



Les variantes sans offre de base dans les marchés publics

Catherine Prebissy-Schnall

► To cite this version:

Catherine Prebissy-Schnall. Les variantes sans offre de base dans les marchés publics . Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2011, pp.245. hal-01866585

HAL Id: hal-01866585

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01866585>

Submitted on 3 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Les variantes sans offre de base dans les marchés publics », *Contrats Concurrence Consommation* n° 11, novembre 2011, comm. 245.

Catherine Prebissy-Schnall

Le [décret n° 2011-1000 du 25 août 2011](#) permet désormais la présentation de variantes par des candidats qui n'ont pas présenté d'offres de base (sauf interdiction posée par le pouvoir adjudicateur). Une telle modification du code des marchés publics, si elle participe assurément de ce mouvement d'optimisation des derniers publics, invite à réfléchir à son impact en matière de concurrence.

[D. n° 2011-1000, 25 août 2011, art. 16](#) : [JO 26 août 2011, p. 14453](#)

Note : Les variantes sans offre de base dans les marchés publics : une mesure de simplification du droit pour favoriser la concurrence ? Faire des propositions techniques plus performantes ou des propositions financières plus intéressantes que celles demandées initialement par le pouvoir adjudicateur permet une mise en concurrence plus riche et plus efficace. Du côté des opérateurs économiques, les variantes leur permettent de montrer leur savoir-faire et d'acquérir un avantage compétitif en proposant des innovations. Du côté de la personne publique, l'offre variante lui permet de découvrir des solutions inconnues, de les expérimenter et donc d'avoir accès à une meilleure concurrence. Les aspects positifs sont donc évidents et pourtant la mesure de simplification du droit donnant la possibilité de présenter des variantes sans offre de base empêche une comparaison des offres efficiente. L'[article 16 du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011](#) (modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique : [JO 26 août 2011, p. 14453](#)) a modifié l'[alinéa III de l'article 50 du Code des marchés publics](#) en supprimant la mention suivante : « *les variantes sont proposées avec l'offre de base* ». Désormais, les concurrents peuvent présenter une réponse variante sans que celle-ci accompagne nécessairement la remise d'une offre de base. Pourquoi une telle mesure a-t-elle été adoptée ? Si elle permet un accès favorisé aux entreprises innovantes (I), elle complexifie beaucoup trop le travail de l'acheteur public qui peut alors décider de se priver d'une mise en concurrence renforcée (II).

I. – Aspect positif : Outil d'optimisation de l'achat public, la variante favorise l'innovation et donc la concurrence

Les variantes sont des offres alternatives (*CE, 5 janv. 2011, Sté Technologie Alpine Sécurité, req. n° 343206* : ne constitue pas une variante « *des précisions que devaient apporter les candidats, à la solution de base, sur les moyens techniques mis en œuvre pour exécuter le marché* »). Elles constituent des modifications de spécifications prévues dans la solution de base définie par le pouvoir adjudicateur dans les cahiers des charges. Laissée à l'initiative des opérateurs économiques, la solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur peut être techniquement plus performante et économiquement plus avantageuse. Il est donc intéressant pour l'acheteur public de recourir à cette possibilité des variantes dans des domaines techniques (nouveaux matériaux) ou d'évolution rapide (informatique) ou encore lorsque la définition des besoins en matière de développement durable n'est pas suffisamment maîtrisée par l'acheteur public (prise en compte du bilan énergétique, de la solution la moins polluante, des clauses sociales etc.).

Le rapport *Warsmann* sur « La simplification du droit au service de la croissance et de l'emploi » (juillet 2011) a constaté que le fait d'autoriser une variante uniquement en complément d'une offre de base portait préjudice aux entreprises innovantes qui peuvent proposer une variante sans toutefois avoir les moyens de proposer l'offre de base dont la préparation présente un coût élevé. Pour les petites entreprises, les coûts à l'entrée, le manque de surface financière et les fortes asymétries d'informations sont de véritables freins à la soumission. Avec le contexte de crise économique, les inégalités d'accès s'amplifient et un décalage s'opère entre les services d'un pouvoir adjudicateur et les opérationnels des entreprises privées (souvent les commerciaux) qui répondent aux appels d'offres. Par ailleurs, l'obligation de présenter des variantes avec l'offre de base ne figure pas dans les directives 2004/CE/17 et 2004/CE/18 relatives aux procédures de passation des marchés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. C'est pourquoi l'idée de supprimer l'obligation de proposer les variantes en même temps que l'offre de base a été retenue pour faciliter la candidature d'entreprises innovantes, et particulièrement de PME innovantes, à des procédures de passation de marchés publics. Désormais, une offre limitée à la variante ne pourra plus être rejetée comme irrégulière. Mais les acheteurs pourront toujours, s'ils le souhaitent, exiger dans les documents de la consultation que les variantes soient accompagnées d'une offre de base : elles sont autorisées sauf précision contraire dans les marchés passés selon la procédure adaptée, et elles sont interdites sauf mention contraire en procédures formalisées (V. [article 50 du code des marchés publics](#)).

II. – Aspect négatif : une comparaison des offres inégalitaire et couteuse

En autorisant les opérateurs économiques à remodeler comme ils l'entendent les critères de jugement des offres (sauf mention contraire), se pose la question de l'examen des offres et de leur comparaison dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats. Pour le pouvoir adjudicateur, la tentation sera grande d'interdire tout simplement les variantes sans offre de base. En effet, sans repère (autrement dit sans chiffrer l'offre de base), comment juger les variantes entre elles ? Peut-on les limiter ? Comment faire si tous les candidats ne répondent qu'en solution variante ? Comment comparer de façon égalitaire les concurrents qui proposent une offre de base accompagnée d'une variante et ceux qui proposent directement des variantes sans une offre de base ? L'acheteur public a-t-il les moyens humains et les capacités techniques pour analyser des offres innovantes, disparates ? Comment gérer le coût lié au temps de mobilisation du personnel qui doit examiner puis rejeter toutes les propositions faites ? La réforme oblige également le pouvoir adjudicateur à poser des critères souples d'attribution des offres, capables de s'adapter à toutes les réponses avec variante. Mais les entreprises les plus importantes ne sont-elles pas finalement les mieux armées pour présenter plusieurs modifications techniques ? Le changement de régime de [l'article 50 du code des marchés publics](#) est un bon indicateur de la difficulté du droit à rester connecté avec les réalités économiques qui l'entourent. Il ne suffit pas d'enrichir l'acte d'achat d'une vision économique en apprenant à mener des projets contractuels selon une stratégie managériale qui cherchera à optimiser au mieux les deniers publics. Faut-il encore que le pouvoir adjudicateur puisse maîtriser concrètement les effets de la nouvelle réglementation pour bénéficier d'une concurrence renforcée. Il n'est pas certain que cette mesure de simplification du droit ait contribué à favoriser l'accès, en toute sécurité, des PME innovantes et ait favorisé l'accès des acheteurs publics à une concurrence plus bénéfique.

Mots clés : Marchés publics. - Concurrence. - Variantes sans offre de base