

Offre de base et variantes

Notions et régime dans la réglementation sur les marchés publics

Aurélien VANDEBURIE

Avocat au barreau de Liège
Doctorant aux F.U.N.D.P.-
Académie Louvain
Assistant à l'U.L.B.



Renaud van MELSEN

Avocat au barreau de
Bruxelles
Assistant aux F.U.N.D.P.-
Académie Louvain

SIMONT
BRAUN

*avocats
advocaten
lawyers*



Plan

I. Les notions d'offre de base et de variante

- A. Principes
- B. Caractéristiques des variantes
- C. Distinction entre offre de base et variantes
- D. Types de variantes
- E. Admissibilité des options (détachables)

II. Le régime des variantes et de l'offre de base

- A. Régularisation de l'offre de base au moyen de variantes
- B. Admissibilité des variantes dans les différents modes de passation
- C. Régularité des variantes remises
- D. Incidence du dépôt d'une variante non autorisée et de l'omission d'une variante ou de l'offre de base
- E. Comparaison, évaluation et classement des offres en présence de variantes

Introduction

■ Technique délicate

- comparabilité de propositions dissemblables
- admissibilité

■ Régime et solutions incertaines voire controversées

I.A. Principes

■ Textes

- Absence de définition légale (communautaire ou interne)
- Exception à la règle de l'offre unique (< égalité des soumissionnaires)

■ Conséquences

- Offres en principe indépendantes et autonomes . traitement et évaluation distincts
- Deuxième offre acceptable que si variante admissible (et partant dûment encadrée)

I.B. Caractéristiques des variantes

- Doit différer du projet de base (alternative) . dépend de son contenu
- Uniquement sur le plan technique (caractéristiques, conception ou procédé) ?
 - Absence de définition légale (communautaire ou interne)
 - Exception à la règle de l'offre unique (< égalité des soumissionnaires)
- Aussi conditions financières ou juridiques (rien ne l'interdit) MAIS
 - alternative doit être licite
 - encadrement nécessaire
 - critères d'attribution doivent pouvoir l'encourager (sinon pas d'intérêt)

I.C. Distinction offre de base et variantes - qualification des offres

- Plusieurs offres remises (offre de base et variante(s), ensemble la soumission) : comment les distinguer ?
- Conception matérielle (NL), centrée sur le contenu (indépendamment des indications) :
 - offre de base = offre conforme aux exigences de base
 - variante = offre qui s'en écarte
 - requalification lorsque contenu de l'offre ne correspond pas à la qualification donnée
- Approche formelle (FR), fondée sur l'intention du soumissionnaire :
 - qualification au regard des indications données par le soumissionnaire
 - ensuite, examen de la régularité des offres (vérifier que contenu correspond à l'intention manifestée)

I.C. Distinction offre de base et variantes - qualification des offres

■ Préférence pour la conception formelle (implications pratiques considérables) :

- approche matérielle est tautologique
- c'est au soumissionnaire (et non au pouvoir adjudicateur) qu'il appartient de qualifier les offres qu'il remet
- approche matérielle produit des conséquences paradoxales

■ Comment déceler l'intention du soumissionnaire ?

- libellé expresse
- présentation de l'offre
- *quid* en cas de réel doute ? Interrogation du soumissionnaire ?

■ Attention à la rédaction du C.S.C. (pourrait imposer l'approche matérielle)

I.D. Types de variantes

■ Régime en partie différent

■ Variantes « dirigées » : objet, nature et portée entièrement définies par le C.S.C.

- Variantes obligatoires
- Variantes facultatives

■ Variantes libres . conditions minimales à préciser (= restriction)

I.E. Admissibilité des options (détachables)

- **Notion** : prestations additionnelles ou complémentaires que le pouvoir adjudicateur se réserve la faculté de commander (influe sur l'objet du marché)
- **Origine** essentiellement pratique : pas de véritable encadrement réglementaire
- **Conseil d'Etat** :
 - inconciliable avec l'automatisme de la procédure d'adjudication
 - possible en appel d'offres (et en procédure négociée) → le pouvoir adjudicateur peut les sélectionner avant même l'évaluation des offres, pour autant que le C.S.C. le prévoit

I.E. Admissibilité des options (détachables)

■ Compatibilité avec la règle de l'unicité ? Variantes = unique exception admise

■ Solutions :

- marchés à lots ? Risque = prestations imbriquées à attribuer à des opérateurs différents
- lancement de marchés simultanés dont l'objet diffère légèrement

■ Conseil d'Etat :

- comparabilité des offres (modification imprévue de l'objet du marché)
- pas de scission des prestations (de base) : C.E., n° 201.080, 18 février 2010, *s.c.s. G.H.R. Partners Belgium* (irrégularité substantielle)

II.A. Régularisation de l'offre de base au moyen de variantes

■ Hypothèses visées :

- Puiser dans les variantes les éléments de régularité manquant dans l'offre de base
- Intersion du libellé des offres par rapport à leur contenu

■ Approche matérielle : requalification des offres au regard de leur contenu

■ Approche formelle : intention (avérée) du soumissionnaire lie le pouvoir adjudicateur

→ irrégularité des deux propositions (pas une erreur matérielle)

■ Interrogation possible qu'en cas de réel doute (selon la procédure)

II.B. Admissibilité des variantes dans les différents modes de passation

1. En adjudication

- Seules les **variantes obligatoires ou autorisées** sont admises dans le cadre de la procédures d'adjudication

Le cahier des charges doit toutefois en préciser l'objet, la nature et la portée

- Les **variantes libres** ne sont pas admises

II.B. Admissibilité des variantes dans les différents modes de passation

2. En appel d'offres

- Le pouvoir adjudicateur peut, en appel d'offres, **imposer ou autoriser** le dépôt de variantes

Le cahier des charges doit, alors, en préciser l'objet, la nature et la portée

II.B. Admissibilité des variantes dans les différents modes de passation

2. En appel d'offres

- Art. 115 A.R. 8/01/1996 : pour l'attribution du marché, il est tenu compte des **variantes libres** proposées dans l'offre, dans la mesure où l'avis de marché ou le cahier spécial des charges ne les interdit pas
 - Contrariété avec l'article 24 - 2, de la directive 2004/18/CE : « *les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées* »
 - variantes « libres », doivent être spécialement autorisées. Le pouvoir adjudicateur qui autorise le dépôt de variantes est tenu de mentionner dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter, ainsi que les modalités de leur soumission (art 16, *in fine*, loi du 24/12/1993)

II.B. Admissibilité des variantes dans les différents modes de passation

2. En appel d'offres

■ Exigences minimales des variantes libres

■ Jurisprudence :

- ne satisfait pas à l'exigence tenant à la mention des conditions minimales requises, le cahier des charges qui se borne à renvoyer à une disposition de la législation nationale selon laquelle l'offre alternative garantit la fourniture d'une prestation qualitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet de l'appel d'offres (C.J.C.E., 16 octobre 2003, C-421/01, *Traunfellner GmbH*)
- une disposition du cahier des charges qui se contente d'énoncer que l'offre alternative doit garantir la fourniture d'une prestation quantitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet de l'offre de base ne se distingue pas de la définition de l'objet du marché et ne peut être considérée comme énonçant des exigences minimales s'appliquant aux variantes libres comme l'impose l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 (C.E., n° 173.711, 27 juillet 2007, *s.a. Entreprises Jan De Nul e.a*)

II.B. Admissibilité des variantes dans les différents modes de passation

2. En appel d'offres

■ Jurisprudence :

- répondent aux exigences légales précitées en matière de variante libre les documents du marché qui, bien qu'on n'y trouve pas une disposition indiquant à proprement parler ces conditions minimales, définissent l'offre de base et soumettent les variantes libres à un nombre limité de prescriptions qui lui sont applicables, prescriptions qui doivent alors être considérées comme des conditions minimales au sens de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 (C.E., n° 195.257, 14 juillet 2009, *n.v. City advertising Benelux*)

II.B. Admissibilité des variantes dans les différents modes de passation

2. En appel d'offres

■ Exigences minimales des variantes libres

■ **Limites** : le pouvoir adjudicateur ne pourrait permettre, par la remise de variantes libres, de déroger aux prescriptions administratives essentielles du cahier spécial des charges (cautionnement, paiement, garanties, sanctions, etc. ...), ni à certaines prescriptions techniques fondamentales ou impératives, sans quoi l'objet ou le but même du marché risqueraient d'être remis en cause, rendant ainsi impossible la comparaison des offres

■ Conclusion :

- Difficultés dans la détermination des exigences minimales
- Exemples : objet, qualités, objectifs, caractéristiques, exigences techniques ou encore résultats des prestations que les variantes doivent atteindre

II.B. Admissibilité des variantes dans les différents modes de passation

3. En procédure négociée

- Dépôt de variantes non exclu
- Conditions : silence des textes → s'inspirer des exigences qui se dégagent des autres procédures d'attribution, puisque celles-ci ont pour objectif de garantir la comparabilité des offres

II.C. Régularité des variantes remises

1. Principe

- Obligation d'analyser la régularité des variantes avant de procéder à leur examen
- Décision motivée du constat d'irrégularité

2. Conséquences du dépôt d'une variante irrégulière

- Rejet de la variante irrégulière
- Distinction : irrégularité substantielle / irrégularité relative ?

II.C. Régularité des variantes remises

3. Effets sur l'offre de base

- Le dépôt d'une variante irrégulière n'implique pas l'irrégularité de l'offre de base

Voy., toutefois : C.E., n° 202.130, 18 mars 2010, *n.v. Willemen General Contractor* : une variante obligatoire affectée d'une réserve, qui affecte l'engagement du soumissionnaire, peut être assimilée à l'absence de remise d'une offre en variante requise (celle-ci devant s'entendre d'une offre liant le soumissionnaire) emportant, partant, l'irrégularité substantielle de la soumission dans son ensemble

II.D. Dépôt d'une variante non admissible et omission d'une variante ou de l'offre de base

1. Omission d'une variante obligatoire ou autorisée

- Absence de soumission pour une **variante obligatoire** constitue une irrégularité substantielle entraînant l'écartement de la variante et de l'offre de base
- Le défaut de remettre une **variante autorisée** n'a aucune incidence sur la validité de l'offre de base

II.D. Dépôt d'une variante non admissible et omission d'une variante ou de l'offre de base

2. Dépôt d'une variante non (légalement) admise

- L'émission de telle variante n'entraîne pas en principe une cause de nullité de l'offre de base
- Sanction : refus de prendre en considération cette variante pour l'attribution du marché, pour cause d'irrégularité substantielle

II.D. Dépôt d'une variante non admissible et omission d'une variante ou de l'offre de base

3. Absence d'offre de base

- **Rappel** : la possibilité ou l'obligation de déposer une ou plusieurs variantes **ne dispense pas** les soumissionnaires de remettre une offre conforme au projet de base
- **Quid en cas de remise d'une offre uniquement sous forme de variante ?**
controverse :
 - C.S.C. impose-t-il obligation de déposer une offre de base conforme aux documents?
 - Si oui, rejet de la soumission pour cause d'irrégularité substantielle
 - A défaut, l'offre serait recevable
 - **A notre sens**, la remise d'une offre uniquement sous forme de variante, sans dépôt d'une offre pour la solution de base, n'est pas admissible : selon l'art. 115 A.R. du 8/01/1996, si le cahier spécial des charges impose ou autorise des variantes, « *le soumissionnaire remet offre pour le projet de base* »

II.E. Comparaison, évaluation et classement des offres en présence de variantes

1. Principe

- Variantes ne peuvent constituer des critères d'attribution. Les offres avec variantes sont à évaluer au regard du ou des différents critères mentionnés dans le cahier spécial des charges ; elles ne peuvent constituer ces critères eux-mêmes

2. En adjudication

- Dans le rapport d'analyse des offres, les variantes sont traitées comme des offres distinctes. Le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse d'après un **classement unique** des offres de base et des variantes

→ *compétence liée*

II.E. Comparaison, évaluation et classement des offres en présence de variantes

3. En appel d'offres

- Art. 115 A.R. du 8/01/1996 : « *tenir compte des variantes imposées ou autorisées* »
 - pouvoir adjudicateur n'est pas légalement tenu de procéder à un classement intégré des offres de base et des variantes
- Avant de procéder à la comparaison des offres, le pouvoir adjudicateur doit examiner les variantes déposées et énoncer les motifs pour lesquels il décide de retenir ou de ne pas retenir telle ou telle variante. Il doit donc, lorsque des variantes sont admises, d'abord, **apprécier leur régularité**, ensuite, si elles sont régulières, les **examiner** et, enfin, **énoncer les motifs** qui président à son choix des variantes.

II.E. Comparaison, évaluation et classement des offres en présence de variantes

3. En appel d'offres

- Une fois ce choix opéré, le pouvoir adjudicateur est tenu de choisir l'offre qu'il juge la plus intéressante parmi les offres de base et les variantes retenues, au terme de leur confrontation à l'ensemble des critères d'attribution. Les offres de base et les variantes doivent donc être comparées en utilisant les **mêmes critères**, soit en classant séparément les offres de base et les variantes, et en comparant la meilleure de chacune de ces propositions, soit en classant ces propositions sans les distinguer au préalable, au sein d'un classement unique .



SIMONT
BRAUN

*avocats
advocaten
lawyers*

Conclusion

Merci pour votre attention



EBP

*Aurélien Vandeburie,
U.L.B.
Elegis*

*Renaud van Melsen,
F.U.N.D.P. Namur
Simont Braun*

Offre de base et variantes
Notions et régime

19 octobre 2010 p. 27