



HAL
open science

Note sous Conseil d'État, 23 juillet 2010, 338367, Région Réunion

Marianna Tassone-Lagrange

► **To cite this version:**

Marianna Tassone-Lagrange. Note sous Conseil d'État, 23 juillet 2010, 338367, Région Réunion.
Revue juridique de l'Océan Indien, 2011, 12, pp.234-239. hal-02623020

HAL Id: hal-02623020

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02623020v1>

Submitted on 26 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

10.3 - Contrats et Commande publique

Contrats et commande publique - Marchés publics - Passation - Allotissement - Article 10 du Code des marchés publics - Allotissement géographique - Prestations distinctes - Modalités d'allotissement - Contrôle du juge - Erreur manifeste d'appréciation.

Conseil d'État, 23 juillet 2010, *Région Réunion*, req. n° 338367

Marianna TASSONE-LAGRANGE, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion

Les dispositions claires et limpides du code des marchés publics cachent au profane l'étendue des nuances prétoriennees apportées au fil des jurisprudences, mais qui viennent

résoudre la diversité des conflits nés de la passation des marchés publics. Le Conseil d'État apporte, ici, une précision inédite à la règle de l'allotissement.

En l'espèce, la région Réunion avait lancé un appel d'offres, en marché unique, relatif à des prestations de gardiennage et de surveillance de quatre sites lui appartenant, à Saint-Denis, Saint-Louis, Saint-Pierre et Saint-Benoît. Le marché a été suspendu par le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion saisi par déferé préfectoral, décision confirmée par une ordonnance de la cour administrative d'appel de Bordeaux. Le Conseil d'État, saisi d'un recours en cassation contre cette ordonnance et après avoir annulé celle-ci pour vice de procédure¹, confirme la solution des juges du fond en précisant les modalités d'allotissement des marchés soumis au code des marchés publics.

Encourager l'acheteur public à allotir ses marchés traduit, depuis l'origine, le souci de susciter une meilleure concurrence voire indirectement de favoriser l'accès des PME à la commande publique. La règle de l'allotissement incarne ainsi la délicate conciliation à opérer entre le principe de la liberté d'accès à la commande publique qui conduit à refuser d'inscrire des quotas en faveur des PME notamment² et le principe d'égalité, faussé par une réalité favorisant généralement les plus grosses entreprises³, en recherchant toujours la plus large concurrence⁴. Auparavant simple faculté dérogatoire (codes antérieurs à 2001), puis solution alternative (codes 2001 et 2004), l'allotissement, depuis le code des marchés publics de 2006, est devenu la règle¹. L'acheteur public peut toutefois y déroger selon des conditions prévues par ce même article.

Pour passer un marché global une alternative se présente à l'acheteur public. Tout d'abord, si les prestations objet du marché présentent un caractère homogène, l'allotissement est naturellement impossible à organiser. C'est pourquoi, dans cette affaire, la région Réunion contestait l'interprétation faite par le tribunal administratif du caractère distinct des prestations du marché en cause alors qu'elle-même considérait que ces prestations avaient un caractère homogène, justifiant la passation dudit marché en un lot unique. Ensuite, même s'il est possible

¹ Ce vice de procédure a été reconnu en raison du non respect du principe du contradictoire, le mémoire en défense du préfet de La Réunion n'ayant pas été communiqué à la région Réunion par les services de la cour.

² CE, 9 juillet 2007, req. n° 297711, Syndicat entreprises générales de France Bâtiments travaux publics (EGF-BTP) Contrats-Marchés publics 2007, comm. 240 obs. W. ZIMMER ; Annulation du I de l'article 60 CMP qui permettait au pouvoir adjudicateur de fixer un minimum de PME admis à présenter une offre.

³ Argument régulièrement évoqué par les parlementaires dans leurs nombreuses questions au gouvernement. A titre d'exemple : Rép. min. n° 70263 de M. Th. MARIANI : JOAN Q, 19.07.2005, p. 304 ; Rép. Min. n° 13176 de Mme P. SCHILLINGER : JO Sénat Q, 17.06.2010, p. 1545 ; Rép. Min. n° 13203 de Mme B. BOUT : JO Sénat Q, 15.07.2010, p. 1861 ; ou encore Brigitte ROMAN-SEQUENCE, *conséquence de la réforme de la politique d'achat de l'État sur les petites et moyennes entreprises*, Contrats et Marchés publics n° 8, août 2010, comm. 308.

⁴ Voir par exemple, CE, 9 juillet 2007, req. n° 297711, Syndicat entreprises générales de France Bâtiments travaux publics (EGF-BTP) Contrats-Marchés publics 2007, comm. 240 obs. W. ZIMMER : « En posant le principe de l'allotissement des marchés, les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics annexé au décret n° 2006-975 du 1er août 2006 ont pour objet de susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non, et prévoient d'ailleurs des exceptions dans les cas où l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence. En outre, il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché. Par suite, les dispositions en cause ne méconnaissent pas le principe d'égalité. »

Ou encore voir la circulaire du 29 décembre 2009 *relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, article 7.1.

¹ Article 10 du code des marchés publics : « 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 dans les conditions prévues par le III de l'article 27 (...). Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, 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 (...) ».

de distinguer des prestations distinctes, certaines conditions peuvent conduire à la passation d'un marché unique. En d'autres termes, un marché global pourra être privilégié si sa passation présente plus d'avantages que l'allotissement.

Le Conseil d'État analyse, dans ce cas, si des prestations identiques dans différentes zones géographiques constituaient des prestations distinctes au sens de l'article 10 du code des marchés publics. C'est ainsi que le juge examine, dans un premier temps, la nature des prestations pour s'interroger ensuite sur d'éventuels motifs de dérogation.

La précision utile de l'allotissement géographique

Lors de la rédaction de ses documents de consultation, une des difficultés rencontrées par l'acheteur public est de déterminer si les prestations objet de son marché sont susceptibles d'être décomposées en unités de prestations distinctes ou si elles constituent un ensemble homogène. Il convient à cet égard de bien distinguer les lots techniques prévus uniquement pour une meilleure lisibilité des prestations d'un marché, du fractionnement opéré à travers l'allotissement qui conduit à la signature de différents marchés autonomes avec chacun un titulaire propre. En l'espèce, le Conseil d'État considère que, contrairement à ce qu'invoque la région Réunion, des prestations identiques sur différents lieux géographiques ne présentent pas un « caractère homogène », mais font « bien apparaître des prestations distinctes » qui auraient dû faire l'objet d'un allotissement.

Cette question de l'allotissement géographique n'est pas récente, mais depuis l'entrée en vigueur du nouveau code, elle n'avait pas encore été précisée par le juge. Si la possibilité d'un allotissement géographique² a pu être admise par la doctrine comme une « répartition de l'achat en lots séparés pour des prestations identiques, mais se réalisant sur des territoires géographiques différents », les services du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie avaient semblé limiter cette possibilité pour garantir « la sécurité des approvisionnements »³.

Par ailleurs, la notion de « caractère homogène » employée par le juge, lorsqu'il présente l'un des moyens de défense de la région, peut sembler ambiguë. En effet, cette notion est utilisée à l'article 27 du code des marchés publics concernant la computation des seuils. Une lecture combinée des articles 10 et 27 II 2° du code des marchés publics pourrait alors conduire à admettre que des fournitures et services homogènes, en raison de leurs caractéristiques propres¹, se retrouvent dans un marché unique. L'allotissement géographique pouvait ne pas apparaître comme une évidence. Par ailleurs, un découpage géographique des prestations d'un marché aurait pu être vu comme un moyen déguisé de favoriser des entreprises locales et contesté à ce titre.

Toutefois, le juge en a décidé autrement. Il convient, dès lors, de dissocier l'analyse des seuils de celle de la dévolution du marché. Il sera donc possible que des prestations homogènes, au sens de l'article 27 II 2° du code des marchés publics, apparaissent comme des prestations distinctes au sens de l'article 10 du code des marchés publics. La solution apportée dans cette affaire peut se présenter comme étant une solution en équité, car il faut reconnaître que pour un

² *L'allotissement en marchés publics : état des lieux et perspectives*, Brigitte ROMAN-SEQUENCE (fiche pratique sous la direction de Stéphane BRACONNIER), Contrats et Marchés publics n° 5, mai 2006, 5.

³ Précisément, en matière d'approvisionnement en carburant des services du SDIS ; Rép. min. n° 25168 : JO Sénat Q, 8 mars 2007, p. 537 (Q. 9 nov. 2006, M. Bernard PIRAS), *Peut-on utiliser l'allotissement géographique ?* Contrats et Marchés publics n° 6, juin 2007, comm. 204.

¹ A la différence des travaux dont la valeur globale est analysée en fonction de la notion d'opération (article 27 II 1° du code des marchés publics).

acheteur public, d'une taille importante tel que l'État, voire une région, le défaut d'allotissement de prestations distinctes à raison de leur répartition géographique pourrait sévèrement nuire, dans certains cas, à la concurrence.

Un contrôle du juge à intensité variable

Des dérogations à l'allotissement strictement contrôlées par le juge

Certes, l'allotissement est la règle, mais afin de respecter les objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics², des dérogations sont organisées à l'article 10 du code des marchés publics. Hors le cas du défaut d'identification de prestations distinctes, des arguments, qui se rattachent davantage à la cohérence générale du marché qu'aux prestations elles-mêmes, sont susceptibles d'être invoqués par l'acheteur public. L'article 10 du code des marchés publics permet, en effet, à l'acheteur public de recourir au marché global, même lorsque des prestations distinctes peuvent être dégagées, quand l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ou risquerait de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou, enfin, lorsqu'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Dans l'arrêt commenté, le juge relève « que la région Réunion ne justifiait pas se trouver en présence de l'une des exceptions prévues à l'article 10 du code des marchés publics », qu'ainsi, le marché aurait dû être alloti. En effet, choisissant une voie dérogatoire, il convient que l'acheteur public dispose de motivations afin de justifier son choix. Si, en l'espèce, le juge sanctionne simplement le défaut de motivation, celle-ci ne pourrait suffire à elle seule à justifier le recours au marché global, car le juge exerce un contrôle des motifs de ce choix et donc du contenu de cette motivation.

Par exemple, dans son arrêt Communauté urbaine de Nantes métropole, du 11 août 2009³, le Conseil d'État analyse précisément le bien-fondé du recours au marché global. Il considère en premier lieu, que « la réduction significative du coût des prestations constitue, selon l'article 10, un motif légal de dévolution en marché global » pour ensuite préciser « que (...) l'impact financier de ce regroupement [de deux lots en un seul] ne saurait justifier une absence de dévolution en lots séparés, dès lors qu'il ne représente que moins de 2 % du budget alloué à ce lot ».

Également, dans un arrêt du 29 octobre 2010¹, le Conseil d'État estime se trouver en présence d'un marché global injustifié, car permettant l'identification de prestations différentes qui auraient dû donner lieu à des lots distincts. Ce faisant, il ne censure pas, par principe, le fait qu'un marché global puisse contenir des prestations de durées différentes et donnant lieu à des prix de formes différentes, mais bien le fait que le marché contenait une trop grande diversité de missions hétérogènes.

Si certains cas d'absence justifiée d'allotissement peuvent être relevés (concurrence plus difficile, homogénéité technique, simplification, rapidité d'intervention, économie d'échelle,

² Inscrits à l'article 1^{er} du code des marchés publics.

³ CE, 11 août 2009, Communauté urbaine de Nantes métropole, req. n° 319949, *Allotissement et télécommunications : marché unique irrégulier*, Commentaire par Frédérique OLIVIER, Contrats et Marchés publics n° 11, Novembre 2009, comm. 348 ; BJDCEP 2009, n° 67, p. 451, concl. Dacosta, AJDA 2009, p. 1525.

¹ CE, 29 octobre 2010, SMAROV (Syndicat mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles).

difficulté d'articulation entre opérateurs multiples, absence de moyens de coordination du pouvoir adjudicateur)², l'appréciation du juge se fait bien au cas par cas, et les acheteurs publics seraient avisés de conserver toute trace des motifs de leur choix, afin de pouvoir prouver au juge que le recours au marché global constituait pour eux un meilleur respect des principes de la commande publique.

À cet égard, il est intéressant de noter que, dans les faits, le marché a été ensuite relancé sous la forme d'un marché alloti et que c'est l'entreprise initialement attributaire (du marché contesté et annulé) qui a été retenue pour tous les lots et pour un montant total supérieur au marché global. La région Réunion trouvera t-elle dans cette expérience des motifs légitimes de relancer ultérieurement ce marché en un lot unique ?

Un contrôle minimal des modalités d'allotissement

À ce stade de la réflexion, et même si cet aspect n'est pas abordé par les juges dans l'arrêt commenté ici, il n'est pas inutile de poursuivre plus avant et de rappeler que lorsque l'acheteur public recourt à l'allotissement, les modalités de celui-ci ne sont pas exclues du contrôle du juge. Ainsi, le Conseil d'État a pu conforter la commune d'Ajaccio³ dans son choix du découpage des lots de son marché alloti, censurant la position du tribunal administratif de Bastia, au motif que le manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance des dispositions de l'article 10 ne peut résulter que d'une erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur, « compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ». Cette solution peut apparaître comme « une bouffée d'oxygène octroyée aux pouvoirs adjudicateurs »⁴, dont le pouvoir discrétionnaire se voit expressément consacré par le juge, concernant non pas tant les modalités d'allotissement, mais plutôt la détermination de ces lots, et notamment leur nombre et leur consistance. En effet, ce que le juge des référés du tribunal administratif reprochait au marché passé par la commune d'Ajaccio était l'ampleur et l'hétérogénéité des matières que chaque lot regroupait présentant, ainsi, les caractéristiques d'un marché global. En d'autres termes, le Conseil d'État a refusé le droit au juge des référés de contrôler le découpage des lots, sauf à relever une erreur manifeste, qu'il ne relèvera pas lui-même en statuant au fond.

En fait, il n'est pas évident de déceler à travers la jurisprudence administrative relative au contrôle des modalités d'allotissement quelle est l'étendue réelle de la marge de manœuvre des acheteurs publics¹. L'acheteur se doit, simplement, d'élaborer son futur marché dans l'esprit du code et des principes de la commande publique. En effet, la liberté octroyée à l'acheteur public pour le découpage des lots² peut être analysée comme une règle de second rang³, dont la

² Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, n° 875, p. 430.

³ CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, req. n° 333737, Contrats et Marchés publics n° 7, juillet 2010, comm. 29 par Pascal DEVILLERS.

⁴ François BRENET, Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les modalités d'allotissement des marchés publics, DA n° 7, juillet 2010, comm. 110, sur CE, 21 mai 2010, req. n° 333737, commune d'Ajaccio.

¹ Sous l'empire de l'ancien code des marchés publics de 2004 : CE, 10 mai 2006, Schiocchet, req. n° 288435, (modalités d'allotissement validées par le juge) AJDA 2006, p. 1012 ; Sous l'empire du code des marchés publics de 2006 : TA Paris, ord., 14 avril 2007, Sté Dell, req. n° 070456 (modalités d'allotissement validées par le juge) ; TA Nantes, ord., 21 février 2008, Dpt de la Mayenne, req. n° 08601 (modalités d'allotissement validées par le juge) ; TA Lille, ord., 3 juillet 2008, Huglo Lepage, req. n° 080463 (requalification par le juge d'un des lots du marché en lot global devant être redécomposé), AJDA 2008, comm. J.D. DREYFUS, p. 1831 ; TA Paris, ord., 24 nov. 2008, Sté Protim, req. n° 0817554 (requalification par le juge d'un des lots du marché en lot global devant être redécomposé) ; CE, 20 mai 2009, Commune de Fort de France, req. n° 311379 (modalités d'allotissement validées par le juge)

² Art 10 du code des marchés publics : « (...) A cette fin, il choisit librement le nombre des lots, en tenant 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. (...) »

violation n'appellerait pas expressément de sanction de la part du juge. C'est pourquoi c'est vers un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation que se sont dirigés les juges du Conseil d'État, malgré son approche parfois subjective et manquant de lisibilité.

³ Le juge au service de l'effet utile du Code des marchés publics : son office en matière d'allotissement et de sous-critères, étude par Eve DEROUESNÉ et Anna STEFANI-COSTE, Contrats et Marchés publics n° 4, avril 2009, étude 4.

⁴ Notamment les délits d'octroi d'avantage injustifié, de corruption, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics, etc.

⁵ Selon notamment le rapport de la DAJ 2009, 2^{ème} trimestre 2009, cette expression doit être largement entendue, et s'étend également aux marchés passés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005.

¹ Un an de droit pénal des marchés publics, chronique par Florian LINDITCH, Contrats et Marchés publics n° 10, oct. 2010, chron 4.

² Cass. Crim., 24 fév. 2010, n° 09-83.988.