

**Convention préparatoire C.N.B**  
**Vendredi 13 juin 2008**

**MARCHES PUBLICS**  
**AVOCATS EN CONCURRENCE**

« *La réponse sous la forme de groupement* »

Intervention de Me Gaëlle LE STRAT & Me Kalima KASMI

Répondre sous forme de groupement à un avis d'appel public à concurrence, c'est, pour les avocats qui constituent le groupement - soit avec d'autres avocats (marché de services juridiques, réservés ou non aux avocats), soit avec d'autres professionnels (architectes par exemple) - optimiser leur candidature et multiplier ainsi leur chance de se voir attribuer le marché, l'union faisant la force ou la différence par rapport aux autres candidats.

Cependant, la profession d'avocat est une profession réglementée.

Dès lors, la question se pose de savoir comment et à quelles conditions les avocats peuvent, en vue de répondre à un avis de marché, constituer, entre eux, ou avec d'autres professionnels, un groupement.

## **I – La constitution d'un groupement**

Si la réponse sous forme de groupement à un avis de marché est expressément autorisée par le Code des marchés publics **(1)**, elle s'impose de plus en plus comme une nécessité pour emporter les marchés **(2)**.

### **A. Une possibilité offerte par le Code des marchés publics**

Aux termes de l'article 51 du Code des marchés publics, intitulé "*Les groupements d'opérateurs économiques*", les candidats à un marché public sont expressément autorisés à y répondre sous forme de groupement.

En fonction de l'objet du marché visé, il s'agira :

- soit d'un groupement « monoprofessionnel », c'est-à-dire constitué, pour simplifier ici notre propos, uniquement d'avocats
- soit d'un groupement interprofessionnel, réunissant plusieurs professions, réglementées ou non.

Aucune structure juridique particulière n'est imposée pour servir de support à ces groupements. L'article 18 du Règlement Intérieur National intitulé « *La collaboration interprofessionnelle* » a juste mis en place une sorte de code de bonne conduite dans les relations des avocats avec d'autres professionnels pour l'accomplissement d'une mission commune ponctuelle, telle l'exécution d'un marché public qui aurait été attribué à un groupement interprofessionnel.

Cette absence de support juridique structuré est logique dans la mesure où la constitution du groupement ne s'opère, en l'espèce, que dans le cadre d'un marché public. Le groupement en question est donc par essence, un groupement de circonstance, d'opportunité, en vue seulement de répondre à un marché public donné. Sa durée est par conséquent limitée à celle de l'exécution du marché, à l'issue de laquelle ses membres retrouveront, sans formalité particulière, leur liberté de se grouper ou non dans le cadre d'un nouveau marché public.

## **B. Une nécessité pratique justifiée par des considérations juridiques et économiques**

Les avocats, entre eux ou avec d'autres prestataires de services, n'échappent pas, pour faire acte de candidature sérieuse à un marché public, à la nécessité, quasi impérieuse, de constituer des groupements professionnels.

Cette nécessité naît de deux constats et de l'opportunité offerte par l'article 52 du Code de marchés publics.

Nul, en effet, ne conteste :

- que le droit, qui est interne et communautaire, est de plus en plus complexe
- et que les exigences des acheteurs publics, à l'image du droit, sont de plus en plus élevées, aussi bien en terme de qualité que de réactivité

Par ailleurs, l'article 52 du Code des marchés publics relatif à la « *Sélection des candidatures* » prévoit, à son alinéa 5, qu'en cas de groupement, les capacités professionnelles, techniques et financières des membres de ce groupement sont appréciées globalement ; cela signifie que chaque membre du groupement, pris séparément, n'a pas l'obligation de réunir la totalité des compétences requises par l'acheteur public pour l'exécution du marché. Le jugement des offres portera sur l'ensemble de l'offre remise par le groupement.

Dès lors, pour faciliter l'émergence rapide d'un tel groupement, les délais pour répondre à un appel d'offres public étant parfois très courts, il est primordial que, en amont, les avocats participent à des réseaux pluridisciplinaires et interprofessionnels (article 16 du Règlement Intérieur National). Cette participation s'impose comme une quasi-obligation en la matière.

Comme nous l'avons rappelé, l'avocat est membre d'une profession réglementée ; il ne peut donc pas participer à un groupement à n'importe quelles conditions, lesquelles sont autant de garanties pour les acheteurs publics.

## II – Les garanties offertes par la constitution d'un groupement

Le groupement constitué en vue de répondre à un marché public ne peut pas, dès lors qu'un avocat y participe, porter atteinte aux règles régissant cette profession **(1)**.

A ces dispositions particulières, s'ajoutent celles, générales du Code des marchés, les premières primant sur les secondes en cas de contradiction **(2)**.

### A. Les règles déontologiques de la profession d'avocat

Que le groupement constitué en vue de répondre à un marché public soit composé exclusivement ou non d'avocats ne change rien au fait que ces derniers restent liés par toutes les règles déontologiques de leur profession.

Il s'agit, à titre d'exemple - pour ne pas trop empiéter sur ce qui va vous être présenté par nos confrères - de garantie de formation (donc de compétence), d'indépendance (c'est-à-dire d'un conseil affranchi de tout risque d'intervention d'un tiers), du secret professionnel.

Par ailleurs, ces garanties sont obligatoirement assurées. *In concreto*, cela signifie que l'avocat ne peut pas dispenser de conseils sans assurance de responsabilité civile professionnelle ni assurance financière (pour le remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus). Ces assurances devront, en outre, lui être personnelles puisque, l'article 18.6 du Règlement Intérieur National interdit à l'avocat de participer « à un contrat de mission commune comportant une clause de responsabilité solidaire des intervenants, chaque professionnel participant à une mission commune devant être personnellement seul responsable de ses interventions et diligences. » ; ce même article lui impose, en sus et « préalablement à l'acceptation de la mission commune de se faire communiquer par chacun des autres professionnels le montant de sa garantie responsabilité professionnelle ainsi que les coordonnées de sa compagnie d'assurance. ».

Le non respect de ces garanties est sanctionné disciplinairement, voire pénalement.

L'application de l'ensemble de ces règles ne pose pas de difficultés particulières lorsque le groupement envisagé pour répondre à un avis de marché l'est entre avocats exclusivement.

En revanche, des interrogations et appréhensions peuvent naître de l'application de ces règles en cas de groupement interprofessionnel, et constituer un frein à sa régularisation en vue du dépôt d'une candidature commune.

Cependant, elles ne doivent pas être considérées comme des contraintes mais, au contraire, comme des garanties professionnelles. En effet, celles-ci confèrent, dans le cadre d'un groupement avec des professions non réglementées, notamment, une véritable valeur ajoutée aux prestations offertes par l'ensemble du groupement.

Parallèlement, qui dit marché public dit application du Code des marchés publics.

## **B. Les dispositions du Code des marchés publics**

Il convient de se référer, une nouvelle fois, aux dispositions de l'article 51 du Code des marchés publics, à l'exclusion de celles relatives à la solidarité du groupement, qui, pour les raisons que l'on vient d'exposer, ne peuvent pas s'appliquer en la présence d'avocats dans le groupement constitué.

Il résulte de cet article que :

- le groupement (ne pouvant pas en l'espèce être solidaire) est nécessairement un groupement conjoint ; cela signifie que *« 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 »*
- (...) *l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, et coordonne les prestations des membres du groupement*
- *l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter*
- *les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des opérateurs économiques groupés, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces opérateurs économiques au stade de la passation du marché. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché*
- *la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché ; cela signifie que le groupement doit être constitué dès la candidature. Par conséquent, à partir du moment où la liste des candidats a été arrêtée, celle-ci ne peut plus être modifiée notamment par la constitution d'un groupement qui serait à considérer comme une candidature nouvelle présentée hors délai. Toutefois, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. Le pouvoir adjudicateur se prononce sur cette demande après examen de la capacité professionnelle, technique et financière de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants présentés à son acceptation.*