

## MARCHÉS PUBLICS

# Allotir ou ne pas allotir : telle est la question

- **L'article 10 du Code des marchés publics pose le principe de l'allotissement. Toutefois, il permet d'opter pour la dévolution en marché global sans difficulté majeure.**
- **Dans un arrêt du 11 août, le Conseil d'Etat vient de renforcer son contrôle sur les motifs de recours au marché global.**
- **Cette décision ne constitue pas un arrêt de principe, mais invite les acheteurs publics à motiver convenablement leur choix.**

Par **THOMAS ROUYERAN** et  
**GHISLAIN FOUCAULT**  
Avocats à la cour,  
cabinet Seban & Associés

**L'**article 10 du Code des marchés publics (CMP), dans sa version en vigueur depuis 2006, impose au pouvoir adjudicateur d'allotir un marché dès lors qu'il se compose de « prestations distinctes ». Cet article érige donc désormais l'allotissement en principe. Cependant, le Code indique également que ce principe connaît des dérogations. Ainsi, même si un marché permet l'identification de prestations distinctes, un pouvoir adjudicateur peut néanmoins décider de passer un « marché global », s'il estime que la dévolution en lots séparés du marché est de nature « 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 ». Dans un arrêt du 11 août 2009 (« Communauté urbaine Nantes Métropole », n°319949), le Conseil d'Etat a annulé une procédure d'appel d'offres, après avoir contrôlé les modalités selon lesquelles ce marché a été alloti, en relevant que la personne publique ne pouvait pas justifier le regroupement de prestations au

sein d'un même lot. La haute assemblée rappelle que le principe érigé par le Code de 2006 trouve application et ceci, non seulement à l'ensemble du marché concerné, mais aussi au titre de chaque lot, ce qui n'a pas manqué d'inquiéter les services acheteurs au sein des pouvoirs adjudicateurs.

Pour autant, cette décision rend-elle difficile, voire impossible, le recours à un marché global ? L'analyse approfondie de cet arrêt et des autres décisions rendues par les juridictions inférieures depuis 2006 incite surtout à rappeler aux personnes publiques la nécessité de recenser, avant l'engagement d'une consultation publique, la nature exacte de leurs besoins, afin d'apprécier si l'allotissement constitue ou non une solution satisfaisante.

## APPLICATION DU PRINCIPE D'ALLOTISSEMENT

### Prestations distinctes

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 ». Les prestations distinctes sont celles qui ont pour objet de répondre à « des besoins

distincts » (1). L'installation « d'un dispositif de vidéosurveillance » constitue ainsi une prestation distincte de celle consistant à « la mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore » (2). Si un marché regroupe des « prestations distinctes », le pouvoir adjudicateur doit alors en principe l'allotir, sauf s'il peut se prévaloir de l'une des dérogations prévues par le Code.

Pour procéder à un allotissement, l'article 10 indique en outre que le pouvoir adjudicateur choisit « librement » le nombre de lots, en tenant compte « notamment » des « caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions ». L'emploi des termes « librement » et « notamment » pourrait laisser supposer que le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation dans la composition des lots.

### Contrôle du Conseil d'Etat

Il ressort cependant de la décision du Conseil d'Etat du 11 août 2009 que le juge exerce un contrôle désormais étroit sur les modalités selon lesquelles un marché est alloti et ceci, au titre de chacun des lots du marché. L'affaire concernait une consultation lancée par un groupement de commandes constitué autour de la communauté urbaine Nantes Métropole, en vue de la fourniture de services de télécommunication. Ce marché avait été dès l'origine alloti.

Le Conseil d'Etat a estimé que le lot n°3 de ce marché comprenait des « prestations distinctes » à savoir : d'une part, « la fourniture d'un service de téléphonie mobile \*voix

## L'ESSENTIEL

- ▶ **Le Conseil d'Etat a annulé une procédure d'appel d'offres sur le fondement de l'article 10 du Code des marchés publics en réaffirmant que l'allotissement des marchés publics est le principe.**
- ▶ **Le juge a exercé un contrôle étroit sur les modalités selon lesquelles ce marché a été alloti et ceci, au titre de chacun des lots.**
- ▶ **L'allotissement demeure naturellement possible s'il est justifié au regard des besoins de l'administration.**



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», sans que la collectivité puisse démontrer en quoi le regroupement des prestations était justifié au regard des deux dérogations visées à l'article 10 pourtant invoquées (en l'espèce l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination et le surcoût lié à un allotissement). Il a, en conséquence, jugé illégal le regroupement de ces prestations, précisant que celui-ci était susceptible de léser la société Bouygues Télécom, à l'origine du litige, laquelle aurait dû «consentir des investissements lourds dans la fréquence de 900 MHz pour pouvoir présenter une offre pour le lot n°3».

#### La position pragmatique des tribunaux administratifs

Le tribunal administratif de Lille, dans un jugement du 3 juillet 2008, avait déjà annulé la procédure de mise en concurrence d'un

des lots d'un marché de prestations juridiques lancée par la chambre de commerce et d'industrie Grand Lille (ce lot portant sur des prestations juridiques en droit privé, droit public et social), du fait de «l'ampleur et l'hétérogénéité des matières» qu'il regroupait. Pour le tribunal administratif, ce lot présentait «en lui-même les caractéristiques d'un marché global auquel seule une minorité d'opérateurs du secteur économique concerné pourrait répondre sans avoir à constituer un groupement», alors que le regroupement opéré pouvait répondre à un besoin transversal et coordonné qui aurait pu justifier un regroupement (3).

Pour autant, il ne faut pas en conclure qu'en dehors des dérogations prévues par l'article 10 du Code des marchés publics, des «prestations distinctes» ne puissent jamais être regroupées au sein d'un même lot. Le tribunal administratif d'Amiens vient de juger qu'un marché afférent «à l'exploitation et au programme de travaux pour les installations de chauffage, de l'eau sanitaire et du traitement de l'air» peut ainsi être alloté de manière géogra-

phique, alors même que chaque lot géographique comprend des «prestations distinctes», dès lors que «la technique d'allotissement retenue, selon le critère géographique, est justifiée et pertinente en ce qu'elle permet la sélection d'un titulaire ayant une organisation adaptée à l'objet du marché dont le regroupement des prestations répond à la volonté d'optimisation énergétique des installations de chauffage» (4).

#### DÉROGATIONS AU PRINCIPE Des prestations plus coûteuses

Au titre des dérogations au principe d'allotissement, l'article 10 du Code prévoit tout d'abord le cas où celui-ci est de nature à rendre l'exécution du marché «financièrement coûteuse». Le juge a ainsi déjà validé, pour des marchés de mobilier urbain et de mise à disposition de vélos, le recours à un marché global, dans la mesure où la globalisation de ces deux prestations distinctes présente «l'opportunité de proposer une rémunération du titulaire par la seule perception des recettes publicitaires générées par l'exploitation commerciale des affichages et donc, qu'en conséquence, l'exécution

du contrat [n'a] aucune incidence sur la gestion des deniers publics» (5).

Dans l'arrêt du 11 août dernier, le Conseil d'Etat admet d'ailleurs qu'un pouvoir adjudicateur peut déroger au principe d'allotissement afin de réaliser «des économies significatives». Il a cependant rejeté l'application de cette dérogation dans la mesure où l'économie, occasionnée par le regroupement de «prestations distinctes» au sein du lot n°3, représentait «moins de 2% du budget alloué à ce lot». Dans le même sens, le tribunal administratif de Lyon, avait considéré qu'une économie de l'ordre de 3% du marché ne saurait justifier, à elle seule, la globalisation de prestations distinctes (6). Il reste cependant à savoir ce que recouvre précisément l'expression «économie significative».

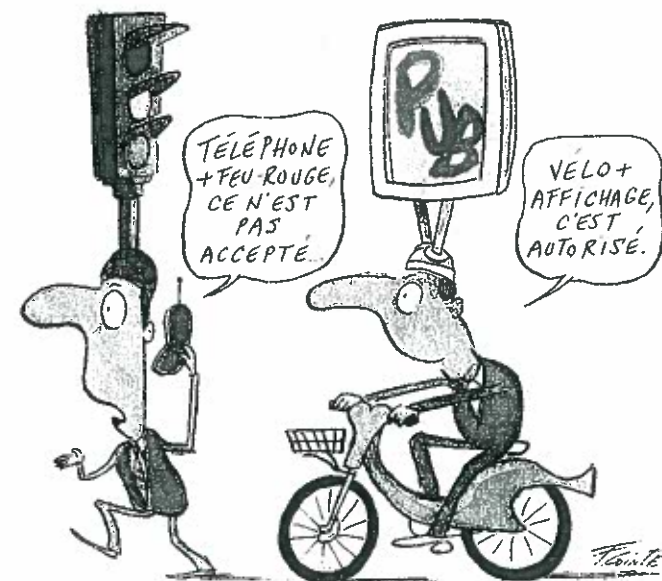
#### Une coordination trop délicate

Des prestations distinctes peuvent également ne pas être alloties si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure «d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination» nécessaires pour l'exécution de ces prestations. Dans l'affaire sou- (●●●)

(●●●) mise au Conseil d'Etat le 11 août dernier, il a cependant été jugé que le recours à cette dérogation n'était pas non plus justifié. Certains tribunaux administratifs l'ont, en revanche, retenu pour valider le recours à un marché global. Dans une affaire qui concernait le réaménagement d'un espace urbain, le tribunal administratif de Nice a jugé que l'allotissement de ce marché aurait contraint les services du pouvoir adjudicateur à « assurer le suivi, la coordination et le contrôle de plusieurs prestataires en différents lieux correspondant aux différentes rues dont le réaménagement [faisait] l'objet du marché » (7). Il ressort en outre de deux autres décisions que cette condition serait également susceptible d'être remplie si le pouvoir adjudicateur peut démontrer qu'il ne serait plus « à bref délai » (8) en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage ou de coordination, ou si ces missions seraient assurées dans des conditions « moins efficaces » (9) en cas d'allotissement du marché.

## Exécution techniquement difficile

Des « prestations distinctes » peuvent, en outre, faire l'objet d'un marché global s'il apparaît que leur dévolution en lots séparés rendrait leur exécution « techniquement difficile ». Ce sera le cas si des prestations sont « imbriquées », c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être exécutées de manière « autonome » et « indépendamment les unes des autres » (10). A propos du marché relatif à la mise en place d'une flotte de vélos et de mobiliers urbains d'informations conclu par la Ville de Paris, le tribunal administratif de Paris a considéré que « la dissociation en deux lots distincts de l'exploitation des vélos et de la gestion du mobilier urbain n'aurait pas permis de répondre, de manière optimale, à l'objectif de rationalisation de la gestion de l'espace parisien, lequel nécessite une cohérence d'ensemble dans la mise en place du dispositif de stations de vélos qui doit s'articuler sur le dispositif de mobilier urbain ». Cela risquait par conséquent de rendre techniquement difficile l'exécution de prestations



conçues pour entrer dans une gestion intégrée (11).

De la même manière, le tribunal administratif de Paris a récemment considéré que la complexité d'un marché relatif à un système informatique justifiait le recours au marché global et « qu'à l'inverse, l'allotissement aurait été impossible, compte tenu de l'imbrication des différentes prestations couvertes par le marché, ce qui aurait entraîné un surcoût » (12).

## Restrictions à la concurrence

L'article 10 du Code des marchés publics permet enfin aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à un marché global dans l'hypothèse où l'allotissement serait de nature à « restreindre la concurrence ». A notre connaissance, aucune jurisprudence n'a à ce jour validé le recours, par l'administration, à un marché global au regard des restrictions à la concurrence qu'aurait occasionnés l'allotissement. On peut toutefois supposer que cette dérogation pourrait trouver à s'appliquer si l'allotissement empêchait justement certaines entreprises. Tel pourrait être le cas pour les prestations de *facilities management* qui permettent justement de disposer d'un interlocuteur unique à qui est confiée la gestion mutualisée d'un ensemble de services liés à la gestion d'immeubles (maintenance, travaux sur les bâtiments et installations, propreté, accueil, sécurité, restauration, re-

prographie, mise à disposition de véhicules) et tous services aux occupants (13).

Le tribunal administratif de Lyon a toutefois annulé la procédure de passation d'un contrat global « de multiservice et de *facility management* », lancée par le ministère de la Défense, au motif qu'il était concerné un très grand nombre de prestations pour lesquelles l'administration n'a pu apporter aucune justification susceptible de démontrer en quoi le recours à un marché global était susceptible de « restreindre la concurrence » (14). Plus généralement, aucun élément ne permettait au juge de trouver une justification à la globalisation des prestations en considération des besoins de l'administration.

Or, c'est bien ce que réaffirme le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 11 août, à propos du périmètre retenu pour un des lots, même si, dans cette affaire, l'analyse appro-

## EN SAVOIR PLUS

► **Textes officiels :** article 10 du Code des marchés publics ; voir « Le Code 2009 » publié, dans sa version consolidée, à jour du décret du 2 septembre 2009, dans « Le Moniteur » du 25 septembre 2009, cahier détaché n° 2.

► **Article du « Moniteur » :** « Allotissement : modes d'emploi », 30 juin 2006, p. 84.

► **Ouvrages publiés aux Editions Le Moniteur :** « La passation des marchés publics » par Catherine Ribot, éd. 2007 ; « Rempporter des appels d'offres », par Aymeric Hourcabié, éd. 2009.

## + D'INFORMATION

Retrouvez l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 août 2009 sur le site [www.lemoniteur.fr](http://www.lemoniteur.fr)

fondie des justifications apportées par le pouvoir adjudicateur a pu paraître excessive pour certains et, en premier lieu, pour la collectivité concernée.

Préalablement au lancement d'une procédure de mise en concurrence, le pouvoir adjudicateur doit donc bien identifier son besoin afin de déterminer si, compte tenu de la nature et du coût des prestations demandées, le recours à l'allotissement est ou non envisageable. Si le besoin est global, le pouvoir adjudicateur élaborera sa consultation publique en conséquence et devra justifier que le choix opéré d'une globalisation de la commande répond aux conditions de l'une des dérogations prévues par le Code. Le recours nécessite donc une particulière attention de la part des pouvoirs adjudicateurs, à défaut de quoi, le risque d'une contestation portée devant les tribunaux est bien réel. ■

(1) TA Paris, ord., 28 juin 2007, « Soc. Miele », n° 0708649.

(2) CE, 20 mars 2009, « Commune de Fort-de-France », n° 311379.

(3) TA Lille, 3 juillet 2008, « Soc. d'avocats Huglo Lepage et associés », n° 080463.

(4) TA d'Amiens, 13 juillet 2009, « Soc. GDF Suez énergie services », n° 0901672.

(5) TA Paris, ord., 23 février 2007, « Soc. Clear Channel France c/ JC Decaux », n° 0701657, voir « Le Moniteur du BTP » du 16 mars 2007, p. 20.

(6) TA Lyon, 7 avril 2008, « Soc. Groupe Pizzorno Environnement », n° 0801795.

(7) TA Nice, ord., 1<sup>er</sup> février 2008, « Soc. SGCAA », n° 0800239.

(8) TA Lyon, 7 avril 2008, « Soc. Groupe Pizzorno Environnement », op. cit.

(9) TA Paris, ord., 23 février 2007, « Soc. Clear Channel France c. JC Decaux », op. cit.

(10) TA Paris, ord., 28 juin 2007, « Soc. Miele », op. cit.

(11) TA Paris, ord., 23 février 2007, « Soc. Clear Channel France c. JC Decaux », op. cit.

(12) TA Paris, 15 septembre 2009, « SAS Compagnie IBM France », n° 0914246/3.

(13) Voir en ce sens la définition des prestations *facilities management* donnée par la norme Afnor : NF EN 15221-1, décembre 2006 et NF EN 15221-2.

(14) TA Lyon, 7 avril 2008, « Soc. Groupe Pizzorno Environnement », op. cit.