 15 nov 2010, n° 09-66319, au Bull) ou que des prestations, proches de celles en cause ici, d'analyse de "l'adéquation des taxes professionnelles et foncières et des coûts énergétiques de ses clients à leur situation" et d'analyse "des critères de calcul de la taxe professionnelle à laquelle elle [la cliente] était assujettie, sur plusieurs sites" entraient dans le champ de l'article 54 de la loi de 1971 (Civ 1ère, 28 sept 2016, n° 15-18269, inédit).

S'il n'y avait que ces prestations juridiques, il ne ferait aucun doute que l'offre du groupement serait irrégulière dès lors qu'il est constant que l'un de ses membres ne remplit pas les conditions posées par la loi de 1971 pour les exécuter.

Mais le marché comporte d'autres prestations, comme le font observer tant le titulaire pressenti que l'établissement public, de collecte des informations relatives aux travaux effectués, au siège de l'établissement et auprès des prestataires, qui sont préalables à l'analyse juridique et ne présentent en elles-mêmes aucune dimension juridique. La lettre de candidature distingue d'ailleurs bien les deux ensembles de prestations : la société de conseil est chargée du "recueil des pièces nécessaires à l'audit au siège de Mistral Habitat; Elaboration des réclamations et suivi des dossiers auprès de l'administration"; l'avocat est chargé de "l'ensemble des prestations réglementées par la loi du 31 décembre 1971 (dépôt des

réclamations, recours éventuels au Tribunal administratif, etc.)".

Cette répartition n'est certes pas dénuée d'ambiguïtés : que faut-il entendre par "l'élaboration des réclamations" attribuée à la société de conseils, qui n'est pas compétente pour rédiger des consultations juridiques ? Les analyses juridiques ne sont pas non plus expressément confiées à l'avocat, qui peut seul, nous l'avons vu, les réaliser. La rémunération de l'avocat, 1 500 euros, ne semble pas non plus correspondre à la part qu'il devrait avoir dans l'exécution d'un marché compte tenu des prestations juridiques qu'il comporte.

Nous observons toutefois que la société requérante n'entre pas dans ce niveau de détail, se bornant à soutenir que le marché ne pouvait en totalité être attribué qu'à des avocats. Ces imprécisions, les doutes qu'elles peuvent légitimement susciter, ne nous paraissent cependant pas démontrer avec évidence que l'offre retenue prévoyait que la société Atax consultants exécuterait des prestations relevant de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971, en méconnaissance des dispositions de cette dernière.

Si vous partagez cet avis, vous rejetterez la demande présentée par la société Altraconsulting au juge des référés du TA de Nîmes. Vous pourrez mettre à sa charge le versement à l'OPH Mistral Habitat, à la société Atax consultants et à Me K... des sommes de 1 000 euros à chacun au titre des frais exposés dans cette instance.

Tel est le sens de nos conclusions.