Le contrôle du juge en matière d'allotissement

L'intensité du contrôle opéré par le juge, en matière d'allotissement, varie selon les éléments objets du contrôle. Sur la notion de prestations distinctes ainsi que sur les motifs dérogeant à l'obligation d'allotir, le contrôle est normal. En revanche, le juge se cantonne à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant des modalités d'allotissement.

Innovation du Code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006, l'obligation d'allotir les prestations, prévue à l'article 10, a pour objectif de faciliter l'accès des PME aux marchés publics⁽¹⁾.

Cet article pose le principe de l'allotissement du marché en cas de prestations distinctes, tout en l'assortissant d'exceptions limitatives et autonomes permettant le recours au marché global. Dans le cas où l'allotissement s'impose, du fait de la présence de prestations distinctes et de l'absence de motifs dérogatoires, le pouvoir adjudicateur « choisit librement » le nombre de lots.

Avant même son application par le juge administratif⁽²⁾, de nombreux commentateurs de l'article 10 du Code des marchés publics (CMP) ont souligné le caractère ambigu du texte qui laisse en première lecture une grande marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur. Certains ont même considéré que sa rédaction impliquait, compte tenu de la

(1) Le dispositif de cet article, sur lequel porte uniquement cette étude, qui n'évoque donc pas les cas particuliers du marché global sur performance (CMP, art. 73) ou contrat de conception réalisation (CMP, art. 37), a été validé par le Conseil d'État (CE 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, req. n° 297711, publié au recueil).

(2) L'obligation d'allotir est une spécificité du CMP. Ni l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ni ses décrets d'application ne posent le principe de l'allotissement des marchés (CE 23 décembre 2011, EPAE, req. n° 351505). De ce fait et jusqu'à présent, le contrôle opéré par le juge sur l'article 10 est celui du juge administratif ; lorsque les pouvoirs adjudicateurs relevant de l'ordonnance se soumettent volontairement à cet article, et que ces marchés sont de droit privé, le juge judiciaire peut alors examiner son application mais la jurisprudence en la matière est très rare. Cette situation devrait bientôt être obsolète au regard du projet d'ordonnance, transposant les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE qui prévoit l'instauration de règles communes pour toutes les personnes soumises aux règles de la commande publique – personnes publiques et privées, lesquelles sont regroupées sous le qualificatif « d'acheteur public » – et qui prévoit le recours obligatoire à l'allotissement dans des termes voisins de ceux de l'article 10 du CMP.

Auteur

Julien Bosquet
Avocat, Adamas

Mots clés

Contrôle normal • Erreur manifeste d'appréciation
• Marché global • Prestations distinctes

généralité des motifs dérogatoires permettant le recours au marché global, que l'allotissement était l'exception, et non le principe.

L'analyse de la jurisprudence dégagée à ce jour montre que le Conseil d'État a progressivement dégagé un contrôle, cherchant à instaurer un subtil équilibre entre le principe d'allotissement et la liberté du pouvoir adjudicateur dans la mise en œuvre de l'article 10. Ce contrôle s'exerce sur les trois points suivants :

- l'identification de prestations distinctes, qui conditionne l'obligation d'allotir les prestations ;
- les motifs légaux de dérogation à l'obligation d'allotir les prestations, qui permettent le recours au marché global ;
- la détermination du nombre et de la consistance des lots.

Le contrôle du juge sur l'identification des prestations distinctes

L'article 10 indique qu'afin « de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés ».

Il en résulte que la première question à laquelle doit répondre un pouvoir adjudicateur, lorsqu'il examine si un marché doit ou non être alloti est de savoir si ce marché comprend ou non des prestations distinctes. Si c'est le cas, le pouvoir adjudicateur doit en principe allotir son marché. Le juge effectue sur ce point un contrôle fondé sur une analyse objective des éléments du marché. Le degré du contrôle exercé à ce titre paraît relever du contrôle normal.

La démarche suivie par le juge portant sur l'identification de prestations distinctes

La notion de prestation distincte n'est pas définie par les textes et son identification par le juge, comme celle du pouvoir adjudicateur, procède d'une analyse casuistique des prestations contenues dans le marché. Le juge s'interroge sur le fait de savoir si une segmentation du marché est possible, en vérifiant la présence d'éléments hétérogènes.

Dans cette approche objective, les prestations peuvent être distinguées au regard de leur nature technique et de leur poids quantitatif : **pour être distinctes, les prestations doivent être suffisamment importantes par leur coût ou leur quantité afin qu'elles puissent, à elles seules, faire l'objet d'un lot à part entière.**

Le Conseil d'État a ainsi annulé au motif du non-allotissement des prestations une procédure de passation de marché ayant pour objet la fourniture et la mise en œuvre de dispositifs de contrôle d'accès et de gestion informatisée des déchetteries, en considérant « qu'il ressort des documents de la consultation qu'il était notamment

possible de distinguer, au sein du marché de fourniture et mise en œuvre de dispositifs de contrôle d'accès et de gestion informatisée des déchetteries, les prestations relatives à la fourniture et à la mise en service des installations informatiques de celles relatives aux travaux dits de "génie civil", consistant à creuser des tranchées pour l'enfouissement des câbles du dispositif, le coût de ces seuls travaux représentant environ un quart du montant du marché »^[3].

L'analyse portant sur le caractère distinct des prestations peut également prendre en compte les contraintes techniques particulières auxquelles seront soumis les prestataires^[4].

Les prestations peuvent aussi être regardées comme distinctes lorsqu'elles sont homogènes par leur nature mais qu'elles comportent des conditions d'exécution géographiques permettant leur segmentation. Si le marché a pour objet des prestations matériellement identiques mais réparties sur plusieurs sites éloignés, le pouvoir adjudicateur doit en principe constituer des lots géographiques^[5].

L'analyse de la jurisprudence montre que la notion de prestation distincte est appréciée dans toutes ses facettes, ce qui permet de ne pas réduire le champ de l'obligation d'allotir. En cas de prestations distinctes, le marché devra être alloti, sauf à ce que le pouvoir adjudicateur justifie se trouver dans l'une des dérogations prévues à l'article 10 du CMP.

Le degré du contrôle exercé par le juge

Le degré du contrôle exercé sur la notion de prestations distinctes n'a pas encore été explicité par une décision de principe du Conseil d'État, mais plusieurs éléments semblent indiquer qu'il relève du contrôle normal – ou plein contrôle.

Dans le cadre d'une analyse objective, les décisions de justice « constatent » en général la possibilité d'identifier, au sein d'un marché, la présence de prestations distinctes. Le contrôle du juge ne porte pas sur le bien-fondé d'une décision prise en opportunité, ce qui exclut en principe un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Par ailleurs, le Conseil d'État a jugé, par une décision du 11 avril 2014, que le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique des faits sur l'identification de

[3] CE 3 décembre 2012, Sybert, req. n° 360333.

[4] Le Conseil d'État a ainsi considéré « qu'il résulte de l'instruction que constituent des prestations distinctes, au sens de l'article 10 du CMP, et bien qu'elles fassent appel à la même technologie GSM, d'une part, la fourniture d'un service de téléphonie mobile voix et données, fonctionnant sur les fréquences de 900 et 1800 MHz et, d'autre part, la mise en œuvre de transferts d'informations entre machines, notamment horodateurs et feux de signalisation, fonctionnant dans la seule fréquence de 900 MHz » (CE 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, req. n° 319949, mentionné aux Tables).

[5] CE 23 juillet 2010, Région Réunion, req. n° 338367, mentionné aux Tables.

prestations distinctes par les juges du fond^[6] ce qui est un indice de ce que, le contrôle exercé par ces juges du fond relève d'un contrôle normal.

Il paraît en tout état de cause logique et cohérent d'appliquer à la notion de prestations distinctes le contrôle normal exercé par le juge du fond sur les motifs dérogatoires permettant le recours au marché global, puisque ces deux aspects permettent d'échapper à l'allotissement.

L'affirmation progressive du plein contrôle du juge sur les motifs permettant le recours au marché global

En cas de prestations distinctes, l'article 10 énonce que le recours au marché global est possible pour quatre motifs distincts et alternatifs : si le pouvoir adjudicateur « 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 ».

De nombreux commentateurs ont souligné la liberté apparente du pouvoir adjudicateur dans le recours à ces motifs ainsi que la rédaction très large des quatre critères permettant le recours à un marché global.

L'analyse de la jurisprudence montre que ce choix est en réalité plus contraint que le texte ne le laissait présager : le recours à ces motifs doit être justifié par le pouvoir adjudicateur. Contrairement à l'avis de plusieurs rapporteurs publics du Conseil d'État et de décisions du juge du fond, la Haute juridiction a choisi d'instaurer à cet égard un contrôle normal – ou plein contrôle.

La vérification des motifs dérogatoires par le juge

Le Conseil d'État a progressivement dégagé une jurisprudence exigeante sur le bien-fondé du recours aux motifs dérogeant à l'obligation d'allotir les prestations.

La décision précitée du 11 août 2009 a posé le principe que les motifs pouvant justifier le regroupement de prestations distinctes devaient être « suffisamment justifiés sous le contrôle du juge ».

Le Conseil d'État a, de ce fait, restreint la liberté du pouvoir adjudicateur dans la possibilité de recourir aux motifs dérogatoires à l'obligation d'allotir qui semblait découler du terme « estime »^[7].

La justification du recours au marché global ne doit pas nécessairement être produite au stade de la passation du marché. En revanche, le pouvoir adjudicateur doit produire, en cas de contentieux, des éléments suffisamment probants pour convaincre le juge du bien-fondé du recours au motif invoqué. Le pouvoir adjudicateur peut, à ce titre, invoquer un ou plusieurs motifs, chacun étant autonome et susceptible de justifier le recours au marché global.

L'analyse de la jurisprudence montre que les motifs rendant possible le recours au marché global semblent être pour la plupart des coquilles vides qu'il n'est pas toujours si aisé de remplir, notamment depuis que le Conseil d'État a posé le principe de la nécessité de leur justification par le pouvoir adjudicateur et instauré, comme on le verra, un contrôle normal en la matière.

Le motif tiré de la restriction de la concurrence est rarement invoqué et n'a pas donné lieu à des décisions significatives des cours administratives d'appel et du Conseil d'État.

Celui tiré de la difficulté pour le pouvoir adjudicateur d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination est souvent invoqué, et tout aussi souvent écarté par ces juridictions. Lorsque le pouvoir adjudicateur est une collectivité de taille importante, qui bénéficie donc de services étoffés, le motif a très peu de chances d'être considéré comme établi. En tout état de cause, la mission OPC peut être externalisée, ce qui rend l'argument en général difficile à rendre crédible^[8].

Le risque de rendre techniquement plus difficile l'exécution des prestations n'est pas non plus systématiquement aisé à établir, et le contrôle normal rendra probablement plus difficile encore sa justification pour le pouvoir adjudicateur^[9].

Seul le motif tiré du risque de rendre financièrement coûteuse l'exécution des prestations est régulièrement susceptible de donner une justification suffisante au recours au marché global^[10]. Mais ce motif n'est pas toujours admis par le Conseil d'État qui exige, à ce titre, une augmentation du coût – ou son corollaire, des économies – relativement importante.

Ainsi, la Haute juridiction a considéré que le recours au marché global était possible en cas de réduction « significative » du coût des prestations^[11]. L'impact financier d'un regroupement des lots évalué à une réduction de 2 % a été jugé insuffisant pour justifier un regroupement en un seul

[6] Voir CE 11 avril 2014, Commune de Montreuil, req. n° 375051, mentionné aux Tables ainsi que les conclusions de Bertrand Da Costa rendues sous cette décision, *BJCP* n° 96, p. 370.

[7] En ce sens, A. Ménémésis, « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », *AJDA* 2006, p. 1761.

[8] Par exemple : CAA Bordeaux 1^{er} octobre 2013, SNSO, req. n° 12BX00319 ; CAA Lyon 6 octobre 2011, SNSO, req. n° 10LY01121.

[9] Par exemple : CAA Marseille 24 février 2014, Côte d'Azur Habitat, précité.

[10] Par exemples CAA Bordeaux 31 mars 2015, société BMC Mobirun, req. n° 13BX02037 ; CE 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France, req. n° 311379 ; CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 350935, mentionné aux Tables.

[11] CE 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, précité.

lot^[12]. Une réduction du montant des offres de 66 % est considérée comme suffisante^[13]. Il a également été admis qu'une économie budgétaire « substantielle » constituait un motif légal de dévolution en marché global^[14].

Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de démontrer que le recours au marché global était, « au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global »^[15], de nature à réduire significativement le coût des prestations^[16]. Cela peut être le cas lorsqu'il est établi le caractère à la fois peu prévisible et inégal du volume de prestations nécessaires sur un marché segmenté géographiquement^[17].

Le juge s'est efforcé d'interpréter les motifs permettant la dévolution en marché global de manière à leur donner un caractère d'exception, d'autant que le Conseil d'État a instauré un contrôle normal sur le recours à ces motifs.

Le choix du contrôle normal sur les motifs dérogatoires

Le degré du contrôle exercé par le juge sur la décision de recourir à un contrat unique (ou global) a été défini progressivement, ce qui a donné lieu à des interprétations divergentes.

Comme il a été rappelé, le Conseil d'État a d'abord jugé, par une décision du 11 août 2009, que les motifs pouvant justifier le regroupement de prestations distinctes devaient être « suffisamment justifiés sous le contrôle du juge »^[18].

La doctrine et certains juges du fond ont interprété cette décision comme instaurant un contrôle relevant de l'erreur manifeste d'appréciation sur les motifs dérogatoires, ce qui était davantage fondé sur les conclusions du rapporteur public Bertrand Da Costa – qui avait effectivement préconisé le recours à ce degré de contrôle – que sur la décision elle-même qui ne comportait pas de mention explicite à cet égard, et dont le fichage aux Tables n'apportait pas de précision sur ce point.

Certaines cours ont alors appliqué ce contrôle de l'erreur manifeste, telle la cour administrative d'appel de Marseille dont un arrêt comporte à cet égard un considérant significatif : « la méconnaissance de l'obligation d'allotir par le recours au marché global n'affecte la légalité

du marché que si ce choix révèle une erreur manifeste d'appréciation de la part du pouvoir adjudicateur »^[19].

Le Guide des bonnes pratiques des marchés publics, qui n'a pas été actualisé sur ce point, évoque également toujours ce degré de contrôle^[20].

Le Conseil d'État a véritablement précisé le degré du contrôle portant sur les motifs dérogatoires par une décision du 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône dont le fichage aux Tables ne souffre d'aucune ambiguïté : « le choix de recourir à un marché global fait l'objet d'un contrôle normal par le juge »^[21].

Cette décision a été rendue sur conclusions contraires sur ce point de son rapporteur public, Nicolas Boulouis qui avait lui aussi milité pour un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation^[22] en évoquant les difficultés que le juge aurait à exercer un contrôle poussé sur la réalité des motifs dérogatoires permettant la dévolution en marché global^[23].

La Haute juridiction a tranché ce débat en dotant le juge d'un office étendu lui permettant de vérifier au plus près le recours aux motifs dérogatoires de l'article 10, malgré leur imprécision et les possibilités limitées pour le juge d'en contrôler le bien-fondé.

On peut penser que ce choix procède de plusieurs considérations dont la première est de donner au texte dont la rédaction n'est pas des plus précises une construction plus claire sur la hiérarchie entre le principe (l'allotissement) et les exceptions (le marché global).

Ces considérations tiennent aussi au fait de contraindre le pouvoir adjudicateur à examiner sérieusement en amont la décision de recourir à un marché global^[24].

[12] CE 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, précité.

[13] CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, précité.

[14] CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, précité.

[15] CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, précité.

[16] Il a toutefois été admis que la réduction du coût des prestations pouvait être justifiée par le résultat de la procédure de passation, voir CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, précité.

[17] CE 7 mai 2013, Société Segex, req. n° 365706, mentionné aux Tables.

[18] CE 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, précité.

[19] CAA Marseille 19 décembre 2011, Préfet des Alpes-Maritimes, req. n° 09MA03774, arrêt ensuite annulé par le Conseil d'État par une décision du 15 mai 2013, req. n°357031 sur un autre point de droit relatif à la recevabilité du recours en première instance ; la même cour a ensuite pris acte de la décision du Conseil d'État 27 octobre 2011, comme elle l'a indiqué dans un considérant explicite « le juge administratif exerce un contrôle normal sur les motifs de la décision de recourir à un marché global, qui déroge au principe de l'allotissement » (CAA Marseille 24 février 2014, Côte-d'Azur Habitat, req. n° 12MA00586).

[20] « On prendra garde que le pouvoir adjudicateur doit être à même de prouver que les conditions du recours au marché global sont remplies, même si le contrôle du juge se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation » (*Guide des bonnes pratiques*, mis à jour le 14 avril 2015, p. 26).

[21] CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, précité.

[22] Nicolas Boulouis, conclusions sous la décision CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, précité, *BJCP* n° 80, p. 9.

[23] Craintes partagées par Bertrand Da Costa pour qui « les critères permettant de déroger au principe de l'allotissement sont formulés dans des termes assez vagues », conclusions sous la décision CE 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, req. n° 319949, *BJPC* n° 67, p. 452.

[24] La CAA de Marseille a récemment rendu un arrêt traduisant l'exigence renforcée qui pèse sur le pouvoir adjudicateur dans sa

Comme l'a relevé la doctrine, le choix de ce contrôle procède aussi d'une politique jurisprudentielle permettant au juge de cassation de « garder la main » sur la mise en œuvre de l'article 10, le Conseil d'État ayant d'ailleurs ensuite précisé que les motifs du recours au marché global relevaient en cassation du contrôle de la qualification juridique des faits^[25].

Le plein contrôle exercé sur le choix de recourir au marché global est dissymétrique de celui exercé sur les modalités de l'allotissement, qui est limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

Les aléas du contrôle sur la détermination et le nombre des lots

L'article 10 indique que le pouvoir adjudicateur « choisit 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 texte laisse au pouvoir adjudicateur une grande marge de manœuvre dans le choix du nombre de lots et leur contenu. Compte tenu de cette rédaction, le juge devait se positionner pour savoir comment contrôler les modalités de l'allotissement en conciliant à la fois l'objectif de faciliter l'accès des PME aux marchés publics et le respect de la liberté du pouvoir adjudicateur très clairement affirmée par le paragraphe.

Il semble que le Conseil d'État ait d'abord privilégié le premier au détriment du second, en contrôlant le caractère suffisant de l'allotissement à l'aune des critères fixés par l'article 10 pour justifier l'absence d'allotissement et la conclusion d'un marché global.

Dans un second temps, le juge a fait prévaloir la liberté du pouvoir adjudicateur en limitant son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation sur la détermination du nombre de lots et de leur consistance, au risque de priver l'article 10 de son effet utile.

Un contrôle initialement défini comme stricte

La volonté de ne pas priver l'article 10 de son effet utile a d'abord amené le Conseil d'État à instaurer un contrôle strict sur la mise en œuvre de l'allotissement.

Par une décision du 11 août 2009, le Conseil d'État a ainsi annulé une procédure de passation d'un seul lot au motif qu'il regroupait des prestations distinctes et que le motif justifiant ce regroupement – tiré des difficultés à

coordonner les deux ensemble ou réaliser de possibles économies – n'était pas justifié^[26].

Cette solution a pu paraître sévère car elle contraignait le pouvoir adjudicateur à constituer autant de lots qu'il y a de prestations distinctes identifiées, à moins de justifier être dans l'une des dérogations prévues à l'article 10 du CMP.

Le choix libre du pouvoir adjudicateur proclamé par l'article 10 s'en est trouvé singulièrement réduit, au bénéfice d'une cohérence certaine avec l'objectif de faciliter davantage l'accès des PME aux marchés publics.

À cet effet, le rapporteur public, Bertrand Da Costa, indiquait dans ses conclusions que l'article 10 permettant au pouvoir adjudicateur de « choisir librement » le nombre de lots ne peut pas conduire « à juger que le pouvoir adjudicateur a satisfait aux prescriptions de l'article 10 dès lors qu'il a alloué le marché, peu important le nombre et les caractéristiques de chaque lot. Au cas contraire, le principe serait très aisément contourné et vidé de toute portée utile. Le pouvoir adjudicateur choisit librement le nombre de lots, mais sous réserve de ne pas faire figurer dans le même lot des prestations distinctes ; ou alors, si tel est le cas, il doit expliquer en quoi il estime la dérogation justifiée »^[27].

Il semble toutefois que la grille d'analyse choisie par le Conseil d'État, qui a été mentionnée sur ce point aux Tables, ait été implicitement abandonnée en raison des trop grandes contraintes qu'elle faisait peser sur le pouvoir adjudicateur ou, tout du moins, qu'elle coexiste de manière aujourd'hui résiduelle avec une jurisprudence nettement plus libérale.

Un contrôle finalement choisi comme souple

La Haute juridiction a eu l'occasion de se prononcer de nouveau très rapidement après la décision Communauté urbaine Nantes Métropole sur l'étendue du contrôle du juge portant sur les modalités d'allotissement par le pouvoir adjudicateur, à l'occasion d'un pourvoi en cassation dirigé contre une ordonnance du 26 octobre 2009 du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bastia.

Ce dernier avait annulé une procédure de passation de marché de service juridique passé par la commune d'Ajaccio au motif que les deux lots retenus – conseil et représentation en justice – comprenaient des prestations dans les domaines du droit public, du droit privé ou du droit pénal qui, par l'ampleur et l'hétérogénéité des matières qu'ils regroupent, présentaient en réalité les caractéristiques d'un marché global auquel aucune justification n'était apportée.

Le raisonnement du juge de première instance, qui semblait directement inspiré de la jurisprudence Commu-

démonstration du bien-fondé du recours à un marché global : CAA Marseille 24 février 2014, Côte-d'Azur Habitat, précité.

[25] R. Schwartz, commentaire de la décision CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, précité, *BJCP* n° 80 p. 14 ; CE 11 avril 2014, Commune de Montreuil, précité.

[26] CE 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, précité.

[27] Conclusions sous la décision CE 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, précité, *BJCP* n° 67, p. 452.

nauté urbaine Nantes Métropole, a été censuré par le juge de cassation par une décision du 21 mai 2010^[28].

Après avoir rappelé les termes de l'article 10, le Conseil d'État a considéré que « s'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance de ces dispositions, s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ».

L'ordonnance contestée a ainsi été annulée pour erreur de droit^[29]. Réglant ensuite l'affaire au fond, le Conseil d'État a confirmé la légalité du découpage opéré par le pouvoir adjudicateur en considérant qu'il « ne résulte pas de l'instruction que la division du marché de services juridiques de la commune d'Ajaccio en un lot conseils juridiques et un lot représentation en justice, compte tenu de la nature des prestations et de l'objet du marché, soit entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ».

Cette solution, conforme à la lettre du texte qui évoque le choix libre du pouvoir adjudicateur sur la division en lots, semble mettre un terme implicite à la jurisprudence Communauté urbaine Nantes Métropole sur ce point, aucune mention aux Tables n'y figurant cependant à cet égard.

Elle se concilie malgré tout difficilement avec l'effet utile de l'article 10 et la portée du principe du recours à l'allotissement qui avaient motivé la décision Communauté urbaine Nantes Métropole, et induit le risque d'un allotissement de façade.

L'exemple de la passation des marchés de service juridique, qui a donné lieu à plusieurs décisions, est particulièrement tiquique à cet égard.

En effet, les matières du droit public, du droit privé et du droit pénal sont appréhendées comme des prestations distinctes. Le Conseil d'État a jugé, par une décision du 11 avril 2014, qu'un marché de conseil et de représentation en justice portant sur l'ensemble des matières du droit public ainsi que sur les matières relevant du droit civil, du droit pénal et de la procédure pénale, contenait

des prestations distinctes et que le marché pouvait être alloti compte tenu de la diversité de ces prestations et du volume de la commande passée par la commune^[30].

Le rapprochement des décisions du 21 mai 2010 et du 11 avril 2014 portant chacune sur des procédures initiées par des pouvoirs adjudicateurs de taille relativement proche et sur des objets comparables donne à penser qu'une division en lots, même très sommaire, permet d'éviter la critique portant sur l'identification, à l'intérieur d'un même lot, de prestations distinctes^[31].

La jurisprudence Commune d'Ajaccio implique qu'une fois le marché alloti, la critique tirée de la constatation qu'il n'y a pas autant de lots que de prestations identifiées comme distinctes ne peut plus prospérer. Même si plusieurs prestations juridiques distinctes sont identifiées à l'intérieur d'un même lot, le moyen tiré d'un d'allotissement insuffisant est examiné sous l'angle de l'erreur manifeste d'appréciation et ne donne d'ailleurs que rarement lieu à annulation^[32].

La jurisprudence Communauté urbaine Nantes Métropole semble ainsi aujourd'hui dépassée, même si des juges du fond l'appliquent encore^[33], avec le risque de contourner le principe du recours à l'allotissement des prestations.

Conclusion

Le contrôle du juge sur l'article 10 qui a été progressivement défini donne aujourd'hui lieu à une dissymétrie : il est apparemment normal sur la notion de prestations distinctes, et assurément normal sur les motifs dérogeant à l'obligation d'allotir. Les modalités d'allotissement donnent en revanche lieu à un contrôle de l'erreur manifeste. La jurisprudence relative au contrôle du juge prolonge ainsi les ambiguïtés du texte qui cherchent à concilier l'objectif de faciliter l'accès des PME à la commande publique et la liberté du pouvoir adjudicateur dans la mise en œuvre de l'allotissement. La question d'une meilleure cohérence de ce contrôle risque de se poser sur le long terme car le projet d'ordonnance relative aux marchés publics contient, en son article 27, une rédaction très proche de l'actuel article 10 du CMP.

[28] CE 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, req. n° 333737, mentionné aux Tables.

[29] « Le juge des référés du TA de Bastia, en relevant l'existence d'une méconnaissance de l'article 10 du CMP au motif que les deux lots retenus par la commune d'Ajaccio, comprenant des prestations dans les domaines du droit public, du droit privé ou du droit pénal, par l'ampleur et l'hétérogénéité des matières qu'ils regroupent présentent en réalité les caractéristiques d'un marché global, sans limiter son contrôle à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans la détermination du nombre et de la consistance des lots eu égard à la nature des prestations et à l'objet du marché, a commis une erreur de droit ».

[30] CE 11 avril 2014, Commune de Montreuil, précité.

[31] Si la commune de Montreuil avait procédé à l'allotissement en deux lots conseil et représentation en justice regroupant des prestations hétérogènes, à l'instar de la commune d'Ajaccio, le marché aurait encouru la critique sur le terrain de l'erreur manifeste sans donner lieu à annulation.

[32] Par exemple, pour les marchés de service juridique : CAA Versailles 15 juillet 2011, req. n° 10VE01838 ; CAA Marseille 29 octobre 2012, MPC Avocats, req. n° 10MA02554 ; pour un marché de travaux ayant fusionné deux lots à la suite d'une première procédure de passation déclarée infructueuse voir CE 30 juin 2014, req. n° 376504.

[33] CAA Bordeaux 1^{er} octobre 2013, SNSO, req. n° 12BX00319.