

Envisager l'allotissement (*divide or explain*)

Une nouvelle obligation de l'acheteur public actif dans les secteurs classiques

En adoptant la directive européenne 2014/24 sur la passation des marchés publics, le législateur européen poursuivait notamment l'objectif de favoriser l'accès des PME aux commandes publiques. Il a dès lors entendu encourager les acheteurs à découper les marchés importants en lots pour adapter leur taille ou leur contenu à ces entreprises.

Cette règle a été introduite en droit belge lors de l'adoption de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. La présente contribution a pour objectif de (tenter de) cerner les contours de cette nouveauté.

JEAN-FRANÇOIS JAMINET

Avocat, The Legal Side

Depuis le 30 juin 2017, date de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs actifs dans les secteurs classiques ont l'obligation d'envisager la division en lots pour tous les marchés (qu'ils soient de travaux, de fournitures ou de services¹) dès qu'ils atteignent un montant de 144 000 €. Si le pouvoir adjudicateur décide de ne pas diviser le marché en lots, il doit en indiquer les raisons principales dans les documents de marché.

Mais avant d'aborder les obligations qui pèsent sur les pouvoirs adjudicateurs, la notion « d'allotissement » mérite d'être clarifiée. L'allotissement consiste à subdiviser un marché en lots susceptibles d'être attribués séparément, en principe en vue d'une exécution distincte (voir article 2, 52° de la loi du 17 juin 2016). Une telle subdivision implique que, potentiellement, des opérateurs économiques différents peuvent décrocher

DELPHINE BOREUX

Avocate, The Legal Side

un ou plusieurs lots, voire même qu'un seul opérateur économique décroche l'ensemble des lots.

Nous examinerons dans une contribution ultérieure les spécificités de la procédure de passation du marché si le pouvoir adjudicateur décide de l'allotir.

Dispositions législatives applicables

L'article 46, §1^{er}, de la Directive 2014/24² prévoit que :

« §1. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet.

Hormis pour les marchés dont la division a été rendue obligatoire en vertu du paragraphe 4 du présent article, les pouvoirs adjudicateurs indiquent les principaux motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas subdiviser le marché en lots; lesquels motifs figurent

dans les documents du marché ou le rapport individuel visé à l'article 84. [...]

§4. Les États membres peuvent mettre en œuvre le paragraphe 1, deuxième alinéa, en rendant obligatoire la passation des 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. Dans de telles circonstances, le paragraphe 2, premier alinéa, et, le cas échéant, le paragraphe 3 sont applicables ».

Dans ses considérants, la directive explicite cette disposition en précisant que les États membres ont le choix entre deux options :

- étendre la portée de l'obligation d'examiner l'opportunité de diviser les marchés en lots de taille plus réduite en exigeant des pouvoirs adjudicateurs qu'ils motivent leur décision de ne pas diviser le marché en lots ;
- rendre obligatoire une division en lots dans certaines conditions.

Cette disposition de la directive a été transposée en droit belge par l'article 58, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

¹ Une nuance doit être apportée concernant les services sociaux et services spécifiques repris à l'annexe III de la loi du 17.6.2016. Lorsque ces services sont passés par procédure négociée directe avec publication préalable, par procédure négociée sans publication préalable ou encore par une procédure sui generis avec publication préalable dont l'adjudicateur fixe les modalités, cette obligation n'est pas applicable.

² Dir. (UE) 2014/24 du P.E. et du Cons. du 26.2.2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la dir. 2004/18, J.O., L., 94, 28.3.2014.



« Le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché sous forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.

Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen révisable pour la publicité européenne, tel qu'applicable aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, §1^{er} ».

Le législateur belge a donc fait choix de la première option en ne rendant pas l'allotissement obligatoire, mais en imposant aux pouvoirs adjudicateurs d'envisager celui-ci, selon le principe *divide or explain*.

Il convient également de préciser que les entités adjudicatrices actives dans les secteurs spéciaux ne sont pas tenues par cette obligation, la division en lots restant une simple faculté.

Le principe: obligation d'envisager la division du marché en lots

Avant tout, il faut bien cerner la portée de l'obligation imposée.

D'abord, cette obligation ne concerne que les marchés publics dont le montant atteint ce qu'on appelle le « seuil européen révisable » (à ne pas confondre avec le seuil de publicité européenne). Ce seuil correspond au montant fixé pour les marchés de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux visés à l'annexe II, partie A de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Ce seuil est prévu à l'article 11 dudit arrêté royal et s'élève actuellement à 144 000 €. Il convient toutefois d'être

attentif au fait que, même s'il est fait référence à un seuil qui ne s'applique qu'à certains marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, tous les pouvoirs adjudicateurs, qu'ils soient fédéraux ou non, sont concernés par l'obligation en question.

Ensuite, l'obligation faite aux pouvoirs adjudicateurs est d'envisager l'allotissement. Cela ne signifie donc pas que tous les marchés de plus de 144 000 € doivent désormais être divisés en lots.

La décision d'allotir

Comment le pouvoir adjudicateur peut-il structurer son marché si, après avoir envisagé l'allotissement, le pouvoir adjudicateur décide de le scinder en plusieurs lots ?

Le législateur ne donne pas de précisions quant à la façon dont il faut diviser le marché: il n'existe pas de « part minimum » de marché qui doit être allotie. Le considérant n° 78 de la directive européenne 2014/24 nous indique uniquement que « la taille et l'objet des lots devraient être établis librement par le pouvoir adjudicateur ».

Cette division en lots peut se réaliser de plusieurs façons :

- sur base quantitative, en faisant mieux correspondre la taille des différentes parties du marché à la capacité des PME. Par exemple, dans un chantier de voirie, la pose du matériel de signalisation pourrait être scindée du chantier lui-même ;
- sur base qualitative, en fonction des différentes branches d'activités et spécialisations concernées. Par exemple, un marché de services portant sur la dispense de formations à destination de demandeurs d'emploi pourrait être scindé en différents lots en fonction des thèmes à aborder ;
- sur base de différentes phases successives, comme cela pourrait être le cas pour un marché de travaux où un premier lot de gros œuvre précéderait le lot portant sur les travaux de menuiserie intérieure ;

- sur base géographique comme par exemple, un marché de services portant sur la collecte de déchets ou le nettoyage des abords d'autoroutes, qui pourrait être alloti sur la base d'arrondissements ou de provinces.

En ce qui concerne le calcul du seuil de publicité, rappelons en outre qu'en cas de marché divisé en lots, l'estimation du marché se base sur le montant cumulé de ces lots.

Toutefois, comme c'était déjà le cas dans le cadre de la précédente réglementation³, l'arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit en son article 12 que, lorsqu'en additionnant les lots, le seuil européen est atteint, il est toutefois possible de diffuser uniquement une publicité belge pour certains lots dans le cas suivant :

- le montant individuel est inférieur à 1.000.000 € pour les travaux et 80.000 € pour les services et pour les fournitures homogènes et,
- le montant cumulé des lots ainsi soustraits n'excède pas vingt pour cent du montant de l'ensemble des lots.

La décision de ne pas allotir

Obligation de justifier la décision de ne pas allotir

Après avoir envisagé l'allotissement, le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché unique, mais il doit alors en justifier les raisons.

Aux termes du considérant n° 78 de la directive européenne 2014/24, si le pouvoir adjudicateur demeure « libre de prendre sa décision de façon autonome sur la base de tout motif qu'il juge pertinent, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire », encore faut-il que « lorsque le pouvoir adjudicateur décide qu'il ne serait pas indiqué de diviser le marché en lots, le rapport individuel ou les documents du marché [comporte] une mention des principaux motifs justifiant son choix ».

Cette obligation de justifier l'absence d'allotissement est reproduite dans l'article 58, §1^{er}, de la loi du 17 juin et,

³ Art. 33, A.R. 15.7.2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.



en tout état de cause, s'impose aux termes de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. En effet, cette dernière soumet toute autorité administrative à l'obligation de motiver formellement tout acte administratif, la motivation exigée consistant en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision.

Pour quelles raisons un pouvoir adjudicateur peut-il décider de ne pas scinder le marché en lots ?

Il est évident que l'allotissement a plus de sens dans certains marchés que dans d'autres.

Par exemple, un marché de fournitures de matériel de bureautique se prête facilement à un découpage en lots. Par contre, scinder un marché de travaux en lots est bien plus compliqué et, souvent, présente concrètement (surtout au stade de l'exécution, mais pas seulement) plus de difficultés que d'avantages...

Le législateur n'a cependant pas opéré de distinction à ce niveau.

D'un point de vue juridique, la difficulté à laquelle se heurtent les acheteurs publics réside dans la légalité des motifs qu'ils peuvent invoquer pour justifier leur décision de ne pas scinder le marché en lots.

S'agissant d'une obligation nouvelle en droit belge, aucune jurisprudence belge ne peut nous éclairer en vue de cerner les raisons qui peuvent justifier une telle décision.

Quelques exemples sont donnés par les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2016 (qui ne sont d'ailleurs que le copier-coller du considérant n° 78 de la directive européenne 2014/24). Ainsi, le pouvoir adjudicateur pourrait faire valoir :

- le risque de la restriction de la concurrence,
- le risque de rendre l'exécution du marché excessivement coûteuse,
- le risque de rendre l'exécution du marché difficile sur le plan technique,

- la nécessité de coordonner les adjudicataires des différents lots pourrait compromettre gravement la bonne exécution du marché.

Ces arguments sont énoncés en termes très généraux de sorte qu'il ne s'agit que de pistes de réflexion.

La motivation formelle consiste en l'indication de considérations de droit ou de fait qui servent de fondement à la décision. Elle doit être adéquate et ne peut consister en formules stéréotypées et creuses. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne peut se contenter de présomptions ou de considérations purement théoriques comme, par exemple, décréter qu'un marché divisé en lots serait plus onéreux, sans aucune autre explication.

Si nous ne disposons pas encore de jurisprudence à cet égard en Belgique, nous pouvons nous inspirer, notamment, de la jurisprudence française.

En effet, en France, l'obligation d'allotir (et non pas seulement d'envisager l'allotissement) existe à l'égard de certains pouvoirs adjudicateurs depuis 2006⁴. Suite à l'adoption de la directive

⁴ Ord. n° 2005-649 du 6.6.2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.



européenne 2014/24, le principe de l'allotissement y a été étendu à l'ensemble des acheteurs publics⁵.

L'allotissement est donc la règle et il est possible, par exception, de ne pas allotir dans un certain nombre d'hypothèses⁶ qui sont donc énumérées de manière limitative.

Il en résulte que, s'agissant de se prévaloir d'une exception qui doit être interprétée de façon restrictive, la jurisprudence française, sur laquelle l'on pourrait se baser, n'en sera que plus exigeante. Dès lors, les motifs invoqués par les pouvoirs adjudicateurs pour ne pas allotir et qui n'auraient pas été retoqués par le juge administratif ou le Conseil d'État français, devraient *a fortiori* être admis dans le système belge, moins contraignant.

Ainsi, a été considéré comme une motivation suffisante le fait d'invoquer des considérations budgétaires pour autant que l'économie soit significative⁷. A également été validé le fait d'invoquer que la gestion des kiosques et celle de l'activité des kiosquiers justifiait le recours à un seul opérateur économique, les conflits opposant le gestionnaire

des kiosques et les kiosquiers étant récurrents en raison de la divergence de leurs intérêts⁸.

Dans un marché portant sur le réaménagement d'un espace urbain, ont également été considérées comme justifiées des raisons liées à des difficultés techniques qu'aurait engendré le découpage en plusieurs lots sur un espace urbain restreint dans un délai limité⁹.

N'a par contre pas été admise la justification selon laquelle des opérations de désamiantage étaient censées se dérouler en site occupé en un temps limité, ce qui nécessitait une efficacité empêchant le recours à plusieurs entreprises. La Cour a considéré que les travaux de désamiantage ne concernaient que 5 % du marché et que la contrainte d'intervention en milieu occupé était habituelle¹⁰.

Quel est le risque de recours ?

Cette question est extrêmement complexe et devra nécessairement être examinée avec attention au regard de chaque cas particulier.

Le considérant n° 78 de la directive européenne 2014/24 stipule que :

« Le pouvoir adjudicateur (...) [demeure] libre de prendre sa décision de façon autonome sur la base de tout motif qu'il juge pertinent, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire ».

Pour autant, le pouvoir adjudicateur décidant d'allotir / de ne pas allotir est-il réellement à l'abri de tout recours, notamment devant le Conseil d'État ? De manière générale, toute décision produisant, par elle-même, des effets de droit tels qu'ils font grief au requérant, est susceptible d'être attaquée.

En matière de marché public, il est admis que les décisions successives adoptées dans le cadre de cette opération complexe qu'est l'attribution d'un marché (décision de recourir à un marché, de choisir telle ou telle procédure de passation, d'arrêter le cahier spécial des charges...) peuvent être critiquées au moment où la décision d'attribution d'un marché public est attaquée. Si un acte interlocutoire (une décision préparatoire) fait immédiatement grief, elle peut même être attaquée sans attendre la décision finale.

⁵ Ord. n° 2015-899 du 23.7.2015 relative aux marchés publics (art. 32) ; décr. n° 2016-360 du 25.3.2016 relatif aux marchés publics.

⁶ Il s'agit, outre les marchés publics de défense ou de sécurité, (i) des marchés dits « globaux », (ii) des marchés dont l'objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes, (iii) des marchés dont le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination et (iv) des marchés dont 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.

⁷ C.E., 7^e et 2^e sous-sections réunies, 27.10.2011, référence n° 350935, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000024736732> : le marché portait sur la fourniture et la pose de signalisation sur les routes départementales des Bouches-du-Rhône. Le département des Bouches-du-Rhône motivait son choix de passer par un marché global au vu des prix peu compétitifs obtenus en 2006 pour le même marché divisé en quatre lots géographiques. Ce pouvoir adjudicateur justifiait également son choix par la volonté de limiter les ententes entre candidats et de favoriser les économies d'échelle. Le Conseil d'Etat a considéré « qu'il résulte de l'instruction que le département a, ce faisant, obtenu une baisse de prix de 66 % par rapport aux offres sélectionnées en 2006, sans qu'une telle baisse des prix puisse être entièrement imputée au renforcement structurel de la concurrence dans le secteur de la signalisation verticale à la suite de la dissolution de l'entente grevant ce secteur ».

⁸ C.E., 26.6.2015, n° 389682, Ville de Paris, <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Jurisprudence/CE-389682.htm>.

⁹ Trib. administratif de Nice, 1.2.2008, n° 0800239, Société SGCAA : « Considérant qu'il n'est pas contesté que les travaux en cause doivent s'effectuer dans une zone urbaine sensible, se traduisant notamment par l'exiguïté des rues, qui comprend de nombreux commerçants et riverains ; que d'ailleurs, pour limiter la gêne occasionnée à ceux-ci lors des travaux, le pouvoir adjudicateur a décidé d'imposer aux candidats à l'attribution du marché, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier, des délais plafonds de réalisation des aménagements projetés ; qu'ainsi, la dévolution en trois lots tels qu'identifiés par la société SGCAA, à savoir la voirie, les réseaux d'eau et le mobilier urbain, risque de rendre techniquement difficile l'exécution, dans un délai bref et limité, des prestations de réfection de la voirie ; qu'en outre, un marché global permet des économies d'échelles ; que, par ailleurs, les services de la commune de Bandol auraient, dans l'hypothèse de l'allotissement, été obligés d'assurer le suivi, la coordination et le contrôle de plusieurs prestataires en différents lieux correspondant aux différentes rues dont le réaménagement fait l'objet du marché ; que, dès lors, l'absence d'allotissement est justifiée, à supposer même que des prestations distinctes puissent être identifiées, par des raisons techniques, financières et d'organisation dont le pouvoir adjudicateur justifie à l'instance ».

¹⁰ CAA Marseille, 24.2.2014, Côte d'Azur Habitat, req. n° 12MA00586, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000028754823> : « Il ne résulte pas de l'instruction que la contrainte d'intervention en milieu occupé, courante en matière de réhabilitation de bâtiments d'habitation, aurait été incompatible avec l'allotissement des travaux ; que les travaux de désamiantage ne représentent que 5 % du montant du marché et concernent moins de la moitié des appartements et portent sur trois types d'éléments : la colle des façades et des carrelages, les dalles de sol en PVC et des panneaux sur les séchoirs ; que si Côte d'Azur Habitat soutient que le recours à une seule entreprise permet de coordonner les opérations de désamiantage et de réhabilitation de manière efficace en minimisant le temps de travaux au sein de chaque appartement, il ne résulte pas de l'instruction qu'une dévolution en lots séparés aurait nécessité une coordination entre prestataires telle qu'elle aurait rendu techniquement difficile l'exécution du marché ; qu'au demeurant, l'allotissement n'a pas pour effet d'empêcher une entreprise générale de soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ni d'interdire l'attribution de plusieurs lots à un même titulaire ; que Côte d'Azur Habitat ne démontre pas que les retards constatés lors de l'exécution de marchés de réhabilitation auraient pour origine l'application du principe de l'allotissement et résultent de l'accomplissement de travaux de désamiantage ; que si ces travaux de désamiantage sont de nature à entraîner des désagréments pour les locataires, dont celui notamment de devoir quitter temporairement leur logement, Côte d'Azur Habitat ne justifie pas que ces désagréments et que les contraintes d'hygiène et de sécurité qu'impliquent lesdits travaux sont tels que la dévolution en lots séparés, à laquelle il doit en principe être recouru en vertu des termes mêmes de l'article 10 précité du code des marchés publics, aurait, en l'espèce, rendu techniquement difficile l'exécution du marché ; que Côte d'Azur Habitat n'établit pas davantage que le recours à l'allotissement a pour effet d'alourdir considérablement le coût de l'opération notamment parce qu'il a pour effet d'alourdir la mission d'organisation, de pilotage et de coordination qui est externalisée ».

Il nous semble que la décision de ne pas allotir est de nature à porter grief à une entreprise susceptible de répondre à un lot, mais pas au marché global. Néanmoins, par définition, cette entreprise risque de ne pas avoir répondu à l'avis de marché.

Cela empêche-t-il cette entreprise d'introduire un recours ?

Le Conseil d'État a déjà jugé que :

« *En principe, une partie requérante qui n'a pas elle-même participé à la procédure de passation n'a dès lors aucun intérêt au recours contre une décision prise en vue de passer ce marché, sauf, entre autres, lorsque le mode de passation utilisé a empêché la partie requérante de déposer une offre, lorsqu'un vice dans la publicité est allégué ou lorsque la partie requérante a intenté un recours contre les décisions de sélection ou de cahier des charges qui l'empêchent de participer au marché.* »

En théorie, un opérateur économique pourrait donc invoquer l'irrégularité de la procédure, au motif que le fait que le marché ne soit pas découpé en lots l'a empêché de déposer une offre.

Dans le même sens, un opérateur économique qui n'a pas été choisi au terme de la procédure de passation pourrait songer à remettre en cause la procédure en raison du fait que le marché aurait dû faire l'objet d'un allotissement, s'il parvient à démontrer qu'il a été lésé par une irrégularité figurant dans la procédure.

Cela ne nécessite pas seulement la démonstration que la décision de ne pas allotir était irrégulière, mais également celle d'un intérêt réel. Si cette décision n'affecte la situation du soumissionnaire que de façon indirecte ou hypothétique, celui-ci n'aura pas intérêt au recours. De même, si cette décision n'a pas influencé le sens de la décision prise et, particulièrement, ne l'a pas privé de la possibilité d'obtenir le marché, le soumissionnaire n'aura sans doute pas d'intérêt à soulever ce moyen.

Même si l'obligation imposée au pouvoir adjudicateur est uniquement d'envisager

la division en lots, il n'empêche que celui-ci doit se positionner sur le sujet et est donc tenu de motiver sa décision à cet égard.

Le Conseil d'État ne peut se substituer au pouvoir adjudicateur mais il va vérifier que celui-ci n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Sera seule susceptible d'être censurée l'erreur qui a conduit à un choix manifestement déraisonnable, manifestement erroné, hors de toute proportion par rapport aux faits. Le Conseil d'État sur ce point n'exerce qu'un contrôle marginal.

Le Conseil d'État pourra en premier lieu se pencher sur la décision qui a été prise de ne pas scinder le marché en lots mais rien n'interdit de penser qu'il pourrait également examiner la façon dont les lots ont été découpés.

À cet égard, dans un arrêt récent, le Conseil d'État français a rappelé que, s'agissant d'un marché dont l'allotissement avait été décidé, le juge peut être amené à vérifier si les lots ont été correctement définis et que, dans ce cadre, il doit se contenter de rechercher si la définition du nombre et de la consistance des lots sont entachées d'une erreur manifeste d'appréciation. Dans le cas d'espèce, le pouvoir adjudicateur avait décidé de répartir le marché en neuf lots selon un découpage géographique alors même qu'il était susceptible d'être alloti fonctionnellement, par corps d'état. Or, il se fait que le marché précédent ayant le même objet était subdivisé en lots techniques. Le premier juge administratif avait considéré que le pouvoir adjudicateur avait commis une erreur manifeste d'appréciation en répartissant le marché en 9 lots selon les zones d'exécution du marché et qu'aucun motif technique ou économique ne justifiait une absence d'allotissement fonctionnel. Saisi d'un recours du pouvoir adjudicateur, le Conseil d'État français a estimé que le juge des référés avait commis une erreur de droit en appliquant un contrôle normal, réservé aux décisions de ne pas allotir, alors qu'il aurait dû appliquer un contrôle restreint pour vérifier si l'allotissement a été correctement réalisé¹¹.

En conclusion, il est opportun que le pouvoir adjudicateur veille à objectiver la façon dont il découpe les lots, que ce soit en termes quantitatifs que qualitatifs.

La sous-traitance imposée: une solution ?

Une des principales difficultés causées par l'allotissement est qu'elle impose au pouvoir adjudicateur une coordination des lots inexistante dans un marché unique (où la coordination des exécutants des différents postes est réalisée par l'adjudicataire).

Le mécanisme de la sous-traitance imposée ne pourrait-elle pas pallier cette difficulté ?

Pour rappel, en matière de marché public de travaux, la sous-traitance imposée est régulièrement utilisée par les pouvoirs adjudicateurs dans le but de choisir eux-mêmes les intervenants du chantier, mais tout en gardant un interlocuteur unique, et de diminuer la marge de l'entrepreneur général sur l'intervention de ses sous-traitants.

En bref, dans l'acceptation classique de la sous-traitance imposée, un pouvoir adjudicateur divisera un marché public en plusieurs lots, confiera à l'adjudicataire du lot « gros-œuvre » la coordination et le pilotage des autres lots (cet adjudicataire sera appelé « l'entreprise-pilote ») et lui imposera d'accepter comme sous-traitants les entreprises que le pouvoir adjudicateur désignera lui-même pour les autres lots. Financièrement, l'entreprise-pilote sera souvent rémunérée de sa mission de coordination et de pilotage par un mécanisme de « cost + fee ».

Ce mécanisme entraîne néanmoins certaines difficultés, qui doivent être concrètement analysées, au cas par cas, avant de conclure qu'il règle les obstacles empêchant l'allotissement et justifiant donc la globalisation du marché en question.

Un des problèmes majeurs posés par la sous-traitance imposée est celui de la responsabilité de l'entrepreneur général à l'égard du pouvoir adjudicateur.

¹¹ C.E., 25.5.2018, n° 418428, Mercier / Haute Seine Habitat, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000036945775&fastReqId=713596793&fastPos=1>, et commentaire de S. Assayag, « Allotissement géographique d'un marché public : l'acheteur conserve une véritable marge de manœuvre » (<https://lexcity.fr/2018/06/06/allotissement-geographique-dun-marche-public-lacheteur-conserve-une-veritable-marge-de-manoevre/>).



Conclusion

Il est un fait que l'obligation imposée par l'article 58 de la loi du 17 juin 2016 ne va pas faciliter la vie des acheteurs publics...

Sans aucun recul ni jurisprudence, il est compliqué de cerner avec précision la portée de l'obligation imposée, et surtout de l'obligation de motivation qui en découle.

En outre, cela reste ardu pour un pouvoir adjudicateur d'exposer les raisons qui justifient sa décision de ne pas diviser le marché en lots alors que par hypothèse, cette décision doit être prise en amont de la publication du marché et, a fortiori, de la réception des offres. Comment, par exemple, mettre en avant un argument budgétaire sans autre référence que les estimations réalisées, qui, le cas échéant, pourront s'avérer beaucoup trop élevées une fois les offres reçues ?

En théorie, le pouvoir adjudicateur sera toujours exposé à une remise en cause de sa décision de ne pas allotir un marché. Et même lorsque le pouvoir adjudicateur décide de diviser son marché en lots, ne devrait-il pas également craindre que la façon dont il a découpé son marché en lot soit également remise en question ?

Le fait qu'une piste de solution, à savoir la sous-traitance imposée, existe (même si elle pose elle-même quelques difficultés), ne sera pas de nature à faciliter la motivation de la décision du pouvoir adjudicateur, s'il ne souhaite pas allotir le marché.

Néanmoins, concrètement, dès lors que le pouvoir adjudicateur aura veillé à envisager l'allotissement, à motiver son choix sur la base de considérations raisonnables et objectives, le risque réel devant le Conseil d'État apparaît relativement limité. En effet, d'une part le Conseil d'État, contrairement à la jurisprudence française (basée sur une logique inverse, l'allotissement étant en principe obligatoire), ne devrait pas opérer un contrôle autre que marginal. D'autre part, s'il a participé à la procédure, le soumissionnaire évincé devrait démontrer qu'il a intérêt à soulever cet argument, ce qui ne va pas de soi.

En principe, l'entrepreneur principal répond des fautes du sous-traitant (autrement nommé « agent d'exécution ») qu'il choisit, précisément parce qu'il a la liberté de choisir de ne pas sous-traiter et d'exécuter lui-même les travaux et parce qu'il a la liberté, s'il choisit de sous-traiter, de désigner lui-même son sous-traitant.

L'imposition d'un sous-traitant par le pouvoir adjudicateur change fondamentalement la donne : si l'entrepreneur principal n'a pas le choix, il n'a pas à donner la contrepartie qu'est la responsabilité de l'exécution par le tiers. Ce dernier n'est, en réalité, pas son agent d'exécution.

C'est ce raisonnement qu'une partie de la doctrine et quelques décisions judiciaires ont admis, parfois de manière très extrême. Ainsi, pour une partie de la doctrine, le simple fait d'imposer un sous-traitant supprime toute responsabilité de l'entrepreneur principal quant au choix (évidemment) mais également quant aux actes du sous-traitant imposé. Les décisions judiciaires ayant exonéré l'entrepreneur principal de sa responsabilité et la majeure partie de la doctrine ne vont toutefois pas aussi loin.

La doctrine majoritaire estime qu'en tout état de cause,

- les devoirs d'information et de mise en garde pesant sur l'entrepreneur principal (vis-à-vis du pouvoir adjudicateur) restent intacts, de même les obligations qu'a tout entrepreneur à

l'égard de ses sous-traitants, c'est-à-dire, entre autres, assurer la coordination du chantier ;

- l'entrepreneur principal ne peut s'exonérer de sa responsabilité à l'égard du pouvoir adjudicateur que s'il existe un lien de causalité entre le choix du sous-traitant et le vice reproché.

Notons que cette problématique a trouvé une traduction légale dans l'arrêt royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. Ainsi, conformément à l'article 12, § 2, le pouvoir adjudicateur qui impose à l'adjudicataire le recours à certains sous-traitants est uniquement responsable de la capacité financière et économique ainsi que de la capacité technique et professionnelle de ceux-ci.

Quoi qu'il en soit, la doctrine admet unanimement qu'une clause contractuelle (donc une clause d'un cahier spécial des charges) peut explicitement mettre à charge de l'entrepreneur principal la responsabilité du sous-traitant imposé. En souscrivant à cette clause, l'entrepreneur général accepte formellement d'assumer cette responsabilité.

Une telle clause est parfaitement licite, sauf dol de la part du pouvoir adjudicateur (par exemple, si le pouvoir adjudicateur informe l'entrepreneur principal de manière trompeuse ou incomplète à propos du sous-traitant).