

# Quel contrôle exercer sur le caractère suffisant de l'allotissement d'un marché public ?

**Passation ■ Allotissement ■ Caractère suffisant de l'allotissement ■ Absence ■ Impact financier insuffisant, au cas d'espèce, pour justifier le regroupement dans un lot unique de prestations distinctes.**

CE (7/2 SSR) 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes Métropole*, req. n° 319949 – M. Mettoux, Rapp. – M. Dacosta, Rapp. public – SCP Gaschignard, SCP Peignot Garreau, Av.

→ Décision qui sera mentionnée dans les tables du Recueil Lebon.

## Résumé

Le regroupement de prestations distinctes dans un lot unique, alors que l'impact financier d'un tel regroupement est très faible, constitue un manquement aux dispositions de l'article 10 du code des marchés publics.

## CONCLUSIONS

### Bertrand DACOSTA, rapporteur public

#### Allotissement: innovation de l'article 10 du code des marchés publics de 2006

La nouvelle rédaction des dispositions relatives à l'allotissement constitue l'une des principales innovations du code des marchés publics de 2006. Jusque-là, les pouvoirs adjudicateurs pouvaient choisir entre la passation d'un marché alloti ou celle d'un marché unique en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques procurés par l'une et l'autre. Désormais, le principe posé par l'article 10 du code est le suivant : « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés.* » Il n'est possible d'y déroger que si « *la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence* », si « *elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations* », ou encore si le pouvoir adjudicateur « *n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* ». L'un des objectifs de la réforme était de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics.

Rien ne contraignait, sur le plan juridique, le pouvoir réglementaire à aller en ce sens, puisque la directive du 31 mars 2004 ne comporte pas de dispositions analogues. Mais vous avez jugé, par votre décision *Syndicat EGF-BTP* du 9 juillet 2007, que l'article 10, dans sa nouvelle rédaction, n'avait pas en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, et vous avez écarté les moyens tirés de l'atteinte au principe d'égalité et à la liberté de prestation de services, ainsi, en outre, que le moyen tiré de l'atteinte à la liberté de choix du pouvoir adjudicateur.

La méconnaissance du principe fixé par l'article 10 est susceptible de constituer un manquement aux obligations de mise en concurrence et de donner prise au contrôle du juge des référés précontractuels. Vous aviez déjà jugé, sous l'empire du texte antérieur, et alors même que le texte laissait une grande marge de manœuvre aux collectivités, que les modalités d'allotissement pouvaient révéler un manquement à ces obligations<sup>1</sup> ; a *fortiori* en va-t-il de même depuis 2006.

De façon assez étonnante, vous n'avez eu, à notre connaissance, qu'une seule occasion d'appliquer le nouveau texte. Par une décision *Commune de Fort-de-France*

du 20 mai 2009<sup>2</sup>, vous avez jugé, à propos d'un marché de sécurisation des espaces publics comprenant des prestations distinctes, mais qui n'avait pas donné lieu à allotissement, que l'article 10 n'avait pas été méconnu, « *compte tenu en particulier des difficultés techniques qui auraient pu résulter, lors de l'exécution du marché, de sa dévolution en lots séparés, ainsi que des conséquences probables de cet allotissement sur le coût financier du marché* ».

En revanche, quelques décisions de juges des référés précontractuels de tribunal administratif, ayant annulé des procédures de passation de marché en raison d'une absence non justifiée d'allotissement, ou d'un allotissement insuffisant, ont connu un certain retentissement dans le milieu de la commande publique. Nous pensons, entre autres, à l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lille en date du 3 juillet 2008, relative à un marché de prestations de services juridiques, qui a jugé que méconnaissait l'article 10 du code la définition d'un lot unique pour le droit privé, le droit public et le droit social<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Req. n° 311379.

<sup>3</sup> Cf. *AJDA* 2008.1831, note J.-D. Dreyfus ; cf. également E. Derouesné et A. Stefanini-Coste, « Le juge au service de l'effet utile du code des marchés publics : son office en matière d'allotissement et de sous-critère », *Contrats et marchés publics* avril 2009, p. 7 et s.

<sup>1</sup> CE 10 mai 2006, *Société Schiocchet*, req. n° 288435.

## Large pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur

Une question prête, depuis maintenant trois ans, à discussion : celle de la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur et du contrôle du juge du référé précontractuel. Sur ce dernier point, l'alternative qui est parfois présentée – contrôle normal ou contrôle restreint – ne nous paraît pas tout à fait pertinente. Cette terminologie n'a de véritable sens qu'en matière de recours pour excès de pouvoir ; or le référé précontractuel relève du plein contentieux. Est-ce à dire qu'il revient à ce juge de substituer son appréciation à celle de l'administration ? Nous ne le croyons pas. La rédaction de l'article 10 confère au pouvoir adjudicateur un rôle clé, puisque c'est à lui qu'il revient d'apprécier s'il existe un risque, par exemple, que l'allotissement rende techniquement difficile l'exécution des prestations. La formulation retenue ne saurait, bien sûr, conduire à exclure tout contrôle juridictionnel ; ce n'est pas parce que le pouvoir adjudicateur estime que le risque existe que le juge devrait s'incliner. Mais cette appréciation ne devrait donner lieu à une censure que si elle était manifestement erronée. En d'autres termes, nous estimons qu'alors même que nous sommes en plein contentieux, le contrôle de la seule erreur manifeste d'appréciation, de la seule erreur « significative », s'impose parce que le pouvoir réglementaire a voulu laisser aux collectivités une certaine liberté.

Nous en sommes d'autant plus convaincus que les critères permettant de déroger au principe de l'allotissement sont formulés dans des termes assez vagues. Qu'est-ce qu'une exécution financièrement coûteuse ? Suffira-t-il qu'un marché unique permette d'économiser quelques euros pour que le pouvoir adjudicateur puisse renoncer à allotir ? Le bon sens impose de répondre par la négative, car toute difficulté technique ou tout renchérissement du coût, quelle que soit son ampleur, ne devrait pas suffire à légitimer l'absence d'allotissement ; mais alors, où placer le curseur ?

Compte tenu de l'incertitude affectant les conditions dans lesquelles la collectivité peut ne pas allotir, placer cette décision sous un contrôle juridictionnel strict risquerait, en pratique, de multiplier les

contentieux et de fragiliser encore un peu davantage les montages contractuels. L'absence d'allotissement sans justification constitue une méconnaissance frontale de l'article 10 qui doit être sanctionnée ; mais, dès lors que des justifications sont apportées, seul leur caractère manifestement erroné devrait conduire au même résultat.

Nous adhérons donc sans réserve à l'analyse du président Ménéménis dans un commentaire du code des marchés publics de 2006 <sup>4</sup>, qui souligne que la rédaction de l'article 10 n'a pas été retenue par hasard, et que si le texte se réfère à la propre estimation du pouvoir adjudicateur, c'est bien pour « traduire le souci de préserver très largement la liberté actuelle des acheteurs publics et de ne pas donner prise, en cas de contestation, à un contrôle juridictionnel trop approfondi ».

D'ailleurs, si vous étiez saisis d'un recours en excès de pouvoir contre la décision de ne pas allotir un marché, il ne fait guère de doute que vous vous limiteriez à un contrôle restreint. Il serait peu opportun, et même difficilement compréhensible, que l'intensité du contrôle juridictionnel dépende de la casquette sous laquelle est appelé à se prononcer le juge.

## Regroupement de deux prestations distinctes dans un même lot

Il est temps d'en venir à la présente affaire. La communauté urbaine Nantes Métropole a lancé, au printemps 2008, une procédure d'appel d'offres ouvert ayant pour objet l'attribution d'un marché à bons de commande relatif à la fourniture de prestations de services de télécommunications. Le marché a été divisé en huit lots distincts. Est en cause ici le lot n° 3 (fourniture des services de téléphonie mobile et des terminaux). Concrètement, il était demandé au prestataire, à ce titre, d'installer des cartes SIM à la fois sur les téléphones portables des agents et sur certains équipements de voirie, notamment les horodateurs de

la ville de Nantes ; en effet, ces équipements transmettent, par téléphone, des informations à des centres automatisés. Le problème, en l'espèce, est venu du fait que les 300 horodateurs de la ville sont équipés de modems fonctionnant sur la fréquence de 900 MHz. Or, la société Bouygues Telecom a déployé son réseau de radiocommunications, dans la région, sur la fréquence de 1800 MHz. Pour se voir attribuer le lot n° 3, il aurait fallu qu'elle implante des stations relais, investissement coûteux. Elle a donc saisi le juge des référés précontractuels en soutenant que le lot n° 3 comportait deux prestations distinctes : un service de téléphonie mobile classique, susceptible d'être assuré dans diverses gammes de fréquences, et un service distinct et autonome, relatif aux connexions entre horodateurs, sur la seule fréquence de 900 MHz. Le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nantes a fait droit à cette argumentation par l'ordonnance attaquée.

Nous en citons l'extrait pertinent : « La communauté urbaine Nantes Métropole, en se bornant à faire état des possibilités, au demeurant non démontrées, de gestion mutualisée des temps de communication entre flottes et des difficultés liées à l'organisation et à la coordination desdites prestations, ne justifie pas de la pertinence de son choix de faire figurer lesdites prestations dans un même lot au regard des exigences de l'article 10 du code des marchés publics. » Cette rédaction ne nous paraît pas satisfaisante. Le juge des référés semble avoir considéré que, par principe, l'invocation, par le pouvoir adjudicateur, d'une économie liée à la passation d'un marché unique serait sans portée utile. Peut-être a-t-il voulu dire, tout simplement, qu'en l'espèce la justification n'était pas suffisante, mais alors on comprend mal la portée de l'incise « au demeurant non démontrées », qui semble faire de cette absence de démonstration un élément surabondant dans le raisonnement. Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen tiré de l'erreur de droit et de faire droit au pourvoi.

Vous statuerez ensuite au titre de la procédure de référé engagée.

La première question est bien sûr de savoir si la fourniture de services de téléphonie mobile au profit des agents et

<sup>4</sup> « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », *AJDA* 2006.1754.

celle qui concerne des équipements de voirie peuvent être regardées comme des prestations distinctes, ce qui est affirmé par Bouygues Télécom. Nous observerons, d'une part, que, si ces prestations font appel à la même technologie, les contraintes sont différentes, on l'a vu, en matière de gammes de fréquence. D'autre part, la communauté urbaine est restée muette sur ce point devant le premier juge et, devant vous, si elle affirme qu'il s'agit de prestations homogènes, elle apporte peu d'éléments pour étayer son propos. En l'espèce, nous sommes donc enclin à vous proposer de franchir ce premier obstacle.

Le premier alinéa de l'article 10 précise, il est vrai, que le pouvoir adjudicateur « choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment 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 ». Mais ces dispositions ne peuvent pas conduire, nous semble-t-il, à juger que le pouvoir adjudicateur a satisfait aux prescriptions de l'article 10 dès lors qu'il a alloué le marché, peu important le nombre et les caractéristiques de chaque lot. Au cas contraire, le principe serait très aisément contourné et vidé de toute portée utile. Le pouvoir adjudicateur choisit librement le nombre de lots, mais sous réserve de ne pas faire figurer dans le même lot des prestations distinctes ; ou alors, si tel est le cas, il doit expliquer en quoi il estime la dérogation justifiée.

### Gain financier attendu trop faible

Nous vous avons dit que cette appréciation ne doit pas faire l'objet d'un contrôle trop strict. Toutefois, la communauté urbaine Nantes Métropole s'est bornée à faire état d'une possibilité de mutualisation, tirée de ce que les minutes non consommées des abonnements souscrits pour les horodateurs pourraient être transférées au profit des utilisateurs de téléphones portables, pour une économie estimée à 13 000 €. Mais elle n'a apporté aucun élément tangible à l'appui de cette affirmation, qui est d'ailleurs contredite par la société Bouygues Télécom. Par ailleurs, si elle a indiqué qu'en cas d'allotissement, les services techniques ne pourraient pas assurer eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination, il s'agissait, là encore, d'une pure pétition de principe. Reconnaître une marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur est une chose, prendre pour argent comptant ses déclarations en est une autre. En tout état de cause, l'économie revendiquée, à la supposer avérée, représenterait environ 1,6 % du montant du lot. Or, passer un marché unique, plutôt que d'allotir, va conduire très souvent le pouvoir adjudicateur à réaliser une petite économie d'échelle. Si vous considérez que toute économie d'échelle autorise à déroger au principe de l'allotissement, le marché unique redeviendrait la règle. De façon plus générale, lorsque l'article 10 évoque le risque que l'exécution des prestations soit financièrement coûteuse, il faut lire que ce coût doit être significatif. En l'es-

pèce, en estimant que l'allotissement risquait de rendre financièrement coûteuse l'exécution des prestations, au seul motif que le lot unique permettrait un gain de très modeste ampleur, et au demeurant hypothétique, la communauté urbaine a eu une appréciation manifestement erronée. Si vous répugnez à utiliser cette terminologie de l'erreur manifeste d'appréciation, qui renvoie au contentieux de l'excès de pouvoir, vous jugerez que le surcoût lié à l'allotissement ne pouvait être regardé comme significatif.

Nous vous invitons donc à annuler la procédure de passation du lot n° 3. Vous rejetterez les conclusions présentées par la communauté urbaine et tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Vous ferez droit, en revanche, aux conclusions présentées au même titre par la société Bouygues Télécom à hauteur de 5 000 €.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'ordonnance attaquée, à l'annulation de la procédure de passation du lot n° 3, à ce que soit mis à la charge de la communauté urbaine Nantes Métropole le versement à la société Bouygues Telecom d'une somme de 5 000 € au titre de l'article L. 761-1 et au rejet des conclusions présentées au même titre par la communauté urbaine. ■

## DÉCISION

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 20 août et 8 septembre 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État présentés pour la Communauté urbaine Nantes Métropole, [...] représentée par son président en exercice ; la Communauté urbaine Nantes Métropole demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'ordonnance du 1<sup>er</sup> août 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société

Bouygues Télécom annulé en tant qu'elle porte sur le lot n° 3, la procédure d'appel d'offres en vue de la fourniture de service de télécommunications pour le compte du groupement de commandes constitué par la Communauté urbaine Nantes Métropole, la ville de Nantes et le centre communal d'action sociale de la ville de Nantes ;

2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, de rejeter la demande de la société Bouygues Télécom ;

3°) de mettre en outre à la charge de la société Bouygues Télécom le versement de la somme

de 5 000 € en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

[...]

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics [...] et des conventions de délégation de service

*public./ Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'État dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local./ Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. » ;*

Considérant que la Communauté urbaine Nantes Métropole se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 1<sup>er</sup> août 2008 par laquelle le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nantes, saisi par la société Bouygues Télécom, et après avoir écarté l'ensemble des autres manquements invoqués par cette société, a annulé en tant qu'elle porte sur le lot n° 3 la procédure d'appel d'offres en vue de la fourniture de services de télécommunications pour le compte du groupement de commandes constitué par la Communauté urbaine Nantes Métropole, la ville de Nantes et le centre communal d'action sociale de la ville de Nantes, au motif de la méconnaissance des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. À cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment 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. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. [...] / 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, 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 [...] » ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal

administratif de Nantes que le lot n° 3 regroupait des prestations de téléphonie mobile « voix et données » et des prestations de transfert d'informations entre machines, notamment horodateurs et feux de signalisation ; qu'après avoir estimé que ces deux types de prestations étaient distincts au sens de l'article 10 précité, le juge des référés a jugé qu'en se bornant à faire état des possibilités de gestion mutualisée des temps de communication et des difficultés liées à l'organisation et à la coordination de ces prestations, la Communauté urbaine Nantes Métropole ne justifiait pas de la pertinence du regroupement opéré ; que, ce faisant, il a commis une erreur de droit, la réduction significative du coût des prestations constituant, selon l'article 10, un motif légal de dévolution en marché global ; que la Communauté urbaine Nantes Métropole est ainsi fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a retenu le manquement aux dispositions de l'article 10 du code des marchés publics pour ce lot n° 3 ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond dans les limites de la cassation énoncée ci-dessus ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que constituent des prestations distinctes, au sens de l'article 10 du code des marchés publics, et bien qu'elles fassent appel à la même technologie GSM, d'une part, la fourniture d'un service de téléphonie mobile « voix et données », fonctionnant sur les fréquences de 900 et 1 800 MHz et, d'autre part, la mise en œuvre de transferts d'informations entre machines, notamment horodateurs et feux de signalisation, fonctionnant dans la seule fréquence de 900 MHz ; que si la Communauté urbaine Nantes Métropole indique qu'elle rencontre des difficultés dans l'organisation et la coordination de ces deux ensembles de prestations, elle n'apporte aucun élément au soutien de cette affirmation ; que, si elle fait valoir que le regroupement en un seul lot lui permettrait de réaliser des économies significatives grâce au transfert des temps de communication non utilisés entre les deux ensembles de prestations, l'impact financier de ce regroupement ne saurait justifier une absence de dévolution en lots séparés, dès lors qu'il ne représente que moins de 2 % du budget alloué à ce lot ; que par suite, le regroupement de ces prestations dans un lot unique constitue un manquement aux dispositions de l'article 10 du code des marchés publics ; que la société Bouygues Télécom, qui a développé son réseau de téléphonie mobile dans la région nantaise dans la fréquence de 1 800 MHz justifie que ce regroupement, qui l'obligerait à consentir des investissements lourds dans la fréquence de 900 MHz pour

pouvoir présenter une offre pour le lot n° 3, est susceptible de la léser ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Bouygues Télécom est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux en tant qu'elle concerne son lot n° 3 et à ce qu'il soit enjoint à la Communauté urbaine Nantes Métropole, si elle entend conclure un marché ayant le même objet que ce lot n° 3, de reprendre la procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

#### **Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :**

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge la société Bouygues Télécom, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande de la Communauté urbaine Nantes Métropole au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu de mettre à la charge de cette dernière la somme de 5 000 € au bénéfice de la société Bouygues Télécom ;

#### **DÉCIDE :**

**Article 1<sup>er</sup> :** Les articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3 de l'ordonnance en date du 1<sup>er</sup> août 2008 du juge des référés du tribunal administratif de Nantes sont annulés.

**Article 2 :** La procédure engagée par le groupement constitué par la Communauté urbaine Nantes Métropole, la ville de Nantes et le centre communal d'action sociale de la ville de Nantes pour la fourniture de services de télécommunications est annulée en tant qu'elle porte sur son lot n° 3.

**Article 3 :** Il est enjoint à la Communauté urbaine Nantes Métropole, si elle entend poursuivre le projet de marché relatif au lot n° 3, de recommencer la procédure de passation y afférente.

**Article 4 :** La Communauté urbaine Nantes Métropole versera à la société Bouygues Télécom la somme de 5 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**Article 5 :** Les conclusions de la Communauté urbaine Nantes Métropole au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

[...] ■

## OBSERVATIONS

Cette intéressante décision est relative à l'interprétation de l'article 10 du code des marchés publics relatif à l'allotissement des prestations.

Sous l'empire du code des marchés publics de 2006, l'allotissement des prestations est devenu le principe. Le code préserve néanmoins la liberté des acheteurs publics, et ceci de deux façons : d'une part en précisant que lorsqu'il décide d'allotir, le pouvoir adjudicateur « choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment 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 » ; d'autre part en indiquant que le pouvoir adjudicateur peut déroger au principe de l'allotissement et passer un marché global « 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 Conseil d'État avait jugé, à l'occasion du recours contre le code des marchés publics de 2006, que les dispositions de l'article 10 ne créaient aucune discrimination au détriment des entreprises générales et ne méconnaissent ni le principe d'égalité ni la liberté de prestation de services instituée par l'article 49 du traité<sup>5</sup>. Il avait par ailleurs, comme l'indiquait Bertrand Dacosta dans ses conclusions, fait une seule application de ce nouveau texte dans une décision *Commune de Fort-de-France* du 20 mai 2009, dans laquelle il a jugé légale l'absence d'allotissement du marché compte tenu à la fois des difficultés techniques qui auraient pu résulter de sa dévolution en lots séparés, ainsi que des conséquences probables de cet allotissement sur le coût financier du marché<sup>6</sup>.

On ne peut que regretter que le Conseil d'État ait, dans sa première décision relative à un marché alloti mais où se trouvait contestée l'absence d'allotissement suffisant du marché, fait prévaloir une solution très rigoureuse. D'une part, en effet, alors que le marché avait été alloti et que l'article 10 du code souligne que le pouvoir adjudicateur détermine librement le nombre des lots, la décision censure le fait d'avoir regroupé dans un seul lot des prestations considérées comme revêtant un caractère distinct. D'autre part, la décision applique à la décomposition des prestations en différents lots, les critères fixés par l'article 10 pour justifier ou non le recours à un marché global. En d'autres termes, le caractère suffisant de la décomposition des prestations en lots distincts est apprécié à l'aune des critères fixés par l'article 10 pour justifier l'absence d'allotissement et la conclusion d'un marché global. Au cas d'espèce, cela a conduit le Conseil d'État statuant après cassation comme juge du référé précontractuel, à annuler la procédure de passation en cause au motif que l'impact financier du regroupement dans un même lot de deux prestations considérées comme distinctes (la fourniture d'un service de téléphonie mobile et la mise en œuvre de transferts d'informations entre machines), représentant moins de 2 % du budget alloué à ce lot, était ainsi trop faible. ■

Ch. M.

<sup>5</sup> CE 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP* : *BJCP* n° 54, novembre, 2007, p. 366, concl. N. Boulouis.

<sup>6</sup> *BJCP* n° 66, août 2009, p. 427.