

N^{os} 417428, 417439
OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT
HAUTS-DE-SEINE HABITAT
SOCIETE EIFFAGE CONSTRUCTION
AMELIORATION DE L'HABITAT

N^{os} 417869, 417880
DEPARTEMENT DES YVELINES
SOCIETE EIFFAGE CONSTRUCTION
HABITAT
SOCIETE EIFFAGE ROUTE ILE-DE-
FRANCE / CENTRE

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 7 mai 2018
Lecture du 25 mai 2018

A (417428, 417439)
C (417869, 417480)

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

En vue de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, le code des marchés publics de 2006 (article 10) a posé le principe d'une dévolution des marchés en lots séparés, « *sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes* ». Le 2^{ème} alinéa de l'article 10 permettait toutefois au pouvoir adjudicateur de déroger à ce principe « *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.* » Le pouvoir adjudicateur dispose en revanche d'une liberté de choix dans le nombre de lots, en tenant notamment compte, précisait cet article, « *des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions* ». Cet équilibre entre l'obligation de principe d'allotir et la liberté de détermination du nombre de lots se retrouve dans la jurisprudence que vous avez rendue en application de ces dispositions : conformément au caractère dérogatoire de la passation de ce que le code de 2006 désigne comme un marché global, le juge, qui se trouve essentiellement être le juge du référé précontractuel, contrôle que le choix de ne pas allotir soit justifié par l'un des motifs énumérés au 2^{ème} alinéa de l'article 10 (11 août 2009 *Cté urbaine de Nantes Métropole*, n° 319949, T, p. 831, sur ce point ; 27 octobre 2011, *Dépt des Bouches-du-Rhône*, n° 350935, aux T sur ce point). Pour laisser au pouvoir adjudicateur la liberté beaucoup plus grande que lui reconnaît l'alinéa premier dans la détermination des lots, il ne peut censurer qu'une erreur manifeste d'appréciation dans la définition du nombre et de la consistance des lots (21 mai 2010, *Cne d' Ajaccio*, n° 333737, aux T sur ce point ; 30 juin 2014, *sté Eiffage construction Pays-de-la-Loire*, n° 346504). Cette

différence entre les deux contrôles est moins une différence de nature que d'intensité, elle-même moins grande, comme nous le verrons, que la présentation qui en est souvent faite.

L'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est rédigé dans des termes presque identiques à ceux de l'article 10. Le législateur français a fait usage de la possibilité que le point 4 de l'article 46 de la directive 2014/24/UE relative aux marchés publics donne aux Etats membres de « rendre obligatoire la passation des marchés sous la forme de lots distincts » dans les conditions qu'ils définissent, le principe posé par cet article étant la faculté des pouvoirs adjudicateurs de « décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet ». Une fois n'est pas coutume en matière de commande publique, le droit européen n'influencera pas l'application que vous ferez de ces règles.

Le principe de l'allotissement est donc repris par l'ordonnance et son décret d'application (art 12) dans les mêmes termes, avec les mêmes possibilités de dérogations. La compétence des acheteurs pour déterminer « le nombre, la taille et l'objet des lots » est réaffirmée, l'adverbe « librement » ayant cependant disparu, ainsi que les éléments dont il pouvait tenir compte. Ces nuances de rédaction ne modifient pas l'équilibre général entre l'obligation d'allotir et la liberté de choix dans la détermination des lots qui résultait des dispositions antérieures et de l'application que vous en avez faite. Les affaires qui viennent d'être appelées, auxquelles sont applicables les nouvelles dispositions de l'ordonnance de 2015, et que nous ne présentons ensemble que parce que les questions les plus intéressantes qu'elles présentent à juger sont relatives à l'application des règles que nous venons de décrire, vous permettront de le rappeler tout en fixant la portée de ces petites évolutions rédactionnelles.

Mais elles vous donneront surtout l'occasion, au moins pour l'une d'entre elles, de préciser les modalités d'exercice du contrôle du juge dans le cas particulier de l'allotissement exclusivement géographique d'un marché comportant des prestations fonctionnellement distinctes. L'autre ne présente aucune question originale à juger puisqu'elle ne vous conduira qu'à rappeler l'intensité du contrôle juridictionnel de la décision de ne pas allotir. Mais ce contrôle déterminant la marge d'appréciation de l'acheteur public, votre décision aura certainement une grande portée.

Car si les questions juridiques que pose l'application de ces dispositions peuvent paraître pointues, leurs implications pratiques sont très importantes : la commande publique forme une part prépondérante de l'activité économique des petites et moyennes entreprises. Le respect du principe de l'allotissement représente pour elles et pour le tissu social qu'elles contribuent à former un enjeu économique considérable.

Nous commencerons par examiner les deux pourvois du département des Yvelines et de la société Eiffage construction (n° 417869 et 417880) qui vous donneront l'occasion d'effectuer vous-mêmes un contrôle de la régularité de la décision de ne pas allotir un marché de travaux et d'indiquer ainsi, à propos de prestations relativement courantes, la mesure de l'intensité du contrôle du juge. Cette mesure sera un élément important pour trancher la question plus originale que présentent à juger les deux autres pourvois.

Le département des Yvelines a lancé en juillet 2017 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché pour la réalisation d'importants travaux de restructuration et d'extension du lycée franco-allemand à Buc, d'un montant estimé d'environ

25 millions d'euros. Bien que le cahier des clauses techniques particulières distinguait 27 prestations distinctes, le département a décidé de ne pas allouer le marché. Deux groupements ont présenté des offres : celui composé de deux sociétés du groupe Eiffage a remporté la compétition après que la candidature de son concurrent, constitué des sociétés L'atelier des compagnons (ADC), Maintenance technique optimisée, Morand équipement électrique et Le Foll travaux publics, a été écartée au motif qu'elle ne justifiait pas de sa capacité à exécuter l'ensemble des prestations du marché. Le groupement évincé a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Versailles de conclusions tendant à l'annulation de cette procédure, auxquelles il a fait droit au motif principal tiré de ce que le recours à un marché unique n'apparaissait pas justifié. Vous n'aurez pas à contrôler cette appréciation en cassation mais au fond, après avoir annulé l'ordonnance qui, comme le fait valoir la société Eiffage dans son pourvoi, auquel vous pourrez joindre celui du département des Yvelines, est entachée d'une irrégularité de procédure.

En effet, le juge du référé a curieusement traité ces sociétés comme des observateurs plutôt que comme des parties à l'instance, ce qu'elles sont à l'évidence puisqu'en tant que candidates retenues elles tirent des droits de la procédure contestée, auxquels l'ordonnance qui l'annule préjudicie. Or vous reconnaissez la qualité de partie à une instance à toute personne qui aurait eu qualité pour former tierce opposition si elle n'avait pas été appelée à la cause (10 janvier 2005, *Association Quercy-Périgord*, n° 265838, aux T sur ce point et aux ccl très complètes de Y. Aguila sur la notion de partie dans votre jurisprudence ; 30 mars 2015, *Mme K...*, n° 387322, aux T sur ce point). Vous avez d'ailleurs déjà qualifié de partie l'attributaire d'un marché public (11 mars 2013, *Min. de la défense c/ soc. Aeromécanic*, n° 364827) ou d'une délégation de service public (29 juillet 2002, *Cne de Cavalaire-sur-Mer*, n° 242153). Le juge du référé a communiqué aux sociétés Eiffage la requête introductive d'instance du groupement évincé en leur indiquant qu'elles avaient la possibilité de présenter des observations orales à l'audience, mais ne leur a communiqué aucun des actes de la procédure, ni les mémoires produits, ni l'information selon laquelle il serait susceptible d'annuler la procédure dans son entier et non seulement, comme la société ADC le lui demandait, à compter de la phase d'analyse des candidatures. Bien que n'ayant pas produit à l'instance devant le juge du référé, elles sont par conséquent d'une part recevables à se pourvoir en cassation – la voie de l'opposition, outre qu'elle n'est pas ouverte à l'encontre d'une ordonnance, ne fait pas obstacle à l'exercice d'un pourvoi en cassation (Section du 20 novembre 1992, *J...*, p. 417 ; 6 avril 2016, *cne de Fontvieille*, n° 389456, aux T) – d'autre part fondées à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée, rendue au terme d'une procédure imparfaitement contradictoire à leur égard.

Vous retrouverez la question principale de la régularité de la procédure de passation du marché au regard du choix du département des Yvelines de ne pas allouer le marché en réglant l'affaire au titre de la demande présentée au juge du référé précontractuel.

Comme nous l'avons dit en introduction, l'article 32 de l'ordonnance de 2015 prévoit que les marchés publics sont en principe passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. Ce n'est pas le cas du marché litigieux, dont les documents identifient précisément 27 prestations distinctes, qui correspondent aux différents corps d'état qui interviennent habituellement pour la réalisation des opérations de construction et de rénovation : VRD, couverture, étanchéité, menuiseries, électricité, plomberie, espaces verts, etc. La régularité de la procédure dépend donc de la possibilité du pouvoir adjudicateur de se prévaloir de l'un des motifs de dérogation que l'ordonnance prévoit en ces termes : « *Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils ne sont pas*

en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. » Sur le fondement de l'article 10 du code des marchés publics, vous avez établi le contrôle du juge sur la régularité de la décision de ne pas allouer à un point d'équilibre entre la marge d'appréciation de ces justifications reconnue à l'acheteur et le souci de garantir une certaine effectivité au principe auquel il est dérogé. Vous avez ainsi indiqué dans une décision *Ville de Paris* du 26 juin 2015 (n° 389682, aux T) que « saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité du recours à un marché global, il appartient au juge de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients mentionnés à l'article 10 du CMP, entachées d'appréciations erronées ».

L'acheteur n'est donc pas dépourvu de toute marge d'appréciation quant à la décision de ne pas allouer. Mais elle apparaît plus limitée que celle dont il jouit lorsqu'il se plie à l'obligation d'allouer et qu'il doit déterminer le nombre et la taille des lots. Cette marge de manœuvre sur le principe de l'allotissement doit elle être reconsidérée sous l'empire des nouvelles dispositions de l'article 32 de l'ordonnance ? Si les raisons qui peuvent justifier de ne pas allouer sont décrites en termes identiques, le début de la phrase fait apparaître une petite nuance de rédaction. Alors que l'article 10 disposait que « *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, etc.* », l'article 32 présente ces justifications de manière objective, sans référence à l'estimation de l'acheteur. Les conclusions de B. Dacosta sur la décision *ville de Paris* montrent que cette rédaction a été déterminante dans la reconnaissance d'une marge d'appréciation à l'acheteur : il y a vu l'inscription dans la règle d'une part de subjectivité dans l'évaluation de ces justifications que le juge devait respecter sans lui substituer la sienne. « Ce que doit contrôler le juge, en réalité, - indiquait-il - c'est moins l'existence, in abstracto, par exemple, d'un risque technique ou financier justifiant un marché global, que l'appréciation de la personne publique sur la consistance et la suffisance de ce risque. »

Les décisions que vous avez rendues sur ce point confirment cette grille de lecture. Ainsi, vous avez admis qu'un pouvoir adjudicateur justifiait « que l'allotissement du marché aurait pu être de nature à rendre plus coûteuse la réalisation des prestations prévues par le contrat » en établissant réaliser des économies d'échelle non négligeables (27 octobre 2011, *Dépt des Bouches-du-Rhône*, n° 350935, aux T sur ce point) ou qu'il faisait valoir des difficultés techniques et des risques de surcoûts qui justifiait de ne pas allouer un marché de sécurisation des espaces publics qui comportait des prestations distinctes (rénovation d'une partie de l'éclairage public, mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore, installation d'un dispositif de vidéosurveillance) (20 mai 2009, *Cne de Fort-de-France*, n° 311379). Mais ce sont les cas que vous avez jugés insuffisamment justifiés qui donnent la véritable mesure de votre contrôle : cette conclusion procède toujours du constat soit que le pouvoir adjudicateur n'établit pas les difficultés, de coordination, techniques ou financières, qu'il allègue (11 août 2009 *Cté urbaine de Nantes Métropole*, n° 319949, T, p. 831, sur ce point; 23 juillet 2010, *Conseil régional de la Réunion*, n° 338367 ; 29 octobre 2010, *Syn mixte de la région ouest de Versailles (SMAROV)*, n° 340212, aux T ; 3 décembre 2012, *Syndicat mixte de Besançon et de sa région pour le traitement des ordures ménagères (SYBERT)*, n° 360333), soit que les circonstances invoquées apparaissent de très faible impact (impact financier marginal dans l'affaire *Cté urbaine de Nantes Métropole*). La motivation de votre

décision *Soc. Segex et sc. Aximum* du 7 mai 2013 (n° 365706) est révélatrice du degré de contrôle exercé : « si le pouvoir adjudicateur a, en l'espèce, engagé la procédure de passation litigieuse sans allouer le marché, il soutient, sans être sérieusement contesté sur ce point, qu'en regard au caractère à la fois peu prévisible et inégal du volume de prestations nécessaires sur chacun des axes et tunnels routiers d'Ile-de-France, la mobilisation d'un plus grand nombre d'équipements fréquemment inoccupés qu'aurait occasionnée une dévolution en plusieurs lots aurait eu pour conséquence de rendre financièrement plus coûteuse l'exécution de ces prestations ». C'est bien toujours l'existence de motifs assez précis qui est vérifiée, sans que leur contenu et leur portée sur l'exécution prévisible du marché donne lieu à une évaluation très approfondie de la part du juge.

L'absence de travaux préparatoires des nouvelles dispositions adoptées par ordonnance ne permet pas de savoir si la suppression de la référence à une estimation de l'acheteur traduit une volonté des auteurs du texte de renforcer le contrôle juridictionnel sur les motifs de la décision de ne pas allouer et de demander au juge de substituer son appréciation à celle de l'acheteur. En l'absence d'indications contraires, nous ne le pensons pas. Il est certain que le législateur français a entendu, alors même qu'il n'y était pas obligé par les normes européennes, réaffirmer le principe de l'allotissement et l'évolution de la rédaction du texte exprime probablement cette intention. Mais rien ne laisse penser qu'il ait entendu infléchir significativement votre jurisprudence en privant les acheteurs de tout pouvoir d'appréciation, d'autant que cette marge d'appréciation ne résulte pas seulement de l'emploi de cette référence à l'estimation de l'acheteur mais aussi à la formulation assez générale des motifs de dérogations, qui, en visant des difficultés de coordination et un « *risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations* », recouvrent pratiquement toutes les raisons qui peuvent conduire un acheteur à privilégier un marché unique. Il nous semble dans ces conditions que la seule conséquence à tirer de cette évolution rédactionnelle est de renforcer légèrement l'exigence de justification attendue de l'acheteur, sans aller cependant jusqu'à lui substituer l'appréciation du juge. Si vous partagez cette lecture, la jurisprudence que nous venons d'évoquer demeurera une référence utile pour déterminer la mesure d'un contrôle juridictionnel qui continuera de porter sur l'existence de raisons suffisamment sérieuses et circonstanciées invoquées par l'acheteur pour justifier de ne pas allouer le marché, sans vérifier que ces raisons rendaient nécessaires la conclusion d'un marché unique.

Le cas d'espèce vous permettra d'en donner une première illustration.

Contrairement aux précédents que nous avons cités où vous avez retenu l'irrégularité de la dévolution en un seul lot de prestations distinctes, le département des Yvelines allègue de sérieux motifs techniques et économiques pour justifier sa décision de passer un marché en un seul lot. Si l'importance des travaux n'est pas en elle-même déterminante, le département établit les contraintes particulières de coordination qui découlent du fait qu'ils doivent se dérouler en période scolaire, en une seule phase sur deux années scolaires et tenir compte du fonctionnement d'un établissement accueillant plus d'un millier et demi d'élèves du primaire au lycée. Ces difficultés, auxquelles s'ajoute la nécessité d'assurer une surveillance particulière pour des raisons de sûreté, justifient le choix d'un unique titulaire qui se chargera de la coordination de l'ensemble des intervenants. Enfin, le département démontre également de manière convaincante que l'allotissement, dans ces conditions, risquerait d'allonger les délais de réalisation des travaux, ce qui renchérirait significativement le coût de l'opération.

Il est vrai, comme le faisait remarquer le groupement évincé devant le juge du référé du TA, qui y avait été sensible, que ces difficultés sont courantes dans la mesure où elles peuvent se rencontrer pour tout marché similaire. Mais cet argument, qui serait pertinent dans le cadre du contrôle d'une dérogation que vous entendriez réserver à des cas tout à fait exceptionnels, ne l'est pas dans le cadre d'un contrôle qui se borne à vérifier que le pouvoir adjudicateur invoque des justifications qui paraissent réelles et sérieuses, sans exiger qu'il démontre ne pas être en mesure de les surmonter. Or les raisons précises et circonstanciées invoquées par le département nous semblent effectivement de nature à établir un risque que l'allotissement rende « *techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations* ».

Nous vous proposons donc d'écarter ce premier moyen.

L'autre nous retiendra moins longtemps. Il porte sur le motif du rejet de la candidature du groupement évincé, tiré de ce que l'un de ses membres appelé à exécuter les prestations de gros œuvre, la société L'Atelier des compagnons, n'avait pas produit tous les certificats de qualification professionnelle, notamment les certificats « Qualibat 2112 – Maçonnerie et béton armé courant (technicité confirmée) » et « Qualibat 2213 – Béton armé et béton précontraint (technicité supérieure) », exigés par l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation.

Le groupement ne le conteste pas mais soutient qu'il avait produit des certificats équivalents et que ces exigences étaient excessives.

Sur le premier point, il indique avoir indiqué que l'une de ses filiales et l'un de ses fournisseurs étaient titulaires de références au moins équivalentes. Mais il n'établit ni qu'il avait mentionné la première parmi ses sous-traitants, alors que le règlement de la consultation exigeait des candidats qui ne justifiaient pas eux-mêmes des qualifications requises mais auraient recours à des sous-traitants qui en disposeraient, qu'ils apportent la preuve que ces derniers seraient disponibles pour l'exécution du marché, ni qu'il avait apporté la preuve de la certification de son fournisseur.

Sur le second point, si les acheteurs peuvent fixer des niveaux minimaux de capacité, ils doivent veiller à ce qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution (art 44 du décret du 25 mars 2016). Tel est bien le cas des qualifications litigieuses qui certifient la capacité à réaliser des travaux de maçonnerie en béton armé, qui sont bien prévus par le marché et qui, contrairement à ce que soutient le candidat évincé, ne sont pas délivrées aux entreprises qui souhaitent pouvoir édifier des immeubles de plus de 6 étages mais également à celles qui entendent réaliser des ouvertures en sous-œuvre supérieures à 3 m de largeur et des reprises en sous-œuvre à 1,50 m de hauteur, ce que peut requérir le marché en cause. Dès lors, les qualifications demandées ne constituaient pas des exigences excessives.

Nous vous invitons donc, après avoir accueilli le pourvoi, à rejeter le recours de la société L'Atelier des compagnons, à la charge de laquelle vous pourrez mettre le versement au département des Yvelines et à la société Eiffage construction de sommes de 3 500 euros à chacun au titre des frais qu'ils ont exposés devant vous et devant le JR TA.

Les deux autres (n° 417428 et 417439) concernent la procédure lancée par l'Office public de l'Habitat (OPH) Hauts-de-Seine Habitat en vue de l'attribution d'un marché public

pour la réalisation des travaux d'entretien courant tous corps d'état et de remise en état des logements de son patrimoine immobilier d'une durée d'un an. Le marché était divisé en neuf lots correspondant à des circonscriptions géographiques, pour des montants estimatifs annuels de commande compris entre 900 000 et 4 millions d'euros chacun. Trois lots maximum pouvaient être attribués à un même candidat.

Les offres présentées pour tous les lots par le groupement MPPEA, constitué des sociétés Mercier, Les Peintures parisiennes, Auto Protection sécurité et ETEM, ayant toutes été rejetées, il a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Cergy-Pontoise de conclusions aux fins d'annulation de la procédure, auxquelles celui-ci a fait droit par une ordonnance du 3 janvier 2018 contre laquelle l'OPH et la société Eiffage construction habitat, attributaire de trois des plus gros lots, se pourvoient en cassation, par deux recours que vous pourrez joindre.

Le juge du référé précontractuel a retenu un manquement tiré de ce que le pouvoir adjudicateur avait commis une erreur manifeste d'appréciation en se contentant de répartir le marché en neuf lots selon un découpage géographique alors que chaque lot était constitué de prestations distinctes susceptibles de donner lieu à un allotissement par corps d'état séparés et qu'aucun motif technique ou économique ne justifiait cette absence d'allotissement fonctionnel. Les requérants soutiennent que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en appliquant au contrôle de la détermination des lots les motifs justifiant la décision de ne pas allotir et dénaturé les pièces du dossier en retenant une erreur manifeste d'appréciation.

Le premier de ces moyens vous permettra de préciser, ce que vous n'avez encore jamais eu l'occasion de faire, les modalités d'application des principes de contrôle de l'allotissement que vous avez dégagés par les décisions précitées en présence d'un allotissement exclusivement géographique d'un marché qui pourrait également être alloti fonctionnellement. Car il est évident et n'est d'ailleurs pas contesté que du point de vue fonctionnel, le marché litigieux est ce que l'on aurait appelé sous l'empire de l'ancien code un marché global. Chacun des lots comporte huit catégories de prestations nettement distinctes, énumérées par le règlement de la consultation : gros œuvre, menuiserie, serrurerie, cloisonnements, revêtements de sol et murs, peinture, plomberie et électricité. L'objet du marché et les prestations sont tout ce qu'il y a de plus ordinaires et ce sont elles qui constituent l'essentiel des commandes publiques auxquelles peuvent postuler les petites et moyennes entreprises que l'allotissement a pour objectif de protéger. En d'autres termes, si l'OPH avait passé un marché pour une seule des neuf circonscriptions géographiques ou un seul marché pour l'ensemble de son territoire, il aurait dû en principe l'allotir fonctionnellement. La question est donc de savoir si son choix de diviser le marché en lots géographiques suffit à modifier l'intensité du contrôle juridictionnel sur la décision de ne pas l'allotir fonctionnellement, c'est-à-dire de passer du contrôle plus étroit des justifications légales de ne pas allotir de la jurisprudence *Cté urbaine de Nantes Métropole* qui aurait été exercé en l'absence d'allotissement géographique au contrôle restreint posé par votre décision *Cne d'Ajaccio*.

Nous sommes convaincus que non, mais plus hésitant quant à la manière de le traduire dans la définition de l'office du juge.

Nous sommes convaincus que non pour plusieurs raisons. La première est que le principe de l'allotissement nous semble avoir été essentiellement conçu en vue d'une division fonctionnelle des prestations. Comme l'indiquait expressément l'article 10 de l'ancien code des marchés publics, ce principe visait à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à

la commande publique. Or ces petites et moyennes entreprises se caractérisent par une certaine spécialisation fonctionnelle. L'objectif de cette réglementation n'est pas d'assurer une égale répartition géographique de la commande publique, ce qui serait d'ailleurs contraire au principe de liberté d'accès à celle-ci, mais bien d'éviter que les candidatures des grosses entreprises capables d'assurer directement ou indirectement toutes les prestations et de proposer des prix compétitifs en raison des économies d'échelle pratiquées finissent par évincer de ces marchés les petites et moyennes entreprises, qui n'auraient plus alors qu'à espérer des marchés de sous-traitance avec ces grandes entreprises, à des conditions moins favorables. Les autres termes utilisés pour décrire le contenu des lots montrent également que le pouvoir réglementaire hier, le législateur aujourd'hui, avaient à l'esprit une répartition fonctionnelle plus que géographique : « prestations distinctes » ; « nombre, taille et objets des lots ».

Nous ne voulons cependant pas dire que l'allotissement au sens de ces dispositions ne devrait s'entendre que d'un allotissement fonctionnel. Rien, et notamment pas les termes que nous avons cités, ne justifierait d'exclure l'allotissement géographique. Vous l'avez d'ailleurs admis par une décision *Région Réunion* du 23 juillet 2010 (n° 338367, aux T). Mais dans ce cas la répartition géographique recouvrait une répartition fonctionnelle, dans la mesure où il s'agissait d'une prestation unique, physique, de gardiennage, sur quatre sites différents. Vous avez jugé que le pouvoir adjudicateur aurait pu distinguer ces différents sites plutôt que de passer un seul marché. La situation est différente lorsque la répartition géographique et la répartition fonctionnelle sont totalement indépendantes, comme en l'espèce. Dans une telle hypothèse où la division géographique n'est pas particulièrement liée à l'objet du marché, qui serait exactement le même si elle était absente ou différente, le choix de la division géographique ne devrait pas affecter le régime juridique de la division fonctionnelle, car d'une part il n'y a aucune raison de lui faire produire un tel effet, d'autre part cela offrirait une occasion de contournement du principe de l'allotissement.

En effet, au regard de l'objectif de l'allotissement, qui est de faciliter l'accès à la commande publique des petites et moyennes entreprises, qui sont des entreprises spécialisées dans l'exécution de certaines prestations, le choix du pouvoir adjudicateur de diviser les marchés qu'il entend passer selon leurs lieux d'exécution est sans incidence. Certes, il multiplie les marchés et donc les chances de les obtenir. Mais étant fonctionnellement globaux, ils ne répondent pas à l'objectif de la règle. Par conséquent, lorsque la division géographique ne répond à aucune caractéristique fonctionnelle, il n'y a aucune différence entre un marché global sur un secteur donné et des marchés uniques sur plusieurs secteurs. Le marché litigieux en est un parfait exemple, puisque chacun des neuf lots est constitué de prestations que tous les marchés publics distinguent. Par conséquent, nous ne voyons aucune raison de reconnaître au pouvoir adjudicateur une liberté de ne pas allotir fonctionnellement du seul fait qu'il a choisi de passer deux marchés à deux endroits plutôt qu'un seul, ce qui l'aurait placé dans l'obligation d'allotir les prestations.

Le choix d'une division géographique que n'impose pas l'objet du marché reposant uniquement sur le pouvoir adjudicateur, rien n'est plus facile, lorsqu'il exerce sa compétence sur un ensemble suffisamment vaste de biens, de procéder à cette division pour échapper à l'obligation, plus contraignante, d'allotir fonctionnellement.

Divisions fonctionnelle et géographique apparaissent donc différentes tant par leur contenu que par leurs effets et les traiter comme si cette différence n'existait pas, c'est-à-dire comme si un allotissement géographique équivalait à un allotissement fonctionnel, nous paraît à la fois contraire à l'esprit du principe de l'allotissement et de nature à le fragiliser.

Nous sommes en revanche plus hésitants sur la manière de traduire cette différence dans le cadre que vous avez élaboré pour le contrôle juridictionnel du respect de la règle de l'allotissement. Comme nous l'avons vu, ce cadre repose sur le principe d'un contrôle des justifications légales de ne pas allotir du tout et d'un contrôle très restreint de la détermination du contenu et de la taille des lots.

Deux solutions nous semblent envisageables. La première consisterait à introduire la distinction de l'allotissement géographique et de l'allotissement fonctionnel en amont de ce cadre, afin que l'allotissement géographique reste sans influence sur le contrôle relatif à l'allotissement fonctionnel. Autrement dit, il s'agirait d'affirmer que l'allotissement géographique ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de l'obligation de principe d'allotir fonctionnellement lorsque l'objet du marché permet l'identification de prestations fonctionnellement distinctes. Cela conduirait, dans le cas d'espèce, à traiter les neuf lots géographiques tous corps d'état comme autant de marchés uniques : le choix de ne pas les allotir fonctionnellement alors qu'ils comportent des prestations distinctes serait soumis à un contrôle des justifications légales de ce choix, exactement comme s'il n'y avait eu qu'un seul marché ayant cet objet. Ce n'est que lorsque le pouvoir adjudicateur établit au moins deux lots fonctionnels pour chaque lot géographique qu'il bénéficierait de la marge de liberté qui lui est reconnue dans la détermination des lots. L'auteur de l'ordonnance attaquée aurait donc eu raison de rechercher si l'absence d'allotissement fonctionnel était justifiée au regard des motifs de dérogation prévus par la loi et ne se serait trompé que sur l'intensité de son contrôle, qui sur ce point ne se limite pas à l'erreur manifeste d'appréciation. Mais cette méprise est sans incidence pour les requérants, qui ont bénéficié d'une tolérance à laquelle le pouvoir adjudicateur ne pouvait prétendre, sans pourtant que cela permette de sauver la procédure.

Cette solution a le mérite de s'énoncer clairement et d'être parfaitement adaptée et fonctionnelle pour les marchés ordinaires de construction, rénovation, entretien de bâtiments, comme celui en litige. L'indépendance de la division géographique au regard de l'objet du marché ne fait ici aucun doute. Mais tous les marchés ne présenteront peut-être pas au regard de ces notions une situation aussi tranchée. Dans certains cas, il sera plus difficile de bien distinguer le lieu d'exécution des modalités de celle-ci au regard de l'objet du marché, de sorte que faire dépendre toute l'architecture de l'application de la règle de droit et de son contrôle sur un critère dont la mise en œuvre peut se révéler concrètement délicate n'est pas sans risques.

C'est la raison pour laquelle nous inclinons pour l'autre solution, plus pragmatique, consistant à conserver la dichotomie actuelle pour tout allotissement, quel que soit son objet, géographique ou fonctionnel, sans faire de différence à ce stade, et à introduire cette différence au titre du contrôle de la détermination des lots, ce qui implique, afin qu'il soit efficace et qu'il permette de satisfaire les objectifs de la loi, une modulation dans son intensité, que permet l'erreur manifeste d'appréciation. Lorsque l'acheteur a choisi de ne pas allotir fonctionnellement un marché dont les prestations sont fonctionnellement distinctes, tout en ayant distingué des lots sur un autre critère, notamment géographique mais il n'est pas impossible d'en concevoir d'autres, l'exigence de justification de ce choix sera un peu plus grande que celle qui pèse sur la détermination des lots fonctionnels. Elle ne portera toujours que sur le caractère suffisant des justifications apportées, comme pour la décision de ne pas allotir, tout en laissant un peu plus de marge de manœuvre au pouvoir d'adjudicateur que dans ce dernier cas mais un peu moins que dans la détermination des lots fonctionnels. Le standard de l'erreur manifeste d'appréciation est suffisamment souple pour pouvoir accueillir

différentes intensités de contrôle correspondant à des marges plus ou moins grandes de liberté de choix du pouvoir adjudicateur.

Et le juge pourra d'autant plus facilement moduler son contrôle que les justifications des dérogations au principe de l'allotissement posées à l'alinéa 2 de l'article 32 de l'ordonnance couvrent à peu près toutes les raisons qui peuvent conduire l'acheteur à préférer ne pas allotir, soit qu'il n'ait pas les moyens d'assurer la coordination entre les titulaires des différents lots, soit que l'allotissement restreigne la concurrence, soit qu'il « risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ». Ces derniers motifs sont exprimés en termes suffisamment larges pour s'appliquer aussi bien à la décision de ne pas allotir du tout qu'à celle de n'allotir que géographiquement et pas fonctionnellement ou encore à la détermination des lots fonctionnels. Nous ne pouvons pas certes pas exclure qu'un motif soit invoqué pour justifier la répartition des lots qui ne rentre pas exactement dans ces catégories. Rien ne s'opposera à ce que le juge l'examine. Mais la différence entre le contrôle de la décision d'allotir et celui de la détermination des lots repose bien moins sur le contenu des motifs que sur l'intensité du contrôle, qui laisse une plus ou moins grande latitude à l'acheteur. Il appartiendra au pouvoir adjudicateur de justifier de manière plus précise, au regard des caractéristiques du marché et des conditions de son exécution, son choix d'allotir géographiquement mais non fonctionnellement un marché comportant des prestations fonctionnelles distinctes et le juge contrôlera de manière plus stricte ce choix qu'il ne le fait sur celui de répartir des prestations distinctes en deux plutôt que trois ou quatre lots, où le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ne sert qu'à saisir les répartitions les plus manifestement absurdes. Le contrôle de l'absence d'allotissement fonctionnel en présence de prestations distinctes devra être plus approfondi afin de garantir la réalisation de l'objectif que poursuit la règle.

L'introduction de ce degré supplémentaire de contrôle ne modifie pas l'architecture générale du dispositif que vous avez construit. Il s'insère à notre avis sans difficulté dans un cadre qui est en réalité moins rigide que l'emploi des notions de contrôle normal et d'erreur manifeste d'appréciation, importées du contentieux de l'excès de pouvoir et peu adaptées à l'office du juge du contrat, laisse penser. Comme nous l'avons vu à l'occasion de l'affaire précédente, le contrôle des justifications légales de l'absence totale d'allotissement laisse déjà une certaine marge de liberté à l'acheteur. Ce qui nous paraît surtout important c'est que vous donniez au juge les moyens d'assurer avec mesure l'effectivité du principe de l'allotissement en adaptant l'intensité de son contrôle aux différents types d'allotissements en fonction de l'objet de chaque marché et en tenant compte d'une marge de liberté de l'acheteur public qui augmente à mesure que l'allotissement est plus précis.

L'application de ces principes directeurs au cas d'espèce devrait vous conduire à écarter les moyens tant d'erreur de droit que de dénaturation invoquées à l'encontre de l'ordonnance attaquée.

Le juge du référé a eu raison d'exiger du pouvoir adjudicateur qu'il justifie précisément les raisons pour lesquelles il avait choisi de ne pas allotir fonctionnellement un marché qui comportait des prestations distinctes, alors même qu'il avait procédé à une répartition géographique. Cette répartition géographique ne correspondait à aucune nécessité fonctionnelle, les différents lots comportant les mêmes prestations fonctionnelles.

Et il ne nous paraît avoir commis aucune erreur de droit en vérifiant si les justifications apportées étaient suffisamment circonstanciées, la mesure de ce caractère

suffisant étant celle de l'erreur manifeste d'appréciation. Ces justifications étaient tirées des besoins de l'organisation du marché et de la coordination des prestataires ou par le souci d'éviter que l'exécution du marché soit techniquement plus difficile ou financièrement plus coûteuse. Ce sont certes les motifs prévus par l'article 32 pour justifier de l'absence totale d'allotissement mais, comme nous l'avons dit, ce sont nécessairement les mêmes qui peuvent justifier de l'absence d'allotissement fonctionnel et, en tout état de cause, c'étaient les seuls qui étaient invoqués par le pouvoir adjudicateur en défense devant lui. Il ne saurait donc lui être reproché de n'avoir pas dégagé d'office d'autres raisons de ne pas allotir que celles avancées par l'acheteur.

Il ressort enfin des motifs de l'ordonnance attaquée qu'il a exercé sur les justifications invoquées un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation plus étroit que celui de la détermination de lots fonctionnels, qui nous semble adapté à un marché dont l'objet est de ceux qui ont particulièrement vocation à être fonctionnellement allotis, sans pour autant substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

L'appréciation ainsi portée par le juge du référé est, vous le savez, souveraine, sous réserve de dénaturation. Les requérantes font valoir que compte tenu du nombre de logements que gère l'office public de l'habitat des Hauts-de-Seine (plus de 44 447), l'allotissement du marché en neuf lots permettait aux correspondants locaux de l'établissement d'avoir un unique interlocuteur ce qui simplifie la coordination du marché, qu'il permettait de réduire les coûts liés à la coordination et évitait les doublons que les 97 lots du marché précédent avaient engendré. Toutefois, le premier argument peut être invoqué dans tous les marchés ayant cet objet et l'admettre de manière aussi peu circonstanciée reviendrait à exclure l'allotissement pour les marchés d'une certaine importance, alors que ce sont précisément ces marchés qui doivent pouvoir l'être. Le second n'est pas plus convainquant : l'obligation d'allotir fonctionnellement n'implique pas de répartir le marché en 97 lots. Compte tenu de la marge de liberté laissée à l'acheteur à ce sujet, il aurait pu organiser en lots fonctionnels beaucoup moins nombreux, y compris moins que les 67 qu'il indique comme étant ceux qui existaient réellement dans le précédent marché.

Contrairement à ce que soutiennent en dernier lieu les requérantes, le juge du référé n'a commis ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique en relevant que l'absence irrégulière d'allotissement fonctionnel avait été susceptible de léser la candidate évincée qui n'avait pas été en mesure de présenter une offre globale compétitive pour tous les corps d'état objet du marché.

Nous vous proposons donc de rejeter ces deux derniers pourvois et de mettre à la charge de leurs auteurs le versement au groupement de sociétés MPPEA de sommes de 2 000 euros chacun au titre des frais exposés.