



Allotissement : une obligation à ne plus négliger !

Allotir ou ne pas allotir ? Telle est la question que se pose tout acheteur avant de lancer une consultation. Depuis le Code des marchés publics de 2006 et surtout depuis l'arrêt Communauté urbaine Nantes Métropole rendu par le Conseil d'État du 11 août 2009, cette question obéit à des règles bien précises. Le choix entre l'allotissement et le marché global n'est plus dicté par le bon vouloir de l'acheteur mais par l'objectif de « meilleure mise en concurrence possible », sauf à justifier d'inconvénients sérieux pour l'acheteur.

I. Les enjeux économiques : l'accès des PME à la commande publique et une meilleure concurrence

Les syndicats représentant les majors du bâtiment et ceux représentant les petites et moyennes entreprises (PME) du bâtiment se livrent une véritable guerre, notamment judiciaire, sur le terrain de l'allotissement et dont l'enjeu est purement économique. D'un côté, le Syndicat national des entreprises générales françaises de bâtiment et de travaux publics (EGF-BTP) milite contre l'allotissement. Ainsi a-t-il mis en ligne sur son site internet un document intitulé « Maître d'ouvrage, vous avez un libre choix, l'allotissement n'est pas obligatoire ». Parallèlement, le Syndicat national du second œuvre (SNSO), représentant les PME, a récemment assigné deux conseils généraux (celui de Gironde et celui du Puy-de-Dôme) devant les tribunaux administratifs pour défaut d'allotissement de leurs marchés de construction de collèges.

Officiellement, l'État est favorable aux PME. Mais dans le même temps, il demande à ses services la massification des achats et promeut les partenariats publics-privés, favorables aux grandes entreprises. Toutefois, au niveau institutionnel aussi un rapport de force s'installe car le juge tente de donner une réelle consistance à l'obligation d'allotissement introduite par le gouvernement dans le Code des marchés publics.

Quid du droit européen ? Il est remarquable que l'obligation posée par le code en matière d'allotissement n'a pas d'équivalent dans les directives. Néanmoins, « la Commission européenne est, [...] malgré son refus de la discrimination, favorable à deux types de mesures visant à faciliter l'accès des PME à la commande publique. La première est la division des marchés en lots (ou allotissement), lots sur lesquels les PME ont des compétences techniques. La seconde est de développer le regroupement des PME, par exemple en utilisant la forme du groupement d'intérêt économique européen » (Pierre-Henri Morand, « Accès des PME aux marchés publics : allotissement ou groupement ? », *Économie publique*, 10-2002/1).

II. L'obligation d'allotir posée par le Code de 2006

L'allotissement, c'est-à-dire le fractionnement d'une consultation en lots séparés, est traité à l'article 10 du Code des marchés publics. Cette notion, qui a une portée aujourd'hui juridique, est issue de la pratique professionnelle du monde du bâtiment, où une opération de travaux se caractérise par un découpage des prestations en fonction des corps d'état, tels la peinture ou le gros-œuvre. Au régime initial de la liberté d'allotir ou non une consultation, le Code de 2006 a substitué une obligation.

Mais à cette époque, l'obligation d'allotir a été prise à la légère. Les prescriptions imposées par l'article 10 furent considérées – même par les meilleurs juristes – comme une obligation plus morale que juridique :

« L'existence de nombreuses dérogations et la lettre même de l'article 10 qui permet au pouvoir adjudicateur de renoncer à la conclusion d'un marché alloti s'il « estime » qu'il se trouve dans l'une de ces trois hypothèses, laisse penser que l'acheteur public conserve une certaine souplesse dans la définition du mode de dévolution de ses marchés publics. En cas de contestation sur ce point, le contrôle du juge administratif devrait donc être des plus succincts » (Alonso Garcia et Mailliard, « Le nouveau régime de l'allotissement », Contrats et marchés publics, janvier 2007).

Or, la jurisprudence récente a clairement montré que l'acheteur public ne doit pas seulement « estimer » mais être en mesure de « justifier » qu'il ne se trouve pas dans l'obligation d'allotir. En effet, par l'arrêt Communauté urbaine Nantes Métropole en date du 11 août 2009, le Conseil d'État a sanctionné le pouvoir adjudicateur au motif qu'il n'était pas en mesure de justifier l'absence d'allotissement. Comme l'indique le rapporteur public Bertrand DaCosta dans ses conclusions sur cet arrêt, « l'absence d'allotissement sans justification constitue une méconnaissance frontale de l'article 10 qui doit être sanctionnée ».

III. Les cas de non-allotissement

Le pouvoir adjudicateur semblait garder le pouvoir discrétionnaire de « choisir librement le nombre de 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 » (CMP, art. 10).

Sachant qu'à l'impossible nul n'est tenu, la première dérogation à l'obligation d'allotir résulte de l'impossibilité d'« identifier des prestations distinctes ». Si cela est aisé pour une opération de construction, cela semblait plus ardu pour les marchés de fournitures ou de services en ce que cela exige que l'acheteur public s'intéresse au secteur commercial concerné par l'achat.

Cependant, là aussi, le juge en vient désormais à contrôler les conditions d'allotissement, afin que l'article 10 ne soit pas privé de son effet utile : « La circonstance que le pouvoir adjudicateur ait décomposé un marché en lots séparés ne saurait le dispenser d'avoir à justifier, dans l'hypothèse où l'un des lots envisagés regrouperait des prestations hétérogènes, que seule une minorité d'opérateurs du secteur économique concerné pourrait offrir sans avoir à constituer un groupement, que le groupement de prestations auquel il est ainsi procédé répond à l'une des conditions fixées par les dispositions précitées pour recourir à un marché global ». (TA Lille, 3 juillet 2008, Huglo Lepage, n°080463, AJDA, 2008, p. 1831).

Les autres possibilités de déroger à l'article 10 du Code des marchés publics sont les suivantes :

- la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence (l'objectif de l'allotissement étant d'améliorer la concurrence et, par là même, de favoriser l'accès des PME à la commande publique, l'article 10 du CMP doit être écarté dès lors qu'il contrevient à son objectif premier) ;
- l'allotissement risque de rendre techniquement difficile l'exécution du marché ;
- l'allotissement risque de rendre financièrement coûteuse l'exécution du marché ;
- le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions de coordination et de pilotage des lots.

Dans l'arrêt Communauté urbaine Nantes Métropole, le Conseil d'État précise que l'invocation d'un éventuel surcoût lié à l'obligation d'allotissement doit correspondre à un surcoût significatif. Comme l'indique le rapporteur public Bertrand Dacosta, « dès lors que des justifications sont apportées, seul leur caractère manifestement erroné devrait conduire au même résultat [sanction] ». Il est donc établi que le contrôle du juge n'est pas succinct, comme le présupposait la doctrine à la sortie du nouveau Code, mais bien réel. Par conséquent, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent plus prendre à la légère cette obligation.

Sources :

- CMP, art. 10
- CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes Métropole, n° 319949