

Appel d'offres - Utiliser les variantes dans les marchés publics - Pratique par Thomas VASEUX

Document: Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2020, 8

Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2020, 8

Utiliser les variantes dans les marchés publics

Pratique par **Thomas VASEUX** avocat au barreau de ParisDe Gaulle, Fleurance & Associés

[Accès au sommaire](#)

Sous la direction de Stéphane BRACONNIER professeur à l'université Paris II (Panthéon Assas) directeur du JurisClasseur Contrats et Marchés Publics

1. CONTEXTE

Les intérêts du recours aux variantes sont bien connus. La variante constitue en effet une modification « de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation » (*CE, 5 janv. 2011, n° 343206, Sté Technologies Alpine Sécurité : JurisData n° 2011-000049 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 39, note P. Devillers*) et leur utilisation permet aux acheteurs de bénéficier de propositions techniques et/ou financières optimisées et donc d'une meilleure satisfaction du besoin. Le recours aux variantes est d'ailleurs encouragé par les évolutions réglementaires de ces dernières années (notamment la possibilité de présenter une variante sans offre de base ou encore la faculté offerte aux acheteurs d'imposer la présentation d'une variante par les candidats). L'utilisation des variantes est d'autant plus intéressante en ce qu'elle introduit de la souplesse dans des procédures rigides telles les procédures d'appel d'offres dans lesquelles la négociation est impossible.

Pour autant, les variantes constituent un sujet de crispation régulier pour les acheteurs et les opérateurs économiques. Cette crispation s'explique notamment par la difficulté perçue par les acheteurs de l'analyse d'offres innovantes dont le caractère n'a pas toujours été anticipé, ainsi que par les contraintes liées à l'utilisation des variantes et au risque de litige qu'elles peuvent induire. À cet égard, s'il est vrai que le régime d'utilisation des variantes n'est pas aisé à appréhender et présente certaines contraintes, l'état du droit laisse une marge de manœuvre substantielle aux acheteurs et aux opérateurs économiques en la matière.

2. COMMENTAIRES

A. - Autorisation ou interdiction des variantes

L'article R. 2151-8 du Code de la commande publique liste les hypothèses dans lesquelles les variantes sont autorisées ou interdites.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, il convient de distinguer selon la nature de l'acheteur. Lorsque ce dernier est qualifié de pouvoir adjudicateur, les variantes sont réputées interdites sauf avis contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Ainsi, s'il entend autoriser la présentation de variante dans ce type de procédures, l'acheteur devra l'indiquer explicitement.

À l'inverse, les variantes sont réputées autorisées, sauf mention contraire dans de tels documents, lorsque l'acheteur est qualifié d'entité adjudicatrice. Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les variantes sont également réputées autorisées, sauf mention contraire dans les documents de la consultation. En tout état de cause, les variantes peuvent être rendues obligatoires par l'acheteur (CCP, art. R. 2151-9).

La difficulté réside dans les conséquences du dépôt par un candidat d'une variante non autorisée par les documents de la consultation. L'offre de base éventuellement déposée en accompagnement peut-elle tout de même être examinée par l'acheteur ? La cour administrative d'appel de Versailles a répondu par la négative en relevant que, dans cette hypothèse, l'offre du candidat concerné « devait être éliminée dans son ensemble comme irrégulière » (CAA Versailles, 22 oct. 2015, n° 14VE00258 : *JurisData* n° 2015-024471). De même, dans un arrêt certes antérieur au décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 permettant la présentation d'une offre variante sans offre de base, le Conseil d'État avait considéré que l'offre de base ne pouvait être regardée comme régulière lorsque le candidat avait présenté deux variantes au lieu de la seule variante exigée par le règlement de la consultation (CE, 7 nov. 2001, n° 218221, SA Quillery : *JurisData* n° 2001-063175 ; *Contrats-Marchés publ.* 2002, comm. 6, note G. Eckert).

Une telle solution apparaît sévère dès lors que l'offre variante constitue une offre à part entière, distincte de l'offre de base et désormais susceptible d'être présentée indépendamment de celle-ci. D'ailleurs, dans un sens différent, la doctrine administrative indique que, en cas de dépôt d'une variante non autorisée, l'offre de base pouvait être acceptée à la condition qu'elle soit complète, individualisée, distincte de la variante et conforme au cahier des charges (*Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*, 26 sept. 2014).

En l'état, au vu de la jurisprudence, il apparaît opportun que les documents de la consultation indiquent expressément que le dépôt de variantes non autorisées entraîne le rejet de l'ensemble des propositions du candidat.

B. - Mention des exigences minimales devant respecter les variantes et détermination des conditions de leur présentation

1° Portée de l'obligation de mentionner les exigences minimales et modalités de présentation des variantes

L'ancien article 58 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics disposait que « *Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation* ».

Il en résultait que la mention dans les documents de la consultation des exigences minimales que les variantes devaient respecter (ainsi que les modalités de leur présentation) n'était obligatoire que pour les marchés passés selon une procédure formalisée.

Désormais, l'article R. 2151-10 du Code de la commande publique prévoit que « *lorsque l'acheteur autorise ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation* ». La rédaction est ainsi similaire à celle de l'ancienne réglementation à l'exception notable de l'adverbe « expressément » qui a été retiré de la rédaction.

Or, dès lors que les variantes peuvent être autorisées non seulement de manière explicite mais également de manière implicite (notamment pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée), il devrait s'inférer de cette disposition que, quel que soit le mode d'autorisation des variantes et donc la procédure en cause, l'acheteur est désormais tenu d'indiquer les exigences minimales et les modalités de présentation des variantes. Cette lecture littérale apparaît confortée par la rédaction de l'article R. 2351-9 du Code de la commande publique relatif aux marchés de défense et de sécurité pour lesquels l'ancienne rédaction avec le maintien du terme « expressément » a été maintenue, sans que l'on puisse toutefois expliquer cette différence de rédaction avec les marchés publics classiques.

Une telle lecture vient toutefois « vider de son sens » la distinction opérée entre les variantes tacitement autorisées et celles l'étant expressément (*S. Risser, J. Orier, Les variantes en droit de la commande publique : l'embarras du choix ? : Contrats publ. 2020, n° 10*). On ajoutera qu'il est quelque peu contre-intuitif d'admettre la possibilité pour un acheteur de consentir, par son silence, au principe même de dépôt des variantes, tout en exigeant de sa part qu'il précise expressément les exigences minimales et les conditions de leur présentation. La Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie ne procède d'ailleurs pas à une interprétation littérale de cet article R. 2151-10 puisqu'elle indique, dans sa fiche relative à l'examen des offres mise à jour le 1er avril 2019, que l'obligation de fixer les exigences minimales et les modalités de présentation des variantes ne s'applique pas lorsque le dépôt des variantes est implicitement autorisé, à l'instar de ce que prévoyait la précédente réglementation.

En l'état, un doute juridique demeure et il demeure préférable, pour les acheteurs, de systématiquement autoriser ou interdire, de manière expresse, la présentation de variantes, et d'encadrer les exigences minimales qu'elles devront respecter ainsi que les modalités de leur présentation.

2° Degré de précision des exigences minimales

La jurisprudence concernant les exigences minimales que les variantes doivent respecter n'apparaît pas particulièrement restrictive pour les acheteurs.

Certes, l'obligation de fixer de telles exigences minimales ne sera pas remplie lorsque l'acheteur se contente de renvoyer au respect de la législation en vigueur (*CAA Bordeaux, 18 déc. 2003, n° 99BX02554, Cne Arcachon*), ou lorsque le cahier des charges indique que la variante devra garantir une prestation qualitativement équivalente par rapport à l'offre de base (*CJCE, 16 oct. 2003, aff. C-421/01, Traunfellner GmbH, concl. S. Alber : Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 228, note J.-P. Pietri*). De même, est insuffisante la mention selon laquelle les variantes sont autorisées « notamment » sur certains aspects de la proposition de base (*TA Strasbourg, 9 nov. 2010, n° 1004823*). La jurisprudence censure également une insuffisance de précision des exigences minimales lorsque l'acheteur s'est borné à indiquer que « les variantes proposées devront indiquer clairement leur objet et leur intérêt économique et technique » (*CAA Lyon, 11 oct. 2012, n° 11LY01982, SAS Faurie : JurisData n° 2012-028305 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 334, obs. M. Ubaud-Bergeron*). Enfin, à l'évidence, l'indication selon laquelle les variantes devront respecter l'intégralité du cahier des charges ne peut être regardée comme suffisante (*TA Strasbourg, 9 nov. 2010, n° 1004823*).

La jurisprudence interprète toutefois assez extensivement l'obligation pour l'acheteur de préciser les exigences minimales. Ainsi, cette obligation a pu être regardée comme remplie lorsque le cahier des charges subordonnait la prise en compte des variantes à la condition que l'entreprise ait fourni, « avec sa proposition un détail des prix

permettant d'apprécier les répercussions que leur adoption entraînerait sur le montant du lot en cause et sur ceux des lots pour lesquels les variantes conduiraient à des modifications » (*TA Cergy Pontoise, 15 juin 2011, n° 11-04411, SA Aime Dieu : Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 292, obs. F. Llorens*). En outre, a été également reconnue comme suffisante l'exigence selon laquelle les modifications au projet de base ne pouvaient porter sur les exigences fonctionnelles, techniques et esthétiques d'un projet, ne devaient pas modifier les caractéristiques du projet architecture, ne devaient pas engendrer ni contrainte supplémentaire, ni surcoût et ne devaient pas remettre en cause pas en cause le planning prévisionnel de l'opération (*TA Amiens, 23 nov. 2011, n° 1103025*).

Ainsi, l'acheteur peut formaliser les exigences minimales en indiquant les spécifications devant impérativement être respectées par les variantes, ou, à l'inverse, indiquer limitativement les seules spécifications susceptibles de faire l'objet de propositions alternatives. La doctrine relève également la possibilité de mentionner les objets potentiels des variantes, le cas échéant en termes d'exigences fonctionnelles et/ou de performances à respecter, sans toutefois que cela ne permette aux candidats la possibilité de présenter des variantes sur l'ensemble des spécifications du cahier des charges (*S. Braconnier et X. Mouriesse, Discussion autour de la définition des exigences minimales des variantes : Contrats-Marchés publ. 2015, prat. 2*).

3° Détermination des modalités de présentation des variantes

Dans le même esprit de souplesse, la jurisprudence admet qu'aucun formalisme particulier ne s'impose s'agissant de la fixation des modalités de présentation des variantes, qui doit permettre une comparaison objective des différentes solutions proposées (*TA Versailles, 4 déc. 2014, n° 1202684*). A minima, cette exigence implique de demander aux candidats d'identifier ce qui relève des propositions variantes afin de pouvoir les individualiser.

Il apparaît davantage optimal en vue de l'analyse des offres de prévoir dans le règlement de la consultation que l'offre de base et la variante devront être présentées dans deux dossiers distincts. S'agissant du dossier contenant la variante, l'acheteur devrait imposer aux candidats l'identification des points précis sur laquelle porte la variante, par exemple en imposant aux candidats de faire apparaître de manière apparente les modifications apportées à l'offre de base. Les modalités de présentation des variantes devront toutefois être fixées compte tenu de la spécificité des marchés en cause.

C. - Fixation des critères de sélection des offres

L'article R. 2152-7 du Code de la commande publique est sans ambiguïté : les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base. Cette exigence impose à l'acheteur de fixer lesdits critères de manière à pouvoir tenir compte des avantages attendus des variantes (ce qui implique une certaine anticipation pas toujours aisée). Ce souci de la transparence peut sembler en contradiction avec la nature même des offres de base et des offres variantes qui, par principe, portent sur des éléments disparates.

En conséquence, les critères de sélection des offres devront être suffisamment génériques pour permettre l'analyse de ces offres variantes. Une telle exigence implique une certaine diligence de l'acheteur quant à la définition de son besoin et la détermination des exigences minimales devant être respectées par les variantes. En tout état de cause, l'acheteur sera invité à limiter le nombre de variantes susceptibles d'être présentées, afin de faciliter la comparaison des offres entre elles.

D. - Analyse et classement des variantes

L'une des problématiques les plus prégnantes en matière d'utilisation des variantes par les acheteurs est indiscutablement celle des modalités d'analyse et de classement de celles-ci. En effet, comme rappelé, les offres de base et les variantes portent sur des éléments disparates et leur comparaison peut s'avérer délicate.

En l'état, la jurisprudence semble autoriser deux alternatives pour les acheteurs : la méthode du classement unique et la méthode du classement séparé entre les offres de base et les variantes (*CAA Bordeaux, 1er mars 2016, n° 14BX03211, Sté Travaux publics contrôle des réseaux et bâtiments : JurisData n° 2016-007424 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 134, note M. Ubaud-Bergeron*). La première méthode ne pose pas de difficultés dans son principe : toutes les offres, qu'elles soient de base ou variantes, sont comparées entre elles et l'offre obtenant la meilleure note est choisie.

La méthode du classement séparé est plus délicate à appréhender. Elle suppose en effet que, dans un premier temps, l'acheteur classe séparément les offres de base et les offres variantes (ce qui implique, en toute logique, une comparaison des variantes entre elles, de même que pour les offres de base, notamment sur le prix). Ensuite, dans un second temps, l'acheteur retient l'offre « la mieux classée » entre la première des offres de base et la première des offres variantes (c'est-à-dire l'offre ayant eu la meilleure note). Une telle méthode a été préconisée par la DAJ dans sa fiche relative à l'examen des offres dans sa version du 6 avril 2016.

Toutefois, cette méthode, en ce qu'elle ne permet pas de réelle confrontation entre les offres de base et les variantes, ne semble toutefois pas à privilégier et présente certains risques. D'emblée, on voit difficilement sa pertinence : il n'est pas nécessairement plus facile et plus logique de comparer les variantes entre elles (dès lors qu'elles peuvent porter, chacune, sur des éléments différents), que les variantes avec les offres de base. En outre, l'absence de comparaison de l'ensemble des offres entre elles pourraient ne pas permettre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Un exemple simple peut être pris : l'hypothèse où une seule variante, dont le prix est manifestement excessif, est proposée, alors que plusieurs offres de base sont déposées. L'application stricte d'une méthode de notation du critère prix couramment utilisée (règle de trois dans laquelle l'offre la moins-disante se voit attribuer la meilleure note) conduirait à lui attribuer automatiquement la meilleure note sur ce critère, et à être nécessairement « en tête » du classement des variantes. La note obtenue par l'offre variante pourrait ainsi être supérieure à celle obtenue par la meilleure des offres de base par le seul effet des différences résultant de la comparaison séparée des offres de base et des variantes, alors même que cette offre variante ne serait pas économiquement la plus avantageuse pour l'acheteur.

Il convient de noter que la DAJ a retiré la préconisation de la méthode du classement séparé des dernières mises à jour de sa fiche relative à l'examen des offres. Le Guide de l'achat public innovant publié par le ministère de l'Économie indique désormais que « Sur le sort à réserver aux variantes dans le classement final, les positions divergent. Certains conseillent à tort de classer les offres de base entre elles d'une part, et les variantes entre elles d'autre part, pour choisir entre la meilleure offre de base et la meilleure variante. La seule méthode conforme au droit consiste à examiner chaque proposition indépendamment des autres, qu'il s'agisse d'offres de base ou de variantes, pour dresser ensuite un classement unique, selon la note obtenue ».

En conclusion, le choix d'une comparaison d'ensemble avec un classement unique reste la solution la plus simple et la plus sécurisée.

3. RECOMMANDATIONS

La clef en matière d'utilisation des variantes réside dans l'anticipation de l'acheteur dans la prise en compte à venir de celles-ci. Une telle anticipation n'implique pas nécessairement de pouvoir prévoir les propositions alternatives

susceptibles d'être proposées par les candidats (c'est en effet le principe même des variantes de laisser place à l'initiative des opérateurs économiques), mais d'envisager, dès la définition du besoin, la possibilité laissée ou non aux candidats de présenter des variantes (voire l'obligation faite aux candidats).

La nécessité de cette anticipation se manifeste à tous les stades de la procédure, que ce soit s'agissant de la rédaction des documents de la consultation, avec la détermination des exigences minimales devant être respectées ou bien sur les critères d'analyse des offres, ou au stade de l'analyse et du classement des offres.

La marge de manœuvre offerte par le juge en la matière permet toutefois aux acheteurs et aux opérateurs économiques de s'inscrire pleinement et sans crainte dans une utilisation encouragée des variantes.

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 61-10

.. **Autres publications LexisNexis** : Fiche pratique n° 516 : Utiliser les variantes dans les marchés publics

© LexisNexis SA