

Commission ouverte

# DROIT PUBLIC

Responsables : Françoise SARTORIO et Gabriel BENESTY

## SOUS-COMMISSION OBSERVATOIRE

L'imprécision dans la détermination  
des besoins à satisfaire pour les marchés  
portant sur des missions d'assistance  
juridique



## **COMMISSION DE DROIT PUBLIC**

### **SOUS COMMISSION OBSERVATOIRE**

#### **L'imprécision dans la détermination des besoins à satisfaire pour les marchés portant sur des missions 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 à la nécessaire définition de manière suffisamment précise de ses besoins par le pouvoir adjudicateur.

#### **I - ENJEUX DU SUJET**

Les avocats qui répondent à des marchés portant sur des prestations d'assistance juridique sont parfois confrontés à des difficultés liées à l'indétermination des besoins à satisfaire tels que formulés par le pouvoir adjudicateur.

Les documents de la consultation ne comportent ainsi qu'une définition très générale des prestations à exécuter. Cette situation est susceptible d'entraîner de très fortes difficultés de la part des avocats pour calibrer au mieux leur offre.

Par exemple, il sera très difficile pour l'avocat de déterminer les moyens humains et matériels à mobiliser pour répondre aux besoins formulés par le pouvoir adjudicateur ; de la même manière, il sera très délicat pour les avocats de proposer un prix adapté aux prestations à réaliser.

L'enjeu d'une définition préalable correcte de ses besoins par le pouvoir adjudicateur et de la formulation adéquate de ceux-ci aux candidats potentiels est donc majeur.

Face à ce constat, il convient de rappeler que le Code des marchés publics lui-même fait de la définition du besoin à satisfaire, une étape obligatoire de la procédure de passation des marchés.

Aux termes de l'article 5 du Code des marchés publics, il est ainsi prévu que :

*« I. – La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. [...] »*

Un marché public doit donc répondre à des besoins déterminés par le pouvoir adjudicateur préalablement au lancement de toute consultation (a) ; ces besoins doivent être définis avec suffisamment de précision (b).

A défaut de satisfaire à cette exigence, laquelle s'impose à **tous** les marchés publics et accords-cadres, le pouvoir adjudicateur est susceptible d'engager sa responsabilité pécuniaire et des risques d'illégalité pèsent sur la procédure d'attribution du marché (c).

#### **a/ La détermination des besoins à satisfaire**

Le principe selon lequel les marchés publics ont un objet spécifique, qui est de satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur, est réaffirmé avec constance dans les Codes des marchés publics successifs.

La notion de « *détermination des besoins à satisfaire* » présente d'ailleurs un lien très fort avec « *l'objet certain qui forme la matière de l'engagement* », condition essentielle de la validité d'une convention, posée par l'article 1108 du Code civil.

La détermination des besoins à satisfaire constitue ainsi une étape préalable obligatoire et déterminante dans la passation d'un marché public : le pouvoir adjudicateur doit procéder à une analyse poussée de ses besoins, lesquels auront pour effet notamment de déterminer la nature des règles de mise en concurrence à suivre et l'appréciation des seuils de procédure.

La circulaire portant manuel d'application du Code des marchés publics du 3 août 2006, définit la notion de besoin. Elle précise que :

*« Par besoins du pouvoir adjudicateur, on entend **non seulement les besoins liés à son fonctionnement propre** (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.), mais également tout le champ des besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés de transports scolaires) »* (Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics, JORF n°179 du 4 août 2006, p. 11665).

Les marchés portant sur la réalisation de prestations d'assistance juridique sont soumis à cette obligation.

## **b/ La nécessité de définir avec précision les besoins à satisfaire**

De manière générale, la détermination des besoins à satisfaire doit être opérée de manière précise et complète.

Au-delà des jurisprudences évoquées ci-après et relative à la sanction de l'imprécision de la définition des besoins à satisfaire par le pouvoir adjudicateur, le juge administratif rappelle qu'une prestation comprise dans un marché peut ne pas être complètement détaillée seulement si elle reste marginale (en ce sens, par exemple, CAA Bordeaux, 30 octobre 2007, *Département de la Dordogne*, n° 05BX00588).

L'obligation de définir avec précision les besoins à satisfaire connaît seulement des atténuations dans l'hypothèse par exemple des marchés à procédure adaptée ou encore du dialogue compétitif : la définition des besoins peut alors se réduire à la rédaction d'un programme fonctionnel détaillé.

En matière de marchés portant sur des prestations d'assistance juridique, rien ne s'oppose *a priori* à ce que le pouvoir adjudicateur puisse définir avec précision l'étendue des besoins à satisfaire.

## **c/ La sanction du caractère imprécis de la définition des besoins**

L'insuffisante détermination de ses besoins par le pouvoir adjudicateur est susceptible d'entraîner des risques d'irrégularité de la procédure de passation du marché (1) ; elle peut aussi engager sa responsabilité (2).

(1) La définition trop imprécise des besoins par le pouvoir adjudicateur peut d'abord conduire à l'annulation du marché. Ainsi, a été par exemple jugée irrégulière la passation d'un marché dans lequel :

- l'avis d'appel à candidatures se bornait à indiquer comme objet : « *études et réalisation d'opérations de restructuration, d'extension ou de construction, de divers équipements scolaires, socio sportifs, culturels ou bâtiments administratifs susceptibles d'être engagées au cours du 4<sup>ème</sup> trimestre 1991* » pour un marché finalement conclu en vue de la modernisation d'un seul établissement scolaire (CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, p.503).
- l'avis d'appel public à la concurrence n'indiquait pas que le marché était divisé en deux lots (TA Bordeaux, Ord, 16 janvier 2002, *Sté COVED MIDI ATLANTIQUE*, n°0103358-1).

Une définition trop imprécise des besoins en matière d'assistance juridique peut aussi conduire les candidats à ne pas pouvoir déterminer avec suffisamment de justesse leur prix ; cette indétermination peut dès lors contribuer à la remise par certains avocats de prix anormalement bas, comme l'illustre une décision récente du Tribunal administratif de Cergy-pontoise (TA Cergy-Pontoise, Ord. 18 février 2011, *SCP Claisse et associés*, n°1100716).

(2) La définition trop imprécise des besoins par le pouvoir adjudicateur est aussi susceptible d'engager sa responsabilité, dans la mesure où elle peut par exemple conduire le soumissionnaire à ne pas évaluer correctement ses prix ou encore les moyens appropriés à mettre en œuvre pour exécuter le marché.

La jurisprudence administrative est relativement fournie en la matière.

Le Conseil d'Etat a, par exemple, estimé que :

*« [...] ces dispositions ne peuvent toutefois pas faire obstacle à l'indemnisation partielle de l'entrepreneur lorsque les documents techniques soumis à l'appel d'offres sont entachés d'erreurs suffisamment graves quant à la nature et aux quantités d'ouvrages à réaliser pour interdire aux concurrents de présenter leurs propositions en connaissance de cause ; [...] »* (CE, 12 mai 1989, *FOUGEROLLE FRANCE*, n° 81896).

S'agissant de marchés publics conclus à prix unitaires, il a aussi été jugé par exemple qu'en cas de sous-estimation grossière des quantités à réaliser, les prix contractuels se trouvent écartés ; le titulaire du marché peut être indemnisé du fait des matériaux excédentaires qu'il a dû acheter à un prix supérieur à celui prévu au contrat ainsi que **de toutes les conséquences qui résultent de l'erreur d'estimation commise** (CE, 11 février 1983, *Société Entreprise Caroni*, recueil p.60).

Au regard de la jurisprudence administrative, il ne fait pas de doute qu'une définition trop imprécise de ses besoins par le pouvoir adjudicateur en matière de marché portant sur des prestations d'assistance juridique, peut conduire à des risques de nullité de la convention. Elle peut aussi engager la responsabilité pécuniaire du pouvoir adjudicateur.

## **CONCLUSION**

S'agissant de la passation de marchés portant sur la réalisation de prestations d'assistance juridique, de nombreuses collectivités manquent de précision dans l'expression de leur besoin. Le contexte est souvent peu explicite. Aucune indication précise du volume des prestations à exécuter n'est fournie. Enfin, les missions attendues sont peu détaillées dans les différentes pièces de la consultation.

Ceci constitue une réelle difficulté en matière d'assistance juridique.

Cet écueil peut conduire les avocats candidats à sous-estimer ou surestimer les attentes de la collectivité mais également le prix. De plus, il peut conduire les candidats à élaborer des offres « bateau » qui ne permettent pas à l'acheteur d'effectuer une comparaison efficace au regard du critère technique.

Enfin, ce type d'imprécision peut conduire les avocats à ne pas s'entourer de l'ensemble des compétences nécessaires.

Pourtant, la détermination préalable et précise de ses besoins par le pouvoir adjudicateur constitue la clef de voûte de tout processus d'achat ; une définition imprécise de ses besoins par le pouvoir adjudicateur peut ainsi conduire à des risques de nullité du marché portant sur ces prestations d'assistance juridique. Elle est aussi susceptible d'engager la responsabilité pécuniaire du pouvoir adjudicateur.

Elle doit conduire l'Ordre à réagir face à ce type de situation.

## **PRECONISATIONS**

S'agissant des marchés portant sur des prestations d'assistance juridique, il convient donc pour l'Ordre de veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs respectent les dispositions et principes posés par l'article 5 du Code des marchés publics.

Il est important de vérifier que les pièces de la consultation précisent bien notamment :

- si les missions d'assistance attendues concernent le conseil et/ou la représentation. En effet, certaines collectivités choisissent de séparer les missions d'assistance et de conseil de celles de représentation, soit dans le cadre de lots, soit dans le cadre de marchés séparés.
- s'il est fourni aux candidats une information relativement détaillée et suffisante sur l'objet et le contenu du marché envisagé. Cette information doit être particulièrement détaillée et fournie lorsque le marché est conclu avec un prix forfaitaire.

Dans le cadre d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage portant sur un projet spécifique, il sera important aussi de vérifier le contexte et l'étendue des missions et surtout la nature des compétences attendues (juridiques, financières, techniques et économiques).

Dans la mesure où un marché portant sur des prestations d'assistance juridique comporterait des informations manifestement trop imprécises sur le contenu de la mission de l'avocat, l'Ordre devrait rappeler au pouvoir adjudicateur son obligation de définir précisément ses besoins à satisfaire.