

L'allotissement et les nouvelles directives européennes

La consécration de l'allotissement par les directives marchés ne va pas bouleverser la pratique des acheteurs soumis au Code des marchés publics. Cependant, le projet d'ordonnance transposant ces directives mettant fin à la distinction entre les acheteurs soumis au Code précité et ceux soumis à l'ordonnance de 2005, ces derniers vont voir leurs habitudes modifiées.

Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté, le 26 février 2014, trois nouvelles directives⁽¹⁾.

Ces nouvelles directives ont été l'occasion de prendre en considération un certain nombre d'évolutions au nombre desquelles figure l'allotissement, c'est-à-dire le « procédé par lequel [l'acheteur] fractionne⁽²⁾ un marché en plusieurs lots, chacun donnant lieu à la conclusion d'un marché distinct avec son titulaire »⁽³⁾. Présenté comme l'instrument privilégié permettant de favoriser l'accès des PME à la commande publique et l'intensité concurrentielle⁽⁴⁾, l'allotissement figure essentiellement au sein

(1) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ; Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession.

(2) Il peut s'agir d'un fractionnement en fonction de la nature des prestations ou en fonction du lieu d'exécution du marché [allotissement dit « géographique »].

(3) S. Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, Le Moniteur, 4^e éd., p. 269. Ce procédé est à distinguer de la décomposition d'un marché unique en lots dits « techniques » destinés à être exécutés par un groupement conjoint (concl. D. Casas sur CE 30 juin 2004, OPHLM Nantes-Habitat, req. n° 261472 : *BJCP* 2004, p. 457).

(4) Voir entre autres : Étude d'impact de la Commission européenne accompagnant les projets de directives « marchés publics » : SEC(2011) 1586 final 20 décembre 2011 – Cons. conc. avis n° 00-A-25 du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret réformant le code des marchés publics ; avis n° 10-A-07 du 17 mars 2010 relatif à une demande d'avis du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et du ministre chargé de l'Industrie sur le programme national « très haut débit » – L. Ayache, « Passation des délégations de service public : existe-il une obligation d'allotir ? », *AJDA* 2009 p. 1240 : évoquant, à juste titre, « Les effets proconcurrentiels présumés de l'allotissement » – Fiche d'impact / projet d'ordonnance

Auteur

Laurent Givord

Avocat associé, AdDen Bordeaux, Institut de droit public et des collectivités territoriales du barreau de Bordeaux

Alizée Scaillierez

Avocate, AdDen Bordeaux, Institut de droit public et des collectivités territoriales du barreau de Bordeaux

Mots clés

Limitation du nombre de lots • Motivation • Obligation
• Offres variables

des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, la directive 2014/23/UE s'avérant bien discrète à ce sujet.

À l'heure où les présentes lignes sont écrites, l'ensemble des mesures de transposition de ces directives n'a pas encore été adopté⁽⁵⁾. Selon toute vraisemblance, le projet d'ordonnance sur les « marchés publics », fondé sur la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014⁽⁶⁾, devrait être adopté dans le courant de l'été 2015 et ses textes d'application, quant à eux, en fin d'année 2015⁽⁷⁾.

Cela étant, si du point de vue européen la consécration de l'allotissement est un « événement » à signaler⁽⁸⁾, en revanche, le droit interne y est habitué depuis le Code des marchés publics de 2006 (article 10)⁽⁹⁾. L'allotissement prévu par les nouvelles directives n'est donc pas une révolution pour le droit interne de sorte que leur transposition, à tout le moins pour les acheteurs soumis pour l'heure au seul Code des marchés publics, ne bouleversera pas les habitudes.

La consécration de l'allotissement par le droit de l'Union européenne

Les directives antérieures aux directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE n'évoquaient pas l'allotissement et encore moins ne fixaient d'obligation à l'égard des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices. Tout au plus, on pouvait déduire de certaines dispositions de ces directives que l'allotissement était parfaitement envisageable⁽¹⁰⁾.

Les deux nouvelles directives « marchés », 2014/24 et 2014/25, vont changer la « donne » puisqu'elles consacrent explicitement cette notion, avec quelques différences toutefois. La directive concession, 2014/23/UE, est quant à elle rédigée sur le même mode que les anciennes directives.

« marchés » portant transposition des directives 2014/24 et 2014/25 (version concertation), p. 19 et s.

(5) Si l'on excepte le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014.

(6) Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014, art. 42.

(7) Cf. notamment : J.-M. Binot, « Projet d'ordonnance : la nouvelle version », site achatpublic.com, 20 avril 2015.

(8) Nous précisons d'emblée que la présente note ne se penchera pas sur les dispositions relatives au calcul de seuils en matière d'allotissement.

(9) On soulignera que les propositions initiales de la Commission européenne s'inspiraient du système français : Fiche d'impact – projet d'ordonnance « marchés » portant transposition des directives 2014/24 et 2014/25 (version concertation), p. 21.

(10) Cf. les articles dédiés au calcul des seuils (article 9 de l'ancienne directive 2004/18 et article 16 de la l'ancienne directive 2004/17) – les annexes relatives aux modèles d'avis – voir également : CJUE 15 mars 2012, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, aff. C-574/10.

Les nouvelles directives « marchés »

Les deux directives « marchés » comportent de nombreux « considérant » marquant l'objectif clair de favoriser l'accès des PME à la commande publique⁽¹¹⁾. C'est cette logique qui est notamment derrière l'adoption de dispositions cadrant le recours à l'allotissement.

Concrètement, l'article 46 de la directive 2014/24/UE indique que « les pouvoirs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet » (article 46 § 1, al. 1). Cette formulation semble laisser une marge de manœuvre certaine quant à la décision d'allotir ou non. Néanmoins, le même article dispose que les pouvoirs adjudicateurs doivent « [indiquer] les principaux motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas subdiviser le marché en lots ; lesquels motifs figurent dans les documents de marché ou le rapport individuel visé à l'article 84 » (§ 1, al. 2).

L'économie d'une telle disposition tendrait à imposer purement et simplement le recours à l'allotissement ; car, sinon, on ne voit pas très bien quel serait l'objectif de contraindre les pouvoirs adjudicateurs de se justifier lorsqu'ils recourent à un marché global⁽¹²⁾. Mais, dans le même temps, la directive précise que les États membres « peuvent mettre en œuvre le paragraphe 1, deuxième alinéa, [de l'article 46] en rendant obligatoire la passation de marchés sous la forme de lots distincts dans des conditions à définir conformément à leur droit national et dans le respect du droit de l'Union ». Or, si la directive concevait déjà, en elle-même, l'allotissement comme une obligation, pourquoi ouvrir la possibilité aux États membres de l'imposer ?

Au final, la directive doit davantage se concevoir comme un instrument incitant⁽¹³⁾, certes de manière « renforcée », le pouvoir adjudicateur à envisager, à chaque fois, l'opportunité d'allotir ou non.

D'ailleurs, il est intéressant de relever que lors de l'élaboration des directives, certaines voix s'étaient élevées contre toute obligation en matière d'allotissement. Ainsi, le Comité économique et social européen avait considéré que l'allotissement « représent[ait] une avancée positive de nature à offrir des possibilités plus claires et plus accessibles aux PME » (point 4.24), tout en s'opposant à l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de justifier le recours à un marché global, dès lors qu'elle « n'est pas pratique et n'est pas cohérente avec l'objectif de simplification des procédures relatives aux marchés publics » (point 4.25)⁽¹⁴⁾. De la même manière, le comité

(11) Par exemple : « Considérant » 78 de la directive 2014/24.

(12) *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 1049, Nouvelles directives marchés et concessions, n° 78.

(13) C. Frackowiak G. Delalay, « Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions : quels changements pour le droit français de la commande publique ? » : *BJCP*, n° 94.

(14) Avis du Comité économique et social européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans

des régions « ne considér[ait] pas que la répartition en lots des marchés publics doit devenir obligatoire, ni que la non-répartition doit être motivée » (point 10)^[15].

Pour poursuivre sur ce point, la directive 2014/25/UE, contrairement à la directive 2014/24/UE, ne prévoit pas que l'absence d'allotissement entraîne l'obligation pour les entités adjudicatrices de se justifier, leur accordant ainsi une marge de manœuvre plus importante.

En revanche, la directive 2014/25/UE ouvre également la possibilité aux États membres de rendre obligatoire l'allotissement. De même, les deux directives sont identiques concernant les règles touchant au régime de l'allotissement. En effet, tant les pouvoirs adjudicateurs que les entités adjudicatrices :

– doivent indiquer aux opérateurs « s'il [leur] est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots » ;

– « peuvent, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire ». Dans ce cas, d'une part, « le nombre maximal de lots par soumissionnaire [doit être] inscrit dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt » et, d'autre part, doivent être indiqués « dans les documents de marché, les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils entendent appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal ».

Enfin, les deux directives permettent aux États membres d'offrir la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices de conclure un marché unique regroupant plusieurs lots dès lors qu'un même soumissionnaire a été déclaré attributaire^[16].

La directive « concession »

La directive 2014/23/UE ne contient aucune disposition traitant, comme dans les directives « marchés », la question de l'allotissement, ce qui peut étonner dans la mesure où cette directive insiste également sur la nécessité de favoriser l'accès des PME à ce type de contrat^[17]. Reste que, de manière implicite et certaine, la directive « concession » permet aux autorités concédantes de recourir à l'allotissement puisque ce procédé est abordé

au sein l'article 8 traitant du calcul des seuils, et dans les annexes relatives aux avis (annexes V, VI, VII et VIII).

Le projet de transposition

Sans revenir en détail sur le système actuellement en vigueur^[18], on rappellera juste que l'article 10 du Code des marchés publics impose aux acheteurs publics d'allotir leurs marchés^[19] dès lors qu'il est possible d'identifier des prestations distinctes^[20].

L'allotissement n'étant toutefois pas adapté à toutes les situations et pouvant même receler certains inconvénients en terme de concurrence^[21], l'obligation en cause cède :

– lorsque l'allotissement est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ;

– lorsque l'acheteur public n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination^[22].

De son côté, l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et ses décrets d'application, transposant les anciennes directives pour toutes les entités non soumises au Code des marchés publics^[23], ne comportent aucune obligation d'allotir^[24]. Bien entendu, si cette ordonnance ne l'impose pas, elle ne le prohibe pas non plus, comme l'a rappelé une réponse ministérielle récente selon laquelle « aucune règle ni aucun principe n'empêche une autorité contractante à laquelle s'applique ladite ordonnance de passer des marchés séparés si elle le souhaite, voire

[18] D'autres articles au sein du dossier de ce numéro abordent cette question.

[19] CE 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, req. n° 297711 : sur la reconnaissance de cette obligation.

[20] CE 27 mars 2015, Société Groupe Progard France, req. n° 386862 – CE 11 avril 2014, Commune de Montreuil, req. n° 375051 – CE 23 juillet 2010, Région de la Réunion, req. n° 338367 : sur la question de l'allotissement géographique.

[21] Cf. notamment, Autorité de la concurrence avis n° 10-A-07 du 17 mars 2010 relatif à une demande d'avis du ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi et du ministre chargé de l'industrie sur le programme national « très haut débit ».

[22] Cf. s'agissant de ces exceptions : CE 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 350935 – CE 7 mai 2013 Société Segex, req. n° 365706.

[23] Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics – Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

[24] CE 23 décembre 2011, Établissement public d'aménagement Euroméditerranée, req. n° 351505.

les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, sur la proposition du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, et sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (2012/C 191/16).

[15] Avis du Comité des régions sur le « Paquet Marchés publics » (2012/C 391/09).

[16] Directive 2014/24/UE, art. 46 § 3 ; Directive 2014/25/UE, art. 64 § 3.

[17] Cf. par exemple : « Considérant » 1.

de se conformer volontairement au code des marchés publics »^[25].

De même, en droit interne, si les autorités déléguées peuvent allouer leurs délégations de service public^[26], il ne s'agit aucunement d'une obligation^[27], ce qui a pu être questionné par la doctrine^[28].

Les mesures de transposition se sont, pour le moment, concentrées sur les directives « marchés », aucun projet relatif à la directive « concession » n'ayant encore été *a priori* diffusé.

Le projet d'ordonnance « marchés », dont l'objectif est de transposer les nouvelles directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et ainsi de mettre un terme à la dichotomie entre les acheteurs soumis au Code des marchés publics et ceux soumis à l'ordonnance précitée de 2005, est en cours d'adoption.

Concrètement, l'article 27 du projet prévoit, à l'instar du Code des marchés publics actuel, une obligation d'allouer qui s'appliquera à tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices^[29]. Le projet met donc pleinement en œuvre les possibilités offertes par ces deux directives.

En conséquence, la vraie « révolution » concernera les marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005. À l'inverse, les acheteurs publics soumis actuellement au Code des marchés publics ne devraient donc pas être « perturbés », d'autant que les exceptions à l'allotissement demeurent identiques à celles existant actuellement^[30]. Cela étant,

le projet, accentuant en cela l'obligation d'allotissement, précise que la décision de ne pas allouer devra être motivée^[31].

De même, le projet d'ordonnance prévoit la possibilité de « limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre, ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique ». Mais là également, le « dépaysement » est très limité dès lors que le Conseil d'État avait, sous certaines conditions, validé ce procédé^[32].

En revanche, le projet ne reprend pas la possibilité, « si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire », « de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots ». Le bon sens mais également les directives « marchés » qui le prévoient incitent à penser que cette possibilité figurera dans les textes d'application de la directive.

Le projet rappelle, de manière similaire au Code des marchés publics, que « les offres sont appréciées lot par lot ». Néanmoins, contrairement au droit actuel, le projet permet à l'acheteur d'« autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus »^[33]. Cette nouvelle possibilité devrait inciter les acheteurs publics à s'interroger sur les « bienfaits » / « inconvénients » d'une telle éventualité et donc à modifier leurs habitudes d'achat.

Enfin, pour l'heure, aucun projet n'est encore « sorti » concernant la transposition de la directive concession^[34]. Compte tenu des dispositions de la directive, on peut supposer que le droit interne va maintenir le *statu quo* en n'imposant pas d'obligation spécifique en matière d'allotissement.

[25] Réponse ministérielle à la question écrite n° 02391 de M. Bernard Piras, JO Sénat 3 janvier 2013, p. 31.

[26] CE 24 novembre 2010, Commune de Ramatuelle, req. n° 336265 (sol. Impl.).

[27] CE 13 juillet 2012, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 358512 : alors même que l'absence d'allotissement conduit certains opérateurs à devoir candidater sous la forme d'un groupement ou par le biais d'un sous-traitant.

[28] L. Ayache, « Passation des délégations de service public : existe-t-il une obligation d'allouer ? », *AJDA* 2009, p. 1240.

[29] Sont toutefois exclus de cette obligation expressément par l'article 27 du projet d'ordonnance les marchés publics globaux (section 4) et les marchés publics de défense ou de sécurité. Les marchés de partenariats et les contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs le sont aussi, respectivement par l'article 58 et par l'article 18 du projet d'ordonnance.

[30] Il s'agira donc de se reporter à la jurisprudence du Conseil d'État concernant l'allotissement.

[31] Les conditions d'une telle motivation devant être adoptées par décret.

[32] CE 20 février 2013, Société Laboratoire Biomnis, req. n° 363656.

[33] Cette possibilité devra, à notre sens, être expressément prévue dans le DCE.

[34] Dans l'optique de la transposition de la directive « concession », le Premier ministre a annoncé une concertation avec les collectivités territoriales et autres personnes publiques concernées au début de l'automne 2015 (lettre Premier ministre au président de l'AMF du 4 mars 2015) : cf. B. Rallu, « Transposition de la directive concessions : une ordonnance et une consultation à l'automne », site lemoniteur.fr, 23 mars 2015.