



Contrats publics

Limiter le nombre de lots auxquels un même opérateur peut prétendre: oui, mais...

Le pouvoir adjudicateur doit veiller à ne pas porter une atteinte excessive à la liberté d'accès à la commande publique.

Par Romain Lauret, avocat associé, Selar| Symchowicz & Weissberg et associés

Dans une série de décisions rendues le 10 mai dernier, la cour administrative d'appel (CAA) de Marseille juge qu'une autorité concédante peut, sous réserve de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, décider de limiter le nombre de lots à l'attribution desquels un même opérateur peut soumissionner, ainsi que le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même opérateur (CAA Marseille, 10 mai 2022, n^{os} 21MA03737 à 21MA03747).

Des décisions rendues au sujet d'une concession

Dans cette affaire, une commune, chargée par l'Etat de l'exploitation d'une plage, a lancé une consultation en vue de la conclusion de sous-concessions d'exploitation décomposée en 30 lots. Afin « d'assurer une réelle diversité » des exploitants, elle a décidé qu'un même opérateur ne pourrait pas présenter une offre sur plus de deux lots et ne pourrait pas être désigné

attributaire de plus d'un lot. Etaient donc instituées une barrière à l'entrée et une barrière à la sortie.

Double barrière. Un opérateur ayant subi les effets de cette double barrière saisit le juge administratif en vue d'obtenir l'annulation des sous-concessions conclues. L'affaire arrive devant la CAA de Marseille, qui juge que « l'autorité concédante peut restreindre la liberté d'accès des candidats à l'attribution de concessions en limitant le nombre de lots auxquels un candidat peut soumissionner, à la condition que cette restriction respecte les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures et qu'elle soit justifiée par un motif légitime et proportionnée à l'objectif poursuivi ».

La cour ajoute que « le pouvoir adjudicateur qui recourt à l'allotissement peut décider, afin de mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité suffisante de cocontractants potentiels ou de favoriser l'émergence d'une plus

grande concurrence, de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat » – aval de la procédure.

Mais dans les faits, la CAA considère que le dispositif mis en place par la commune est illégal : « Dès lors qu'en l'espèce, chaque candidat ne pouvait se voir attribuer qu'un seul lot, la limitation, en outre, à deux du nombre de candidatures ne permettait pas à la commune d'assurer la satisfaction de ses besoins, en lui interdisant de s'adresser à une pluralité suffisante de cocontractants potentiels, cette limitation du nombre de candidatures limitant, en outre, la concurrence pour chaque lot. »

Des enseignements communs aux différents contrats de la commande publique

Plusieurs enseignements de portée générale peuvent être tirés de cette décision.

Limitation en principe autorisée. Lorsqu'une autorité concédante décide de passer une concession en lots séparés, ce qui, à la différence des marchés publics, n'est pas une obligation (CE, 21 septembre 2016, n° 399656, mentionné dans les tables du recueil Lebon), elle peut, dans le silence des textes, mettre en place un dispositif limitant le nombre de lots pour lesquels un même opérateur peut soumissionner ou le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même opérateur. On retrouve là ce qui avait déjà été jugé au sujet des marchés publics avant l'entrée en vigueur des textes de transposition de la directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014 (CE, 20 février 2013, « Société Laboratoire Biomnis », n° 363656, mentionné dans les Tables).

Double contrôle. Dès lors que ce dispositif est susceptible de porter atteinte à la liberté des opérateurs économiques, sa mise en œuvre est encadrée. Elle doit, selon la cour de Marseille, d'une part, être justifiée par un « motif légitime » et, d'autre part, être « proportionnée à l'objectif poursuivi ». Il faut ici noter que, en mettant au même niveau ces conditions et en ne distinguant pas l'intensité du contrôle selon qu'il porte sur le principe de la limitation ou sur les conditions de sa mise en œuvre,

la CAA nous semble aller plus loin que le Conseil d'Etat qui juge que ce deuxième contrôle doit être limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation (arrêt « Biomnis » précité ; concl. Bertrand Dacosta). C'est donc, à s'en tenir à cette décision, une moindre liberté qui est laissée à l'acheteur/l'autorité concédante.

Motifs légitimes. Seuls des « motifs légitimes » permettent de porter atteinte à la liberté d'accès à la commande publique en limitant, à l'entrée et/ou à la sortie, le nombre de lots qu'un même opérateur peut remporter. Si cette notion générique semble, en première lecture, ouvrir la porte à des justifications différentes de celles déjà admises par le Conseil d'Etat (arrêt « Biomnis » précité), l'application qui en est faite par la CAA de Marseille semble refermer aussitôt cette porte. En l'état du droit, seuls les objectifs de « mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité suffisante de cocontractants potentiels » et de « favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence » semblent pouvoir être mis en avant.

Rendue au sujet d'une concession, cette décision ne permet pas de trancher le débat relatif à la nécessité pour l'acheteur, en matière de marchés publics, de motiver ou de pouvoir justifier a posteriori le recours à un dispositif de limitation du nombre de lots auxquels un même opérateur peut prétendre. Ces conditions avaient initialement été posées par la jurisprudence dans le silence des textes et ne sont pas reprises dans le Code de la commande publique (CCP). Pour autant, compte tenu de l'atteinte portée par ce dispositif au principe de liberté d'accès à la commande publique, il est fort probable que le juge continuera de contrôler qu'il existe de bonnes raisons de limiter le libre jeu de la concurrence.

Cumul des barrières. La possibilité du cumul d'une barrière à l'entrée et d'une barrière à la sortie semble, sur le principe, confirmée. Certes, dans la présente affaire, le règlement de consultation est jugé illégal. Mais cette illégalité ne nous semble pas résulter, en soi, du cumul. C'est parce que la commune a ici limité à deux le nombre de lots auxquels un même opérateur peut soumissionner et à un le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même opérateur économique que le dispositif est censuré. Il l'est en tant qu'il ne permettait pas à la commune d'assurer la satisfaction de ses besoins et ne permettait pas le jeu d'une concurrence suffisante ; et en tant qu'il portait une atteinte excessive à la liberté d'accès à la commande publique.

En matière de marchés publics, la possibilité de cumuler les deux barrières nous paraît acquise. D'abord, rien ne l'interdit, pour peu que les principes fondamentaux de la commande publique soient respectés. Ensuite, si l'article L. 2113-10 du CCP pourrait être interprété comme interdisant ce cumul (l'acheteur peut « limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique »), l'article R. 2113-1 du même code laisse clairement entendre que les deux peuvent être cumulés. Enfin, confronté à un règlement de consultation limitant à cinq le nombre de lots auxquels soumissionner et à trois le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même opérateur, le Conseil d'Etat n'a formulé aucune réserve (CE, 11 juillet 2018, n° 418021, mentionné dans les Tables ; concl. Olivier Henrard). ●

Ce qu'il faut retenir

► La CAA de Marseille a jugé qu'une autorité concédante peut décider de limiter le nombre de lots à l'attribution desquels un même opérateur peut soumissionner, ainsi que le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même opérateur.

► Cette liberté est toutefois encadrée par le nécessaire respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

► En outre, un tel dispositif doit être justifié par un motif légitime et proportionné à l'objectif poursuivi.

► Certains enseignements de cette décision sont transposables en matière de marchés publics.

Le juge continuera de contrôler qu'il existe de bonnes raisons de limiter le libre jeu de la concurrence.