



HAL
open science

**Note sous Tribunal administratif de Saint-Denis, Ord., 4
juin 2015, Société PRO2AIR, req. n° 1500146**

Olivier Desaulnay

► **To cite this version:**

Olivier Desaulnay. Note sous Tribunal administratif de Saint-Denis, Ord., 4 juin 2015, Société PRO2AIR, req. n° 1500146. Revue juridique de l'Océan Indien, 2016, 23, pp.81-84. hal-02860349

HAL Id: hal-02860349

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02860349>

Submitted on 8 Jun 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.

Marché public – Allotissement – Article 10 du CMP – Prestations distinctes – Regroupement dans un lot unique – Dérogation à l’allotissement – Contrôle du juge – Erreur manifeste d’appréciation

Tribunal administratif de Saint-Denis, Ord., 4 juin 2015, *Société PRO2AIR*, req. n° 1500146

Olivier DESAULNAY

L’article 10¹ du Code des marchés publics (CMP), dans sa version de 2016 en vigueur à la date des faits, impose au pouvoir adjudicateur d’allotir son marché

¹ Article 10 du CMP (2016) : « *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. À cette fin, il 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. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles*

dès lors qu'il se compose de « *prestations distinctes* ». Cet article érige donc l'allotissement en principe dont le non-respect est susceptible d'entraîner l'annulation par le juge administratif de la procédure de passation du contrat ou des lots litigieux. Il faut insister sur l'importance pratique de ce principe de l'allotissement dans la mesure où il garantit l'extension du champ de la concurrence à des entreprises compétitives, mais à des entreprises qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité d'un marché, tout particulièrement des petites et moyennes entreprises (PME). L'allotissement est donc la garantie d'une meilleure concurrence et d'un accès favorisé des PME à la commande publique.

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 comporte ou non des « *prestations distinctes* ». Les prestations distinctes sont celles qui ont pour objet de répondre à des besoins distincts. Ainsi, l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance constitue une prestation distincte de celle consistant à la mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore. Pour procéder à un allotissement, l'article 10 indique en outre que le pouvoir adjudicateur choisit « *librement* » le nombre de lots et leur consistance, 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* ».

Les pouvoirs adjudicateurs disposent donc d'une certaine marge d'appréciation dans la composition des lots sans toutefois qu'ils puissent se dérober totalement au contrôle du juge. Le Conseil d'État rappelle dans un arrêt du 11 août 2009¹ qu'il exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les modalités selon lesquelles un marché est alloti, et ceci au titre de chaque lot du marché. Pour autant, il ne faut pas en conclure que des prestations distinctes ne peuvent jamais être regroupées au sein d'un même lot dès l'instant où ce

d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.

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.

Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction ».

¹ CE, 11 août 2009, *Communauté Urbaine Nantes Métropole*, req. n° 319949. Dans le même sens, voir TA Lille, 3 juillet 2008, *Société d'avocats Huglo Lepage et associés*, req. n° 080463.

regroupement est justifié par des motifs objectifs et pertinents sur le plan concurrentiel¹.

Le tribunal administratif de Mayotte était précisément saisi de cette difficulté par le biais d'un référé précontractuel intenté par une société candidate évincée contre la passation d'un marché public de travaux en vue de la construction d'un lycée à Mamoudzou (Mayotte). L'opération comportant diverses prestations distinctes et complexes, le pouvoir adjudicateur avait procédé à la décomposition du marché en dix lots conformément au principe de l'article 10 du CMP. Parmi ceux-ci, le lot n° 9 emporte la critique de la société requérante et du juge en ce qu'il « englobe des prestations de nature très variée, auxquelles, précise l'ordonnance, correspondent des qualifications spécifiques qui sont rarement en possession d'une seule et même entreprise ». La remarque est d'autant plus dirimante qu'aucune entreprise implantée à Mayotte n'était susceptible de réunir tous les métiers et compétences que regroupe un tel lot. De sorte que l'entreprise candidate et évincée de la conclusion du marché était contrainte de recourir à la sous-traitance pour une part substantielle des prestations demandées dans ce lot litigieux. Ce qui se traduisait de manière immédiate et logique par une forte augmentation du prix proposé dans l'offre de la société requérante, rendant celle-ci bien moins compétitive que la société attributaire qui ne faisait pas allusion à un sous-traitant. L'entreprise évincée était donc directement lésée par le choix du pouvoir adjudicateur pour une consistance étendue et très hétérogène du lot n° 9.

Le tribunal administratif conclut à la violation du principe d'égalité de traitement des candidats en ce que le lot n° 9 comportait des prestations distinctes sans que le pouvoir adjudicateur ne puisse apporter, en l'espèce, de justifications suffisantes quant au non-respect du principe de l'allotissement. En effet, l'article 10 du CMP ouvre à l'égard du pouvoir adjudicateur trois dérogations au principe de l'allotissement. Tout d'abord, il est possible de ne pas recourir à l'allotissement de prestations pourtant distinctes dans le cas où celui-ci est de nature à rendre l'exécution du marché « financièrement coûteuse ». L'article 10 permet, ensuite, de ne pas allotir si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure « d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination » nécessaires pour l'exécution des prestations. Des prestations peuvent, en outre, faire l'objet d'un regroupement sous forme de lot unique ou de marché global s'il apparaît que leur dévolution en lots séparés rendrait leur exécution « techniquement difficile ». Le Code permet, enfin, aux pouvoirs adjudicateurs d'écarter l'allotissement dans l'hypothèse où celui-ci serait de nature à « restreindre la concurrence ».

Aucune de ces quatre situations n'étant précisément remplie en l'espèce, la société requérante évincée était fondée à obtenir l'annulation de la procédure de

¹ Voir par exemple : TA Amiens, 13 juillet 2009, *Société GDF Suez énergie services*, req. n° 0901672.

passation quant au lot litigieux n° 9. Si le juge du référé précontractuel se contente dans cette hypothèse de contrôler l'« *erreur manifeste d'appréciation* » commise par le pouvoir adjudicateur dans la définition des lots, il paraît néanmoins évident que ce contrôle est plus étroit et plus fin que ce que la formule laisse percevoir. Le recours au marché global ou au regroupement de prestations distinctes dans un même lot nécessite donc une particulière attention de la part des pouvoirs adjudicateurs au stade de la détermination des besoins, à défaut de quoi, le risque de contestations portée devant les tribunaux est bien réel comme l'illustre l'ordonnance commentée.