

LAON, le - 7 AVR. 2022

Préfecture

Direction de la citoyenneté et de la légalité
Bureau de la légalité et de l'intercommunalité

Affaire suivie par : Mme Zilio / M. Lemarié
Mail : pref-bureau-legalite@aisne.gouv.fr

Circulaire n°2022-06

Le Préfet de l'Aisne

à

- Monsieur le Président du conseil départemental
- Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics de coopération intercommunale
 - Mesdames et Messieurs les Maires
- Monsieur le Président de l'Office public de l'habitat
- Monsieur le Président du Service départemental d'incendie et de secours
 - Monsieur le Président du centre de gestion de la fonction publique territoriale
(pour attribution)
 - Mesdames et Messieurs les Sous-Préfets
- Monsieur le Directeur départemental des finances publiques
 - Monsieur le Directeur départemental des territoires
(pour information)

OBJET : Commande publique - Marchés publics – Dématérialisation des communications et échanges d'informations - Notions de variante, de prestation supplémentaire éventuelle et d'option.

REFER. : - articles L.2132-1 et suivants, R.2132-1 et suivants, R.2151-8 et suivants du code de la commande publique.

La présente circulaire a pour objet de rappeler les modalités de mise à disposition dématérialisée des documents de la consultation dans la procédure de passation d'un marché public et la distinction entre les notions de variante, de prestation supplémentaire éventuelle et d'option prévues par le code de la commande publique.

Vous pouvez consulter cette circulaire sur le site internet : www.aisne.gouv.fr à la rubrique « publications » puis « circulaires ».

I - Modalités de mise à disposition des documents de la consultation

Les documents de la consultation comportent l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir son besoin et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence (*art. R.2132-2 du code de la commande publique*).

Pour les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000€ H.T. et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, ces documents doivent être mis à la disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon les modalités fixées dans l'annexe 6 du code de la commande publique.

.../...

II - Distinction entre les notions de variante, de prestation supplémentaire éventuelle et d'option

2.1 - La variante

a) Définition

Le code de la commande publique ne détermine pas expressément la notion de variante. Cependant elle peut être définie comme une modification des spécifications prévues dans les documents de la consultation et constituant la solution de base. Il s'agit donc d'une offre alternative au moins aussi performante que la solution décrite initialement par l'acheteur et qui s'y substitue dès lors qu'elle est retenue.

La variante peut être à l'initiative du candidat ou exigée par l'acheteur.

b) Typologie et régime juridique

Le code de la commande publique prévoit que l'acheteur peut autoriser la présentation de variantes à l'initiative du soumissionnaire selon les conditions définies à l'article R.2151-8 ou exiger la présentation de variantes selon les dispositions de l'article R.2151-9.

Article R.2151-8 du CCP	Pouvoir adjudicateur	Entité adjudicatrice	Cas particulier des marchés de défense ou de sécurité
Procédure formalisée	Interdiction sauf mention contraire dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt	Autorisation sauf mention contraire dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt	Interdiction des variantes sauf mention contraire dans l'avis d'appel à la concurrence
Procédure adaptée	Autorisation sauf mention contraire dans les documents de la consultation		

Lorsque l'acheteur autorise expressément la présentation de variantes ou exige la présentation de celles-ci, il a l'obligation de déterminer les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toutes les conditions particulières de leur présentation. L'absence de précision permettant de déterminer les caractéristiques minimales que les variantes doivent respecter est susceptible d'entacher la validité du marché (*art. R.2151-10*). Si l'acheteur limite le nombre de variantes admises pour un même opérateur économique, il doit l'indiquer dans les documents de la consultation.

Cette obligation ne s'impose pas lorsque le dépôt de variante est implicitement autorisé. Toutefois, il est conseillé aux acheteurs de prendre cette précaution y compris lorsque cela n'est pas imposé par la réglementation.

c) L'examen des offres variantes

Toute proposition de variante qui ne respecte pas les exigences minimales et les exigences de leur présentation constitue une offre irrégulière, qui, sauf à ce qu'il soit possible de la régulariser, doit être rejetée.

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. L'offre identifiée comme économiquement la plus avantageuse doit être retenue, qu'elle corresponde à une offre de base ou à une variante.

2.2 - La prestation supplémentaire éventuelle (PSE)

a) Définition de la PSE

La PSE est à l'initiative de l'acheteur qui en détermine les spécifications techniques dans les documents de la consultation, et qu'il se réserve le droit de commander ou non avant la signature du contrat. Elle se matérialise par une prestation ou une fourniture de faible importance qui ne se substitue pas à la solution de base mais vient s'ajouter à ce qu'il sera possible d'exécuter dans le cadre du marché public. Contrairement aux variantes, elles n'ont pas vocation à se substituer à tout ou partie de l'offre de base, mais à s'y ajouter. Il convient de veiller à limiter les prestations supplémentaires définies car une multiplicité des PSE pourrait être assimilée à une mauvaise définition des besoins par l'acheteur.

b) Absence de fondement normatif pour les PSE

La notion de PSE ne repose sur aucune base juridique consacrée par un texte normatif actuellement en vigueur. Ni les directives européennes ni le code de la commande publique ne les définissent.

.../...

c) L'examen des PSE

Le choix de retenir une PSE ne découle pas de l'application des critères d'attribution. Lorsque l'acheteur impose aux soumissionnaires de fournir ces prestations en complément de l'offre de base, elles sont prises en compte lors de l'évaluation comparative des offres. L'acheteur doit alors évaluer et classer les offres, en tenant compte de l'offre de base et des PSE réunies. Cela impose au service acheteur de procéder à autant de classement des offres qu'il y a de combinaisons possibles.

A l'issue de ce classement, l'acheteur décide s'il veut retenir des PSE. Il choisit alors le classement correspondant à ce choix (*offre de base seule ou offre de base plus telle ou telle PSE*) et, dans ce classement retient l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans l'hypothèse où l'acheteur n'a pas exigé des soumissionnaires qu'ils répondent aux PSE dans leur offre, les PSE ne sont pas prises en compte lors de l'analyse des offres et l'acheteur analyse en une seule fois l'ensemble des offres, sans tenir compte des PSE. Dans ce cas de figure, l'acheteur ne pourra décider de retenir les PSE que si elles sont associées à l'offre retenue après examen des offres. Le choix est effectué au moment de l'attribution.

2.3 - L'option

a) Définition

Les options correspondent à une notion du droit de l'Union européenne qui constituent des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence, aux prestations commandées de manière ferme et qui doivent être prévues dans le contrat initial. Elles concernent les marchés publics de travaux ou de services similaires (*art. R.2122-7 du CCP*), les tranches optionnelles (*art. R.2113-4 à R.2113-6 du CCP*) ou la reconduction du marché public (*art. R.2112-4 du CCP*).

Ces options que l'acheteur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils de procédure. Elles doivent être renseignées dans les avis d'appel à la concurrence européens (*rubrique II.2.11 Information sur les options*).

Il convient enfin de préciser que, par le passé, la notion d'option était employée en pratique pour désigner ce que l'on qualifie aujourd'hui en droit de variante imposée ou de PSE.

Ainsi, votre attention est appelée sur le fait que les notions de variante, de PSE et d'option ne constituent pas des synonymes. Il vous appartient de veiller à qualifier vos prestations selon leur nature au regard des définitions rappelées ci-dessus et de respecter leurs modalités d'analyse, afin de ne pas vous exposer à des risques juridiques sous l'appréciation souveraine du juge en cas de contentieux.

Pour vous permettre de disposer d'une documentation plus détaillée en la matière, je vous invite à consulter « *Les guides très pratiques de la dématérialisation des marchés publics* » et « *le Guide de l'achat public, Osez les variantes dans les marchés publics* », la fiche technique de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de la relance « *L'examen des offres* », accessibles aux adresses suivantes :

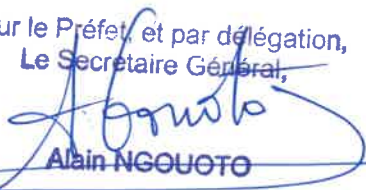
<https://www.economie.gouv.fr/daj/dematérialisation-commande-publique> ;

<https://www.economie.gouv.fr/dae/guides-lachat-public> ;

<https://www.economie.gouv.fr/daj/examen-des-offres-2019>.

Mes services, ainsi que ceux des sous-préfectures, sont à votre disposition pour toute demande de renseignements complémentaires.

Pour le Préfet, et par délégation,
Le Secrétaire Général,


Alain NGOUOTO