



Allotissement des marchés publics : l'intensité variable du contrôle opéré par le juge

Dans deux affaires jugées le 25 mai 2018, le Conseil d'État s'est prononcé sur la régularité de la décision d'un acheteur de ne pas allotir un marché public et celle de passer un marché alloti au regard des lieux d'exécution des prestations alors que le marché comportait des prestations fonctionnellement distinctes. Ces arrêts permettent de faire un point sur l'intensité du contrôle juridictionnel en cette matière après l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Selon le dernier recensement effectué par l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP), la part des PME dans les marchés publics (en tant que titulaires) représentait en 2013 58,3 % du nombre total des marchés publics recensés et 27,2 % de leur montant global⁽¹⁾. Ces chiffres surprennent quand on sait que les PME représentent en France plus de 99 % des entreprises. Le constat n'est pas nouveau. Depuis de nombreuses années, les PME peinent à remporter des marchés publics de plus d'un million d'euros⁽²⁾. Les raisons invoquées tiennent au formalisme juridique, à la complexité du droit de la commande publique, aux risques trop importants pour être assumés par de petites structures ou encore au manque de temps et d'organisation pour déceler les avis et rédiger des offres adaptées aux besoins des acheteurs.

Loin d'ignorer cette situation, le droit des marchés publics a évolué pour favoriser l'accès des PME à la commande publique. Citons la suppression de l'obligation de fournir des références similaires au marché proposé, la limitation du chiffre d'affaires annuel exigible des candidats, la simplification de l'élaboration des dossiers de candidatures ou encore la part réservée aux PME dans les marchés de partenariat. Mais c'est bien la dévolution des marchés en lots séparés, ou dit autrement, l'allotissement, qui constitue le principal outil des acheteurs en la matière.

(1) Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique enregistré à la Présidence du Sénat le 14 octobre 2015, Par Martial Bourquin, Sénateur, Tome I, Rapport, p. 32.

(2) Voir le schéma illustrant ce point, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique enregistré à la Présidence du Sénat le 14 octobre 2015, Par Martial Bourquin, Sénateur, Tome I, Rapport, p. 32.

Auteur

Laurent Sery
Avocat associé
ADAMAS

Benjamin Boiton
Avocat
ADAMAS

Références

CE 25 mai 2018, Office public de l'habitat Hauts-de-Seine Habitat c/ Société Eiffage Construction, req. n° 417428
CE 25 mai 2018, Département des Yvelines c/ Société Eiffage Construction Habitat Société Eiffage Route Ile-de-France / Centre, req. n° 417869

Mots clés

Allotissement • Contrôle normal • Erreur manifeste d'appréciation • Lieu d'exécution des prestations

Afin de « susciter la plus large concurrence », l'article 10 du Code des marchés publics de 2006 a posé, pour la première fois, le principe de passation des marchés en lots séparés. L'acheteur public choisit alors « librement » le nombre de lots en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois déroger à l'obligation d'allotissement « s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ». Un principe donc : l'obligation d'allotir assortie d'une liberté de choix dans le nombre et la consistance des lots. Plusieurs dérogations pour lesquelles l'acheteur dispose, pour en faire l'usage, d'une marge d'appréciation (« s'il estime que... ») comme l'a reconnu à plusieurs reprises le Conseil d'État. Nous y reviendrons.

L'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et l'article 12 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ont repris, presque à l'identique, la rédaction de l'article 10. On retrouve ainsi le principe d'allotissement et ses dérogations avec toutefois des « nuances de rédaction »^[3], l'adverbe « librement » ayant disparu, tout comme les termes « s'il estime que ». Ces légères modifications textuelles n'ont pas changé la donne : l'obligation de principe et les dérogations demeurent. Sur le terrain du contrôle juridictionnel de l'application de ces nouvelles dispositions, les praticiens attendaient de connaître la position du Conseil d'État. C'est désormais chose faite. Dans les arrêts commentés, la Haute juridiction administrative confirme le contrôle normal « allégé » de la décision de ne pas allotir. Il précise par ailleurs les modalités d'exercice du contrôle du juge dans le cas très particulier de l'allotissement exclusivement géographique d'un marché comportant des prestations fonctionnelles distinctes.

Intensité du contrôle juridictionnel de la décision de ne pas allotir : maintien du contrôle normal « allégé »

Sous l'empire du Code des marchés publics, le Conseil d'État a instauré un contrôle juridictionnel normal de la décision de ne pas allotir. La Haute juridiction laisse toutefois à la personne publique une marge d'appréciation pour estimer que la dévolution en lots séparés présente

l'un des inconvénients que les dispositions de l'article 10 mentionnent : « saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité du recours à un marché global, il appartient au juge de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachée d'appréciations erronées »^[4].

Les conclusions de M. Bertrand Dacosta sur la décision *Ville de Paris* précitée sont éclairantes. L'utilisation des termes « s'il estime que » de l'article 10 du code a été déterminante dans la reconnaissance par le juge de la marge d'appréciation laissée à l'acheteur public : « la collectivité, alors même qu'elle entend charger le cocontractant de réaliser des prestations distinctes, peut se fonder sur l'un des motifs énumérés au deuxième alinéa. Or, la formulation n'est pas anodine : le pouvoir adjudicateur peut ne pas allotir, « s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature » à présenter l'un des inconvénients précédemment mentionnés. Le détour par l'appréciation du pouvoir adjudicateur montre bien qu'il y a, ici, une part de subjectivité. Ce que doit contrôler le juge, en réalité, c'est moins l'existence in abstracto, par exemple, d'un risque technique ou financier justifiant un marché global, que l'appréciation de la personne publique sur la consistance et la suffisance de ce risque ».

Les décisions rendues en la matière depuis de nombreuses années ont toutes adopté cette grille de lecture. Le juge vérifie l'existence des motifs justifiant la dérogation au principe d'allotissement sans toutefois analyser de façon approfondie leurs contenus^[5]. Le contrôle du juge s'apparente donc à un contrôle normal que l'on pourrait qualifier d'« allégé ».

Le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lyon a par exemple jugé, à propos du marché unique lancé par la Métropole de Lyon pour la mise à disposition de mobiliers urbains et la location de vélos en libre-service, que « la Métropole de Lyon justifie suffisamment les risques techniques et financiers de la dévolution en lots séparés, alors même qu'elle n'a pas souhaité communiquer les données chiffrées à ce stade de la procédure »^[6]. C'est donc bien la démonstration, par l'acheteur public, de l'existence d'un risque et non la justification de la matérialité de celui-ci qui permet au juge de valider l'absence d'allotissement.

Dans les affaires n° 417869 et 417880, le département des Yvelines avait lancé un appel d'offres pour l'attribution d'un marché non alloti ayant pour objet la réali-

[3] Conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public, CE 25 mai 2018, Office public de l'habitat Hauts-de-Seine Habitat c/ Société Eiffage Construction, req. n° 417428 ; CE 25 mai 2018, Département des Yvelines c/ Société Eiffage Construction Habitat Société Eiffage Route Ile-de-France / Centre, req. n° 417869, p. 2.

[4] CE 26 juin 2015, Ville de Paris c/ Société Exterion Media France, req. n° 389682.

[5] Voir notamment : CE 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France, req. n° 311379 ; CE 11 août 2009, Communauté urbaine de Nantes Métropole, req. n° 319949 ; CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 350935 ; CE 3 décembre 2012, SYBERT, req. n° 360333 ; CE 7 mai 2013, SEGEX et AXIMUM, req. n° 365706.

[6] TA Lyon, Ord., 16 mars 2016, Société SMOOVE, req. n° 1601397.

sation de travaux de restructuration d'un lycée pour un montant d'environ 25 millions d'euros. La décision de ne pas allouer le marché était fondée sur les nouvelles dispositions de l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015. Le groupement évincé au motif qu'il ne justifiait pas de sa capacité à exécuter l'ensemble des prestations a obtenu du juge des référés précontractuels l'annulation de la procédure. Motif retenu : le recours à un marché unique n'était pas justifié. Saisi par le groupement attributaire et le département des Yvelines, le Conseil d'État a annulé l'ordonnance du tribunal administratif pour une irrégularité de procédure et s'est ensuite prononcé sur la régularité de la décision de ne pas allouer le marché.

Sur le terrain strictement juridique, la question se posait de savoir si la marge d'appréciation laissée à l'acheteur public devait être reconsidérée compte-tenu de la nouvelle rédaction de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée. En d'autres termes, la suppression de la référence à l'estimation de l'acheteur devait-elle justifier un renforcement du contrôle du juge sur la décision de ne pas allouer ?

Le Conseil d'État décide de confirmer sa jurisprudence en maintenant la marge d'appréciation laissée à l'acheteur public. Dans ses conclusions, M. Gilles Pellissier précise qu'en l'absence d'indications contraires, rien ne laissait penser que le législateur ait entendu infléchir la jurisprudence en privant les acheteurs de tout pouvoir d'appréciation. Surtout, il rappelle qu'à eux seuls, les motifs de dérogation « recouvrent pratiquement toutes les raisons qui peuvent conduire un acheteur à privilégier un marché unique ». Il est vrai que le « risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations » n'est pas la formulation la plus précise de l'ordonnance.

La seule conséquence de cette évolution des textes serait finalement de renforcer l'exigence de justifications attendues de l'acheteur. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, ratifiant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, est d'ailleurs allée en ce sens puisque le II de l'article 32 de l'ordonnance prévoit désormais que « lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer un marché public, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision ».

Dans l'affaire commentée, la Haute juridiction valide le recours au marché unique en jugeant que les motifs techniques et économiques sont suffisamment sérieux et justifiés. Il retient notamment que le département fait valoir « tant les caractéristiques de l'établissement, qui réunit une école primaire, un collège et un lycée dans une dizaine de bâtiments différents, que la nécessité d'une coordination rigoureuse des prestataires en raison de la complexité d'une opération qui concerne l'ensemble de l'établissement mais qui doit être réalisée sans interruption de son fonctionnement et doit se dérouler en une seule phase sur deux années scolaires, l'activité du site étant transférée dans des bâtiments modulaires ». Le département démontrait également avec suffisamment de sérieux « qu'une entreprise générale est mieux à

même d'assumer les fortes contraintes de sécurisation des chantiers et des multiples accès à l'établissement, liées notamment au flux permanent d'entrées et de sorties, en particulier du fait de l'accueil de 630 demi-pensionnaires d'un collège voisin, qui s'ajoutent aux 870 du lycée, et aux déplacements des 1 700 personnes qu'accueille l'établissement ». De même, le département démontrait utilement qu'en égard à son incidence sur les délais d'exécution et sur le coût de la location de bâtiments modulaires accueillant, pendant la durée des travaux, l'ensemble des élèves, professeurs et personnels de l'établissement, l'allotissement risquait de rendre financièrement plus coûteuse l'exécution du marché.

Au final, les justifications du département, certes relativement classiques en matière de travaux publics, ont été jugées suffisamment étayées et sérieuses par le Conseil d'État pour valider la décision de ne pas allouer le marché. L'existence d'un risque que l'allotissement rende techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations était bien rapportée par le département.

Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans le cas d'un allotissement exclusivement géographique

Lorsqu'un marché public a été alloué, le juge ne peut relever un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du fait de la définition du nombre et de la consistance des lots que si celle-ci est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la liberté de choix dont le pouvoir adjudicateur dispose en ce domaine. Depuis la décision du Conseil d'État *Commune d'Ajaccio*^[7], le juge s'en tient donc à un contrôle restreint sur le nombre et la consistance des lots. La liberté de choix de l'acheteur public, expressément visée à l'article 10 du Code des marchés publics, justifiait un tel contrôle. La suppression de l'adverbe « librement » dans la nouvelle rédaction issue de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 allait-elle changer la donne ? Le Conseil d'État a répondu par la négative dans l'arrêt du 25 mai dernier.

Dans cette affaire, l'office public de l'habitat des Hauts-de-Seine avait lancé un marché public d'entretien et de remise en état de son patrimoine immobilier. L'OPH avait décidé de diviser son marché en 9 lots géographiques. À la demande d'un candidat évincé, le juge des référés précontractuels a annulé la procédure en retenant le manquement tiré de ce que le pouvoir adjudicateur avait commis une erreur manifeste d'appréciation en allotissant le marché uniquement en fonction des lieux d'exécution des prestations alors que chaque lot géographique était constitué de prestations distinctes susceptibles de faire l'objet d'un allotissement par corps d'état

[7] CE 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, req. n° 333737.

séparés, et qu'aucun motif ne justifiait l'absence d'allotissement fonctionnel.

Avant de se prononcer sur l'intensité du contrôle exercé en la matière, le Conseil d'État devait d'abord trancher la question implicite de savoir si l'allotissement exclusivement géographique pouvait être considéré comme un réel allotissement au sens de l'article 32 de l'ordonnance. L'article 32 ne dit rien sur ce point. Il précise seulement qu'un marché peut ne pas être alloté s'il ne permet pas l'identification de « prestations distinctes ». Il s'agit là, selon nous, d'un indice fort de ce que l'allotissement ne vise en réalité que l'allotissement fonctionnel. C'est d'ailleurs bien l'objectif de ces dispositions : favoriser les PME, qui se caractérisent toutes par des spécialisations fonctionnelles, et non assurer une égale répartition géographique des achats. Dans ses conclusions sur l'arrêt commenté, le rapporteur public résumait ainsi très clairement ce constat : « divisions fonctionnelle et géographique apparaissent donc différentes tant par leur contenu que par leurs effets et les traiter comme si cette différence n'existait pas, c'est-à-dire comme si un allotissement géographique équivalait à un allotissement fonctionnel, nous paraît à la fois contraire à l'esprit de l'allotissement et de nature à le fragiliser ». Dans un arrêt *Région Réunion* de 2010⁽⁸⁾, le Conseil d'État avait pourtant admis un allotissement exclusivement géographique. Mais dans cette affaire la répartition géographique recouvrait une répartition fonctionnelle. Tel n'était pas le cas dans le marché de l'OPH des Hauts-de-Seine. La Haute juridiction va trancher implicitement cette question en considérant que l'allotissement exclusivement géographique constitue bien un allotissement. Il censure donc le raisonnement du juge des référés du tribunal administratif qui, pour annuler la procédure, s'était contenté de retenir l'absence de motifs techniques ou économiques de nature à justifier l'absence d'allotissement fonctionnel.

Réglant ensuite l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, le Conseil d'État va préciser l'intensité du contrôle juridictionnel qu'il exerce sur la décision de l'acheteur de n'allotir un marché qu'en fonction du lieu d'exécution des prestations et non au regard de la nature des prestations elles-mêmes. Pour préserver la liberté

de choix de l'acheteur public sur la consistance des lots tout en écartant le risque d'un contournement de l'allotissement fonctionnel, le Conseil d'État décide de maintenir son contrôle restreint issu de la décision *Commune d'Ajaccio* mais précise que, dans ce cas particulier, le juge doit tenir compte « de l'objet et de la nature des prestations à réaliser ». En d'autres termes, la Haute juridiction laisse au juge, dans le cadre de son contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, une marge d'appréciation lui permettant de censurer les décisions d'allotissement non fonctionnel qui seraient manifestement sans lien avec l'objet du marché ou la nature des prestations.

En l'occurrence, le Conseil d'État juge que l'OPH des Hauts-de-Seine n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en décidant d'allotir le marché uniquement au regard des lieux d'exécution des prestations. Il prend soin de préciser que cette décision « répond au souci de réduire les délais d'exécution, de permettre une meilleure coordination des intervenants et d'éviter la reproduction des difficultés auxquelles il avait été confronté lors de l'exécution d'un précédent marché ayant le même objet, qui avait été divisé, dans le cadre d'un allotissement à la fois géographique et fonctionnel, en quatre-vingt-dix-sept lots ». Il ajoute, qu'« eu égard notamment aux nombreux sites d'exécution des travaux, qui correspondent aux différentes « directions de proximité » de l'office, et aux difficultés techniques et de coordination qui étaient susceptibles de résulter de la multiplication du nombre de lots dans l'hypothèse où une division par lots techniques serait ajoutée à une division par lots géographiques, le choix de Hauts-de-Seine Habitat n'est pas entaché, dans les circonstances de l'espèce, d'erreur manifeste d'appréciation ».

Si, comme on l'a vu dans la précédente décision commentée, le contrôle normal de la décision de ne pas allotir est tempéré compte tenu de la marge d'appréciation laissée à l'acheteur public, le contrôle restreint portant sur l'allotissement non fonctionnel apparaît ici quelque peu renforcé. Au final, aucun bouleversement de l'état du droit n'est à signaler. Les praticiens relèveront toutefois que le Conseil d'État apporte, par touches successives, de précieuses indications sur la portée des dispositions nouvelles issues de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

(8) CE 23 juillet 2010, Région Réunion, req. n° 338367.