

MARCHÉS PUBLICS

L'allotissement dans les marchés de travaux

L'allotissement a été érigé comme principe dans le Code des marchés publics afin de favoriser la concurrence entre les entreprises et de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique. La création de nouveaux contrats globaux, par le décret du 25 août 2011, ne remet pas en cause ce principe mais elle introduit de nouvelles exceptions.

CYRIL LAROCHE, docteur en droit, avocat, président de l'Association des professionnels du droit public

En quoi consiste l'allotissement ?

Le pouvoir adjudicateur allotit un marché public lorsqu'il passe ce marché en plusieurs lots séparés. Les lots correspondent à des prestations distinctes. Chaque lot est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, même si ce candidat n'a pas présenté d'offre pour d'autres lots. Les marchés signés pour chaque lot sont exécutés séparément.

L'allotissement est-il obligatoire en marchés publics ?

« Afin de susciter la plus large concurrence », l'article 10 du Code des marchés publics (CMP) impose au pouvoir adjudicateur de passer le marché en lots séparés, dès lors que ce dernier implique l'exécution de prestations distinctes. Chaque prestation doit faire l'objet d'un lot.

L'article 10 du Code des marchés publics prévoit-il des dérogations au principe de l'allotissement ?

Le pouvoir adjudicateur peut déroger à l'obligation d'allotir le marché dans trois cas (article 10 alinéa 2). La dévolution sous forme de marché global est donc régulière :

- si le choix de l'allotissement a pour effet de restreindre la concurrence. Tel est le cas, par exemple, si une seule entreprise est en mesure de soumissionner à un lot alors qu'un nombre suffisant d'opérateurs économiques pourrait présenter leur candidature pour l'attribution d'un marché qui engloberait ce lot;
- ou si l'allotissement rend financièrement plus coûteuse l'exécution de la prestation;
- ou enfin si la dévolution en lots séparés rend techniquement difficile l'exécution du marché. C'est le cas si l'on oblige le pouvoir adjudicateur à assurer lui-même l'organisation, le pilotage ou la coordination du

marché alors qu'il éprouve des difficultés techniques à le faire.

Le « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics » souligne que « lorsqu'une de ces trois conditions est remplie, la dévolution sous forme de marché global n'interdit pas au pouvoir adjudicateur d'identifier des prestations distinctes. Cette décomposition en postes techniques est une opération différente de celle de l'allotissement et ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique. Elle permet d'attribuer le marché à un groupement conjoint d'entreprises, au sein duquel chaque entreprise n'est engagée que pour les prestations qui lui sont confiées » (point 7.1.1).

La nécessité de lier conception et réalisation permet-elle également de conclure par dérogation un marché global ?

Conformément à l'article 18-I de la loi MOP (maîtrise d'ouvrage publique), l'article 37 du CMP prévoit qu'un pouvoir adjudicateur peut passer un marché de conception-réalisation avec un groupement unique de personnes de droit privé ou, pour les ouvrages d'infrastructure, un seul opérateur économique, alors même que ce marché porte à la fois sur

l'établissement des études et l'exécution des travaux. Cette possibilité n'est ouverte que lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un marché de conception-réalisation peut également être conclu lorsque le titulaire prend l'engagement d'améliorer l'efficacité énergétique d'un ouvrage.

Qu'en est-il des marchés globaux de performance créés par le décret du 25 août 2011 ?

L'article 10 du CMP dispose que le pouvoir adjudicateur doit recourir à des lots séparés lorsqu'une opération a à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage. Toutefois, aux termes du nouvel article 73 du CMP, un pouvoir adjudicateur peut conclure avec un même attributaire un contrat qui a pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage (dit contrat « REM ») si ce dernier s'engage à remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de passer un marché public de travaux en lots séparés dès lors que ce marché implique l'exécution de prestations distinctes.
- Il est toutefois fondé à conclure un marché global lorsque l'allotissement a pour effet de restreindre la concurrence, ou de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse son exécution.
- Il déroge à son obligation d'allotir lorsqu'il conclut un marché public de

conception-réalisation, de réalisation et exploitation ou maintenance ou de conception, réalisation, exploitation ou maintenance.

- Le juge administratif opère un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'allotissement.
- L'examen des offres se fait lot par lot. Le candidat qui présente des offres pour plusieurs lots ne peut pas présenter des rabais ou des offres variables selon le nombre de lots obtenus.

FICHE PRATIQUE

Le même article 73 dispose également qu'un pouvoir adjudicateur peut déroger à l'obligation d'allotir pour conclure un marché public de conception, réalisation, exploitation ou maintenance (dit contrat «CREM») avec un unique attributaire, si ce dernier s'engage à remplir des objectifs chiffrés de performance pour améliorer les qualités d'un ouvrage existant relevant de la loi MOP, ou pour construire l'un des ouvrages neufs ne relevant pas de la loi MOP énumérés par le décret n°86-520 du 14 mars 1986 (centrale de production d'énergie, centrale de chauffage urbain, unité de traitement de déchets). Un CREM peut également être conclu pour la construction d'un ouvrage neuf relevant de la loi MOP, assorti d'objectifs chiffrés de performances si des motifs d'ordre technique justifient que l'entrepreneur soit associé aux études de l'ouvrage.

Une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot est-elle obligatoire ?

Conformément aux dispositions de l'article 27-III du CMP, le pouvoir adjudicateur peut décider de lancer soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Toutefois, il doit prendre en compte la valeur globale estimée de la totalité des lots pour déterminer la ou les procédures de mise en concurrence à mettre en œuvre. Si le montant total de ces lots est égal ou supérieur au seuil au-delà duquel un marché de travaux doit être passé selon une procédure formalisée, soit cinq millions d'euros HT, les procédures lancées pour chaque lot doivent être formalisées. Cependant, lorsque la valeur totale des lots atteint le montant de cinq millions d'euros, le pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à un million d'euros, si le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur de la totalité des lots.

Les lots peuvent-ils être modifiés lors de la procédure de passation du marché ?

Lorsqu'un marché atteint le seuil de cinq millions d'euros HT, l'avis d'appel public à la concurrence doit être renseigné conformément au modèle d'avis prévu par le règlement communautaire n°842-2011 du 19 août 2011 qui oblige à mentionner l'intitulé et le nombre des lots du marché.

Pour les marchés d'un montant inférieur à cinq millions HT, il est recommandé de préciser l'intitulé et le nombre des lots du marché dans l'avis d'appel public à la concurrence, lorsque sa publication s'impose pour les marchés d'un montant supérieur ou égal à 90000 euros HT. A défaut d'être indiquées

dans l'avis d'appel public à la concurrence, ces informations doivent être communiquées dans le règlement de la consultation. Dès lors que l'intitulé et le nombre des lots ont été portés à la connaissance des candidats, ils ne peuvent plus être modifiés sauf à rompre l'égalité de traitement entre les soumissionnaires au marché.

Le pouvoir adjudicateur peut-il limiter le nombre de lots qu'un candidat peut obtenir ?

Oui. Dans une fiche relative à l'article 10 du CMP, mise à jour le 23 septembre 2011, la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Economie souligne que, pour les marchés allotis, l'acheteur public qui décide de limiter le nombre de lots attribués à un même candidat doit préciser «si les candidats peuvent présenter une offre pour un seul lot, un ou plusieurs lots, ou tous les lots. Dans ce cas, il peut :

– indiquer que les candidats ne peuvent présenter une offre que pour un lot ou un nombre déterminé de lots ;
– autoriser les candidats à présenter une offre pour tous les lots de la consultation en précisant, dans l'avis de marché et le règlement de la consultation, qu'un candidat ne pourra se voir attribuer, au final, qu'un seul lot ou un nombre déterminé de lots.

Les modalités d'attribution des lots devront être précisées, pour le cas où un candidat, qui a présenté une offre pour plusieurs lots, est classé 1^{er} sur plusieurs d'entre eux.

Le choix d'attribution ne doit, en effet, révéler aucune part d'arbitraire ni de pouvoir discrétionnaire, qui conduirait à un examen des offres ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats ou la transparence de la procédure de passation. Le juge administratif censure les critères aboutissant à un choix arbitraire ou subjectif (CE, 28 avril 2006, «Cne de Toulouse», n°280197). »
A l'inverse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas imposer aux candidats de déposer une offre pour chacun des lots faisant l'objet de la mise en concurrence (CE, 1^{er} juin 2011, «Sté Koné», n°346405).

Chaque lot fait-il l'objet d'un examen indépendant ?

Les candidatures sont examinées lot par lot. Toutefois, si une entreprise présente sa candidature pour l'attribution de plusieurs lots, elle peut remettre un unique exemplaire des documents justifiant de sa capacité à exécuter ces lots. Les offres sont examinées lot par lot de sorte que le candidat doit présenter une offre pour chaque lot pour lequel il décide de soumissionner. Il ne peut pas déposer des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus et il ne peut

pas consentir des rabais sur un premier lot pour être désigné attributaire d'un second lot. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas juger globalement les offres d'une entreprise. Chaque marché correspondant à un lot est notifié à son titulaire pour être exécuté. Toutefois, si plusieurs lots sont attribués à un même candidat, un seul marché regroupant tous ces lots peut être signé et notifié à l'attributaire.

La décision d'allotir ou de passer un marché global est-elle contrôlée par le juge administratif ?

Le juge administratif annule la procédure de passation d'un marché public, ou le marché lui-même si celui-ci a été signé avant qu'il n'ait statué lorsque le pouvoir adjudicateur a décidé à tort de passer un marché global. Il opère un plein contrôle sur cette décision en appréciant si l'objet du marché était de nature à justifier l'allotissement du marché (CE, 27 octobre 2011, «Département des Bouches-du-Rhône», n°350935).

Si le marché est allotté, le juge administratif opère un contrôle limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation sur le nombre de lots dévolus par le pouvoir adjudicateur. Il sanctionne les lots qui auraient été manifestement artificiellement créés ou qui regrouperaient des prestations distinctes (CE, 21 mai 2010, «Commune d'Ajaccio», n°333737). ■

TEXTES DE RÉFÉRENCES

- *Articles 10, 27, 37, 42, 57, 73 du Code des marchés publics.*
- *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, circulaire du 14 février 2012 (cahier pratique du «Moniteur» du 24 février 2012).*
- *Fiche de la DAJ de Bercy «un lot = un marché, article 10 du CMP», 23 septembre 2011, www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs.*
- *Article 18 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (MOP).*
- *Décret n°86-520 du 14 mars 1986 pris pour l'application de l'article 1^{er} de la loi MOP.*
- *Arrêté du 28 août 2006 pris en application du Code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres.*
- *Règlement n°842-2011 du 19 août 2011 de la Commission établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement (CE) n°1564/2005.*