

Le préfet
à
**Mesdames et Messieurs les Maires,
Mesdames et Messieurs les Présidents d'EPCI et des
syndicats mixtes,
Monsieur le Président du Conseil départemental de
l'Isère**

*En communication à Madame la Sous-préfète de La
Tour-du-Pin et à Monsieur le Sous-préfet de Vienne*

CIRCULAIRE n°2021-7

**CONSULTABLE SUR LE SITE INTERNET
DE LA PRÉFECTURE**

Objet : Les règles relatives au recours du non-allotissement des marchés publics

Par la présente circulaire, j'ai souhaité vous rappeler les règles essentielles en matière de non-allotissement des marchés publics. Ces règles restrictives sont notamment justifiées pour faciliter l'accès de nos TPE-PME à la commande publique. Celles-ci demeurent sous-représentées dans l'achat public, malgré les évolutions législatives et réglementaires en leur faveur.

Aussi, je vous demande de veiller à la bonne application de ces dispositions.

I. Sur les possibilités de recourir au non-allotissement

Les conditions permettant de recourir au non-allotissement des marchés publics sont limitativement énumérées aux articles L.2113-10 et L.2113-11 du code de la commande publique (CCP). Conformément à ces dispositions, le recours au marché non-alloté est possible lorsque l'objet du marché « *ne permet pas l'identification de prestations distinctes* ».

Des prestations sont considérées comme distinctes lorsqu'elles sont :

- soit, d'une nature différente et répondent à des besoins dissociables ;
- soit, tout en étant de nature identique, peuvent être considérées comme distinctes en raison de la répartition géographique des sites objet de ces prestations.

Ainsi, lorsque des sites ou des zones géographiques, objets du marché, sont identifiables et différenciables, il doit être considéré que ce marché permet l'identification de prestations distinctes. Le Conseil d'État a par exemple jugé qu'un marché ayant pour objet la surveillance de sites se trouvant

dans quatre communes différentes ne justifie pas le recours au marché non-alloté dans la mesure où des prestations distinctes à raison de la répartition géographique des sites peuvent être identifiées¹.

Par ailleurs, conformément à l'article L.2113-11 du CCP, le recours au marché non-alloté est possible, que l'on soit ou non en présence de prestations distinctes, lorsque l'une des conditions suivantes est remplie :

- soit, lorsque l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ;
- soit, lorsque la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou lorsque la dévolution risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

Dans une espèce relative à la conclusion d'un marché non-alloté au motif que l'acheteur n'était pas en mesure d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination, le juge a considéré que la conclusion d'un tel marché était irrégulière car les difficultés antérieures rencontrées lors de précédents marchés n'étaient pas de nature à démontrer que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure, au vu de ses moyens techniques et humains et de l'ensemble des opérations déjà engagées, d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination des marchés spécifiquement attaqués².

En outre, le juge a considéré qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait se prévaloir de la faiblesse des effectifs de ses services pour soutenir qu'il ne disposait pas de la capacité d'assurer la programmation et la coordination des chantiers alors qu'il avait recruté des maîtres d'œuvre dont la mission portait notamment sur l'élaboration puis le suivi du planning du chantier³.

En revanche, le Conseil d'État a considéré que compte tenu de la diversité des prestations de conseil et de représentation juridiques demandées par une commune, relevant du droit public, du droit civil, du droit pénal et de la procédure pénale, permettant l'identification de prestations distinctes, la commune ne pouvait, eu égard à son importance et à sa capacité d'assurer une coordination de telles prestations, justifier qu'un allotissement du marché rendrait techniquement difficile son exécution⁴.

S'agissant de la conclusion d'un marché non-alloté au motif du surenchérissement du coût de l'exécution des prestations, il convient de préciser que le recours à un marché non-alloté n'est justifié que par la réalisation d'économies significatives ou si le recours à l'allotissement entraîne des surcoûts importants pour l'acheteur.

Ainsi, le Conseil d'État a estimé que la réduction significative du coût des prestations pour le pouvoir adjudicateur constitue, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre l'allotissement ou le marché global, un motif légal de recours au marché non-alloté⁵. De même, le pouvoir adjudicateur qui démontre avant le lancement de la consultation que l'allotissement du marché aurait pu être de nature à rendre plus coûteuse la réalisation des prestations prévues au contrat (un renchérissement de l'ordre de 66% a été admis par le juge), ne peut être regardé comme ayant manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en recourant à un marché non-alloté⁶.

En revanche, le Conseil d'État sanctionne le regroupement de prestations dans un même lot qui, bien que faisant appel à la même technologie, ne représentait qu'une économie escomptée inférieure à 2% du budget affecté au lot concerné.⁷

II. La motivation du non-allotissement doit apparaître dans les pièces du marché

Pour recourir à un marché non-alloté l'acheteur doit donc démontrer que les conditions énoncées ci-dessus sont dûment remplies. Pour ce faire, préalablement au lancement de la consultation, l'acheteur

1 CE, 23 juillet 2010, *Région Réunion*, n° 338367.

2 CAA Marseille, 19 décembre 2011, *Préfet Alpes-Maritimes*, n° 09MA03774.

3 CAA Lyon, 6 octobre 2011, *Syndicat national des entreprises du second œuvre (SNSO)*, n° 10LY01121.

4 CE, 11 avril 2014, *Commune de Montreuil*, n° 375051.

5 CE, 9 décembre 2009, *Département de l'Eure*, n° 328803.

6 CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935.

7 CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes métropole*, n° 319949.

doit motiver de manière précise son choix de ne pas allouer en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

Pour un marché passé selon une procédure adaptée (article R.2113-2 CCP) : l'acheteur doit motiver son choix du non-allotissement dans les documents relatifs à la procédure, qu'il conserve en application des articles R.2184-12 et R.2184-13 du CCP.

Pour un marché passé selon une procédure formalisée (article R.2113-3 du CCP) :

- Lorsque l'acheteur agit en tant que pouvoir adjudicateur : le choix du non-allotissement doit être motivé dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article R.2183-1 du CCP. Ce choix et cette motivation doivent ainsi clairement apparaître dans ces documents obligatoirement transmissibles au titre du contrôle de légalité
- Lorsque l'acheteur agit en tant qu'entité adjudicatrice : le choix du non-allotissement doit être motivé parmi les informations qu'il conserve en application des articles R.2184-7 et R.2184-8 du CCP.

La motivation par l'acheteur de sa décision de ne pas allouer est essentielle, dès lors que le juge exerce un contrôle sur les motifs de cette dernière, en appréciant le caractère objectif ou artificiel des justifications du recours au marché non-alloté⁸.

Il appartient ainsi au juge de déterminer si l'analyse à laquelle l'acheteur a procédé et les justifications qu'il fournit sont entachées d'erreurs d'appréciation⁹. Le juge administratif sanctionnera l'absence d'éléments apportés au soutien des affirmations de l'acheteur au-delà de la seule invocation des exceptions visées par les textes en vigueur¹⁰.

Il est en conséquence recommandé aux acheteurs de conserver tout élément de nature à justifier le sens de leur décision, en cas d'éventuel recours gracieux ou contentieux.

Je porte également à votre attention l'existence d'une fiche technique concernant « l'allotissement dans les marchés », disponible sur le site internet de la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'économie, des finances et de la relance : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure_allotissement-dans-marche-2019.pdf.

Pour toute question relative aux procédures de passation des contrats de la commande publique, je vous invite à les transmettre à l'adresse suivante : pref-controler-legalite-marches-publics@isere.gouv.fr

Mes services (bureau du conseil et du contrôle de légalité) restent à votre disposition pour vous conseiller et vous apporter toute précision que vous jugeriez utile.

Le préfet

Pour le Préfet, par délégation
Le Secrétaire Général

Philippe PORTAL

⁸ CE, 29 oct. 2010, Syndicat mixte d'assainissement de la Région Ouest de Versailles (SMAROV), n°340212.

⁹ CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n° 350935 ; CE, 26 juin 2015, Ville de Paris, n° 389682.

¹⁰ CE, 11 août 2009, Communauté urbaine Nantes métropole, n° 319949 : « si la Communauté urbaine Nantes Métropole indique qu'elle rencontrait des difficultés dans l'organisation et la coordination de ces deux ensembles de prestations, elle n'apporte aucun élément au soutien de cette affirmation (...) » ; CE, 3 décembre 2012, Syndicat mixte de Besançon et de sa région pour le traitement des ordures ménagères (SYBERT), n° 360333 : « si le SYBERT soutient que l'allotissement du marché aurait rendu son exécution financièrement coûteuse, il n'apporte aucune justification à l'appui de ces allégations ».

