

Dans quelle mesure est-il possible de ne pas allotir un marché ?

Les acheteurs publics ne peuvent déroger à l'application du principe d'allotissement que si les conditions prévues à l'article 10 du CMP ou bien celles permettant de recourir à un marché global sont réunies. Néanmoins, remplir ces conditions s'avère pour le moins difficile.

En droit national, l'allotissement est, depuis 2006, la règle pour les contrats relevant du Code des marchés publics (CMP). Cette notion, longtemps ignorée par le droit européen, y a fait son apparition dans la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ; directive qui, sans imposer la division des marchés en différents lots, invite à tout le moins les pouvoirs adjudicateurs à examiner l'opportunité d'une telle division, et précise que les États membres peuvent aller plus loin et rendre obligatoire la passation de marchés sous la forme de lots distincts. L'allotissement des marchés publics est donc plus que jamais dans l'air du temps, et on le comprend sans peine, tant il semble acquis qu'il permet de renforcer la concurrence en rendant les marchés plus largement accessibles aux opérateurs de taille modeste. Mais on sait aussi que l'obligation d'allotir engendre bon nombre de difficultés pour les pouvoirs adjudicateurs, et peut s'avérer difficilement compatible avec les contraintes souvent attachées aux projets d'une certaine ampleur. La portée et l'enjeu du sujet se comprennent donc sans peine : il s'agit de déterminer dans quelle mesure les acheteurs soumis au CMP peuvent légalement décider de ne pas faire application du principe d'allotissement. Il n'est pour cela que deux voies. Ce n'est, en effet, qu'à la condition de satisfaire à l'une des exceptions posées par l'article 10 du CMP relatif à l'allotissement, ou à la condition de pouvoir solliciter l'un des deux types de marchés globaux spécifiques prévus par le code, qu'une personne publique pourra solliciter un marché non alloti. Dans un cas comme dans l'autre, ce n'est toutefois que dans une modeste mesure qu'un acheteur soumis au CMP peut légalement de décider de passer un marché non alloti.

Auteur

Maeva Guillerm

Avocat à la Cour, SCP Seban et associés

Mots clés

Concurrence • CREM • Impact financier • Loi MOP
• Marché global • Prestations distinctes • REM

La difficile satisfaction de l'une des exceptions au principe d'allotissement

S'il est vrai que l'article 10 du CMP, qui pose l'obligation d'allotir, admet immédiatement quelques exceptions, ces exceptions font l'objet d'une interprétation particulièrement stricte, et sont donc en pratique de portée extrêmement limitée.

Les exceptions à l'obligation d'allotir

L'article 10 du CMP précise d'emblée que l'obligation d'allotir ne trouve pas à s'appliquer aux marchés dont l'objet « ne permet pas l'identification de prestations distinctes », c'est-à-dire aux marchés qui portent sur des prestations qui ne sont pas susceptibles « par leur nature et compte tenu de l'objet du marché, de faire l'objet de lots différents »⁽¹⁾. Cette exclusion est de bon sens, mais de portée limitée ; d'autant que l'on sait par exemple que des prestations de même nature peuvent être regardées comme distinctes, et donc se prêter à un allotissement, lorsque leur exécution est répartie sur plusieurs sites⁽²⁾. Sous cette réserve des marchés qui ne permettent pas l'identification de prestations distinctes, il est quatre exceptions au principe de l'allotissement qui peuvent être envisagées : l'article 10 du CMP permet au pouvoir adjudicateur de recourir à un « marché global », c'est-à-dire non alloti, s'il estime qu'un allotissement serait de nature « à restreindre la concurrence », qu'il 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 ».

Au premier regard, le texte semble conférer à la personne publique une certaine marge d'appréciation, et laisse à penser qu'il est sans doute bien des marchés qui devraient pouvoir échapper à l'obligation d'allotir. Si l'exception attachée au risque de restriction de la concurrence – qui a pu être invoquée devant le juge administratif⁽³⁾, mais sur laquelle il ne s'est pas expressément prononcé – n'a sans doute vocation à jouer que dans des cas très particuliers, les exceptions d'ordres financier et technique semblent pouvoir revêtir une portée assez large. Dans bien des cas en effet, il est des éléments qui devraient témoigner de ce que l'allotissement risque de renchérir le coût global du marché, puisqu'il prive la personne publique du bénéfice d'économies d'échelle, ou de rendre son exécution difficile, notamment lorsque les délais sont contraints ou que des travaux doivent être réalisés sur des sites occupés. Il n'en est toutefois rien : la jurisprudence témoigne au contraire de l'interprétation très stricte que retient le juge administratif de chacune des exceptions au principe d'allotissement.

Des exceptions à la portée extrêmement limitée

Sur le plan financier d'abord, il faut souligner que si le Conseil d'État a confirmé que la circonstance que le recours à un marché global soit de nature à réduire le coût du marché peut justifier l'absence d'allotissement⁽⁴⁾, il a surtout précisé que le recours à un marché global ne

peut être justifié par des considérations financières que s'il permet de réaliser une économie significative⁽⁵⁾. Cette exception n'a donc vocation à jouer que lorsque « l'allotissement est de nature à alourdir considérablement le coût de l'opération »⁽⁶⁾, et ne peut pas être sollicitée au seul motif que le choix d'un marché unique devrait permettre de réaliser une économie d'échelle mesurée. Cela se comprend sans peine : « le marché unique redeviendrait [sinon] la règle »⁽⁷⁾. Mais, sauf cas bien particuliers dans lesquels le surcoût attaché à un allotissement relève presque de l'évidence⁽⁸⁾, il est permis de penser qu'il sera bien difficile, pour l'acheteur public, d'établir l'impact financier négatif de l'allotissement avant le lancement de la procédure, d'autant que le juge administratif ne semble accorder guère de crédit aux expériences passées du pouvoir adjudicateur⁽⁹⁾. Le sentiment selon lequel « l'utilisation de l'exception économique s'accompagnera souvent d'une incertitude qui ne pourra véritablement être levée qu'au terme de la procédure de passation »⁽¹⁰⁾ ne peut donc qu'être partagé.

Sur le plan technique ensuite, les exceptions au principe d'allotissement font également l'objet d'une appréciation stricte, si bien que les hypothèses dans lesquelles un pouvoir adjudicateur pourra solliciter sereinement un marché non alloti apparaissent également très limitées. Le juge administratif semble en effet exclure qu'il puisse exister un risque que l'allotissement du marché rende son exécution techniquement difficile lorsque les contraintes invoquées par le pouvoir adjudicateur (contraintes de délais⁽¹¹⁾, intervention sur sites occupés⁽¹²⁾...) sont courantes dans le secteur d'activité concerné. La cour administrative d'appel de Lyon a pu aller plus loin encore en jugeant, s'agissant des travaux de restructuration et de rénovation de collèges, que le recours au marché global n'était pas justifié par la nécessité de réaliser les travaux sur sites occupés dès lors qu'« il ne ressort pas de l'instruction que cette contrainte (...) aurait été incompatible avec l'allotissement des travaux »⁽¹³⁾. Les juridictions administratives retiennent une appréciation plus stricte encore de l'exception qui tient à ce que le

(1) CE 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence, req. n° 335611.

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

(3) CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 350935.

(4) CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803.

(5) CE 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, req. n° 319949.

(6) CAA Marseille 24 février 2014, Côte d'Azur Habitat, req. n° 12MA00586.

(7) B. Dacosta, *BJCP* n° 67, p. 451.

(8) CAA Bordeaux 31 mars 2015, Société BMC Mobirun, req. n° 13BX02037.

(9) CAA Marseille 19 décembre 2011, Préfet des Alpes-Maritimes, req. n° 09MA03774.

(10) O. Févrot, « Obligation d'allotissement, exception économique et droit de la concurrence », *CP-ACCP*, n° 119, mars 2012, p. 66.

(11) CAA Bordeaux 1^{er} octobre 2013, Syndicat national des entreprises du second œuvre (SNSO) c/ Département de la Gironde, req. n° 12BX00319.

(12) CAA Marseille 24 février 2014, Côte d'Azur Habitat, req. n° 12MA00586.

(13) CAA Lyon 6 octobre 2011, Syndicat national des entreprises du second œuvre (SNSO) c/ Département du Puy-de-Dôme, req. n° 10LY01121.

pouvoir adjudicateur ne serait pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination en cas d'allotissement du marché. Tout porte en effet à croire que le pouvoir adjudicateur ne peut pas utilement faire état de « ses choix d'organisation, et notamment de ce qu'il ne dispose pas dans ses services d'agents chargés des missions d'organisation, de pilotage et de coordination, alors au surplus que de telles missions peuvent être confiées à un prestataire chargé de l'ordonnancement, du pilotage et de la coordination du chantier »^[14], ni même du nombre important de chantiers en cours^[15] ou des difficultés rencontrées par ses services lors de précédentes opérations^[16]. Tout est en la matière affaire d'espèce, et il ne faut sans doute pas exclure que ces différentes circonstances puissent, dans certains cas bien particuliers, justifier le recours au marché global, sans quoi on pourrait s'interroger sur la consistance réelle de cette dernière exception à l'obligation d'allotir.

Ces différentes décisions témoignent toutefois à tout le moins de ce que le recours au marché non alloti n'est possible que dans des cas réellement exceptionnels. Et la refonte du Code des marchés publics à venir ne devrait pas conduire à nuancer cette conclusion, malgré l'espoir que la directive 2014/24/UE avait peut-être pu faire naître chez certains en énonçant que « le pouvoir adjudicateur devrait avoir l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots tout en demeurant libre de prendre sa décision de façon autonome sur la base de tout motif qu'il juge pertinent, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire »^[17] : comme la doctrine a pu le souligner^[18], chacune des exceptions actuelles au principe d'allotissement est reprise mot pour mot dans le projet d'ordonnance relative aux marchés publics^[19].

La difficile satisfaction des conditions de recours à un marché global spécifique

Et s'il est par ailleurs des hypothèses dans lesquelles le recours à un marché global spécifique est possible, sans qu'il soit besoin de témoigner de ce que l'une des exceptions posées par l'article 10 du CMP est satisfaite, elles sont également très encadrées.

[14] CAA Bordeaux 1^{er} octobre 2013, req. n° 12BX00319 ; voir également CAA Lyon 6 octobre 2011, req. n° 10LY01121.

[15] CAA Marseille 24 février 2014, req. n° 12MA00586 ; CAA Marseille 19 décembre 2011, Préfet des Alpes-Maritimes, req. n° 09MA03774.

[16] CAA Marseille 19 décembre 2011, Préfet des Alpes-Maritimes, req. n° 09MA03774.

[17] Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, Préambule, point 78.

[18] F. Linditch, « Premier regard sur le projet d'ordonnance relative aux marchés publics mis en consultation par Bercy », *JCP A*, n° 4, 26 janvier 2015.

[19] http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/projet-ordonnance-volet-legislatif-directives-mp.pdf.

Les marchés globaux spécifiques dérogeant au principe d'allotissement

L'actuel Code des marchés publics prévoit deux catégories de marchés globaux spécifiques : les marchés de conception-réalisation de l'article 37, et les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (REM), ou de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (CREM), dits marchés globaux de performance, de l'article 73 ; marchés globaux auxquels il pourrait être fait appel, indépendamment des exceptions au principe d'allotissement posé à l'article 10 du CMP. La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics l'affirme sans nuance : « il n'y a pas d'obligation d'allotissement dans un marché global, prévu à l'article 37 (marché de conception-réalisation) et à l'article 73 (contrat global sur performance) ». Et une réponse ministérielle récente le souligne également^[20]. Nous peinons toutefois, comme d'autres^[21], à identifier le fondement textuel de cette dérogation au principe d'allotissement, sur laquelle la doctrine majoritaire s'accorde pourtant^[22]. Mais il demeure que l'existence même de ces contrats, qui impliquent un fort degré d'intégration des prestations, n'a de sens que s'ils peuvent effectivement ne pas être allotis. En l'état, le projet d'ordonnance relative aux marchés publics met fin à tout débat sur le sujet : les contrats qui y sont qualifiés de « marchés globaux », c'est-à-dire les marchés associant la réalisation à la conception et/ou à l'entretien-maintenance, dérogent expressément au principe d'allotissement^[23].

Ces marchés globaux ne peuvent toutefois aujourd'hui être sollicités qu'à la condition de satisfaire aux conditions posées par l'article 37 ou l'article 73 du CMP, et demain à celles qui seront posées par l'ordonnance, qui ne devraient guère être différentes.

Des conditions de recours strictes

Les conditions de recours aux marchés globaux sont particulièrement strictes lorsqu'ils portent sur des prestations relevant du champ d'application de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP. Parce qu'ils dérogent alors au principe selon lequel « la mission de maître d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur »^[24], ces marchés, qui associent la conception à la réalisation ne peuvent être légalement sollicités que « lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique

[20] Réponse ministérielle n° 50729, *JOAN*, 12 août 2014, p. 6905.

[21] D-A Camous, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », *JCP A* n° 45, 7 novembre 2011 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « À propos des contrats globaux de performance », *Contrats et Marchés publics*, n° 7, juillet 2012, repère 7.

[22] O. Ortega et B. Louis, « Les nouveaux marchés publics globaux », *BJCP* n° 80, p. 3.

[23] Article 27 du projet d'ordonnance relative aux marchés publics.

[24] Article 7 de la loi MOP.

rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage »^[25]. La circonstance que le recours à un marché de conception-réalisation puisse permettre de réaliser des économies ou de gagner du temps n'est en revanche en aucun cas susceptible de justifier le recours à un contrat global de cette nature^[26].

S'agissant d'abord des motifs d'ordre technique qui peuvent être invoqués, l'article 37 du CMP précise qu'ils doivent être liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage, et que sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre, ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques. Comme le souligne la doctrine, le juge administratif apprécie de façon extrêmement stricte ces conditions^[27], si bien que le recours à un marché global associant la conception et la réalisation semble quasiment exclu pour la réalisation d'ouvrages de bâtiment classiques^[28].

S'agissant ensuite de l'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique, il ne permet de déroger à la loi MOP, et ne peut donc justifier le recours au marché de conception-réalisation ou au CREM, que s'il rend « nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage »^[29]. À ce jour, le niveau d'exigence que pourrait avoir un juge à cet égard n'est pas connu, mais il nous semble que, par analogie avec la jurisprudence rendue en matière de « motifs d'ordre technique », cette condition sera entendue strictement.

[25] Article 16 de la loi MOP.

[26] CE 17 mars 1997, Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale, req. n° 155573 ; TA Lille 16 juin 1997, Département du Nord, req. n° 95-2931.

[27] E. Pourcel, « Marchés de conception-réalisation : une exception au principe devenue exception de principe ? », *Contrats et Marchés publics*, n° 7, juillet 2010, étude 7.

[28] Voir également en ce sens C. Grange, *La loi MOP*, éd. Le Moniteur, p. 277.

[29] Article 16 de la loi MOP.

Le recours à un marché global incluant des prestations de conception ne permet donc de déroger au principe d'allotissement que dans des cas exceptionnels qui justifient, au-delà, une dérogation à la loi MOP. L'essentiel des décisions rendues en la matière a d'ailleurs conduit à l'annulation des marchés concernés.

Le recours aux marchés globaux est sans doute moins hasardeux lorsqu'aucune prestation de maîtrise d'œuvre n'est incluse dans le marché. Un marché de REM peut en effet être conclu « afin de remplir des objectifs chiffrés de performance ». Mais, précisément parce que ces marchés dérogent tout de même au principe de l'allotissement, il y a tout lieu de penser que « le niveau d'exigence [en termes d'objectifs chiffrés de performance à atteindre par le titulaire] sera soumis à l'appréciation du juge qui devra décider si l'engagement du titulaire est suffisant pour justifier le caractère global du marché »^[30]. Et la logique voudrait alors que ce niveau d'exigence ne soit regardé comme suffisant que dans les cas où il implique un degré d'intégration entre les différentes prestations que la dévolution du marché en lots séparés n'aurait pas permis d'atteindre. Les motifs qui justifieraient la conclusion d'un marché global sur le fondement des dispositions spécifiques de l'article 73 du CMP seraient alors proches de ceux requis au titre de l'article 10 pour échapper à l'allotissement. On peut rappeler à cet égard que le tribunal administratif de Paris a pu, avant même que les CREM et les REM ne soient créés, admettre la légalité d'un marché non alloti de performance énergétique au motif que la dévolution en lots séparés aurait rendu techniquement difficile l'exécution des prestations^[31].

Pour conclure, quel que soit le fondement sollicité, ce n'est donc effectivement que dans une mesure très modeste qu'un acheteur soumis au Code des marchés publics peut échapper au principe d'allotissement. Et cet état du droit ne devrait pas sensiblement évoluer à court terme.

[30] O. Ortega et B. Louis, « Les nouveaux marchés publics globaux », *BJCP* n° 80, p. 3.

[31] TA Paris 10 juin 2011, Société Citelum, req. n° 11-02796.