



La réforme du droit des marchés publics : La variante dans sous ses états

La variante est un instrument juridique permettant le développement d'offres innovantes, utiles à la dynamique économique. La variante n'est utile, cela va de soi, que dans un appel d'offres ou une procédure d'achat dans laquelle la négociation est impossible. Instrument juridique, la variante n'est pourtant qu'imparfaitement définie par les textes. Nous allons nous pencher, suite à la réforme d'avril 2016, sur ce que dit le droit européen et français de la variante et comment la DAJ a dernièrement ressuscité la PSE au moyen d'une interprétation stricte du périmètre de la variante. Enfin, nous en présenterons synthétiquement les conséquences sur l'analyse des offres.

I. La nouvelle définition de la variante au regard du droit européen

La directive européenne du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE a profondément modifié la définition d'une variante.

En droit français, conformément à l'ancienne directive 2004/18, la variante était définie par l'émetteur de la proposition divergente de l'offre de base. Si celle-ci émane d'un candidat, c'est une variante. Une proposition différente de l'offre de base émanant du pouvoir adjudicateur et non du candidat n'était pas appréhendée par la directive 2004/18, ni par le Code des marchés publics. C'est la pratique professionnelle, suivie en cela par la jurisprudence qui l'a consacré, ce qui à l'époque, a été appelé « option ». Problème, les formulaires de publicité européens évoquaient les options dans une de leurs rubriques, comme étant des prestations supplémentaires susceptibles d'être commandées en cours d'exécution du marché. Aussi, l'option a été renommée PSE (c'est-à-dire prestation supplémentaire éventuelle) par la Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, lors de la modification en date du 29 décembre 2009 du guide des bonnes pratiques (circulaire d'application du code).

Or, la nouvelle directive des marchés publics stipule en son article 45 alinéa I que « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes ou exiger une telle présentation. » Cette nouvelle définition, assez vague au demeurant, puisque n'est pas précisé exactement ce qu'est une variante, a pour conséquence de supprimer une définition de la variante liée à l'émetteur de la proposition différente de l'offre de base.

Cette définition est reprise à l'identique par l'article 58 du décret n° 2016-360 consacré à la variante. Son alinéa III indique ainsi « Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes [...] ».

Il en a été conclu que la nouvelle variante recouvrait tant l'ancienne variante que l'ancienne notion d'option, c'est-à-dire de PSE.

II. L'interprétation restrictive de la variante par la DAJ et retour de la PSE

Cependant, la Direction des Affaires juridiques de Bercy a publié en date du 9 décembre 2016 une fiche détaillée sur l'examen des offres qui adopte une interprétation précise de la notion de variante, qui bouscule cette vision des choses. Pour Bercy, la variante peut certes désormais émaner du pouvoir adjudicateur ou du candidat, mais celle-ci est surtout une solution alternative à l'offre de base. Elle s'appuie, en cela, sur une

jurisprudence du Conseil d'État (CE, 5 janv. 2011, n° 343206 et 343214, *Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*), définissant la variante comme « des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation ».

Aussi, une variante imposée par le pouvoir adjudicateur ne peut correspondre alors qu'à une solution alternative à l'offre de base et ne peut recouvrir la notion de prestations complémentaires à l'offre de base. C'est pourquoi, la DAJ considère que même si les PSE ne sont pas évoquées par le décret relatif aux marchés publics, il est toujours possible pour le pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat.

À noter que la notion d'option au sens du droit communautaire a fait son entrée en droit positif français puisque celle-ci est définie par l'article 139 du décret relatif aux marchés publics. Comme le précise la DAJ dans sa même fiche technique, celle-ci constitue « des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence, aux prestations commandées de manière ferme dans le cadre du marché public et qui doivent être prévues dans le contrat initial ».

III. Les conséquences sur l'examen des offres

L'apport de cette fiche de la DAJ va au-delà de la définition des notions de variantes, PSE ou options, puisque les conséquences pour l'analyse des offres y sont exposées.

Ainsi, la DAJ rappelle que les offres de base et les variantes, qu'elles soient imposées ou autorisées, sont jugées en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités, définis dans les documents de la consultation. C'est l'offre qui est identifiée comme économiquement la plus avantageuse qui est retenue, qu'elle corresponde à une offre de base ou à une variante. Cela semble plaider pour un classement commun offres de base et variantes, ce qui est induit par l'alinéa V de l'article 62 du décret relatif aux marchés publics : « L'acheteur s'assure que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base. »

L'on peut aussi procéder à deux classements distincts avec offres de base d'un côté et variantes de l'autre, mais ensuite il faut comparer entre elles les premières offres de ces deux classements (l'acheteur doit alors retenir l'offre la mieux disante, c'est à dire la mieux notée entre la meilleure offre de base et la meilleure variante). Ce qui revient à la même chose qu'un classement commun mais en plus compliqué.

Pour les PSE, la DAJ considère que la méthode d'analyse dépend du fait de savoir si la réponse aux PSE était facultative ou obligatoire.

Si elle est obligatoire, l'acheteur doit alors classer les offres, en tenant compte de l'offre « de base » et des prestations supplémentaires réunies. L'acheteur proposera un classement offre de base, seules et « offres de base plus PSE » avec autant de classement que de PSE possibles. Cela impose au service acheteur de procéder à autant de classement des offres qu'il y a de combinaisons possibles. Le choix de retenir tel ou tel PSE appartient souverainement à l'acheteur mais ce choix l'oblige à retenir le lauréat du classement correspondant à la PSE retenue ou au nombre de PSE retenues.

En revanche, si la PSE est facultative, alors, l'acheteur analyse en une seule fois l'ensemble des offres, sans tenir compte des PSE. Il peut décider de retenir les PSE que si elles sont associées à l'offre retenue après examen des offres. Ce choix est effectué au moment de l'attribution.

Sources :

- CE, 5 janvier 2011, n° 343206 et 343214, *Société technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*
- « L'examen des offres » – Fiche de la Direction des Affaires juridiques du Minefi du 9 décembre 2016

- Décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics, art. 58 et 139

Publié le 2 mars 2017 (Lettre Légibase Marchés publics n° 172)