

LA CHRONIQUE DES MARCHÉS PUBLICS

Cette chronique présente des problématiques rencontrées par les communes ou leurs mandataires dans le cadre de l'application des marchés publics, qui sont régulièrement soumises pour détermination au Centre de compétences sur les marchés publics du canton de Vaud (CCMP-VD). Elle vise à sensibiliser les communes sur certains aspects particuliers des marchés publics, et à leur fournir les outils nécessaires à la résolution de situations parfois complexes. La problématique des variantes sera abordée dans cette édition.

La notion

Une variante est une offre par laquelle un soumissionnaire propose d'atteindre l'objectif fixé pour un marché donné d'une autre manière que celle prévue par l'adjudicateur. On en distingue habituellement deux types principaux : les variantes de projet (ou de conception) et les variantes d'exécution (ou d'entreprise)¹. Comme leur nom l'indique, les variantes de projet proposent un projet qui se distingue en tout ou partie de celui décrit dans l'appel d'offres. Les variantes d'exécution consistent, pour leur part, à proposer un autre mode opératoire pour exécuter le marché.

D'après la jurisprudence, «Les variantes mettent en jeu deux intérêts publics que la législation en matière de marchés publics vise à prendre en compte. D'un côté, il est judicieux de ménager aux soumissionnaires la possibilité de fournir des solutions alternatives à l'adjudicateur, qui ne les avait pas considérées de prime abord, plus abouties ou innovatrices du point de vue technique, ou moins chères.

D'un autre côté, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché à sa guise, en fonction de ses besoins. Afin de garantir un juste équilibre entre ces deux intérêts publics, la faculté de présenter des variantes ne dispense pas le soumissionnaire de l'obligation de présenter parallèlement une offre répondant aux exigences de l'adjudicateur. Une autre solution reviendrait à reconnaître au soumissionnaire le droit de modifier l'objet du marché, ce qui ne saurait être admis (cf. arrêt TA VD GE.2006.0011 du 22.5.2006)».

L'admissibilité et la recevabilité des variantes

Conformément à l'article 15, alinéa 1, lettre b du règlement vaudois sur les marchés publics (RLMP-VD), les conditions particulières relatives aux variantes doivent être indiquées par l'adjudicateur dans les documents de soumission. Un adjudicateur peut ainsi librement choisir d'autoriser, de restreindre ou d'exclure la possibilité pour les soumissionnaires de déposer des variantes pour un marché donné. S'il ne prévoit aucune restriction ou interdiction expresse à ce sujet dans les documents de soumission, les soumissionnaires pourront partir de l'idée que les variantes sont admises sur le principe.

Outre cette condition d'admissibilité sur le principe, d'autres exigences doivent être remplies pour qu'une variante puisse être prise en considération par l'adjudicateur. Sur le plan formel tout d'abord, une variante n'est recevable qu'à la condition qu'une offre (de base) ait aussi été déposée par le soumissionnaire conformément aux exigences du cahier des charges et dans le délai prévu pour le retour des offres. L'article 32, alinéa 1, 2^{ème} tiret, lettre a RLMP-VD relatif aux motifs d'exclusion de l'offre, prévoit en effet que : « [...] le soumissionnaire qui a déposé une variante doit, à côté de celle-

ci, remettre une offre correspondant à la formule de soumission ». Il faut, de plus, logiquement que la variante ait également été déposée dans le délai prévu pour le retour des offres. Sur le plan matériel, la variante doit, d'une part, satisfaire aux exigences essentielles du cahier des charges et, d'autre part, pouvoir être considérée comme au moins de même niveau qualitatif que les caractéristiques et spécifications techniques que doit obligatoirement respecter l'offre de base.

L'évaluation des variantes

Les variantes et plus particulièrement celles d'exécution présentent des avantages et des inconvénients. Certes, elles ouvrent le plus souvent la voie à de meilleures solutions que celles mentionnées dans l'appel d'offres, mais elles ont pour corollaire de compliquer la comparaison des différentes offres pour l'adjudicateur. Ainsi, la présence d'une ou de plusieurs variantes aura souvent pour effet de pimenter le travail d'évaluation des offres déjà fastidieux auquel doit se livrer l'adjudicateur.

Afin d'atténuer ces inconvénients, les adjudicateurs qui admettent le dépôt de variantes dans leur marché, spécifient généralement dans leurs documents de soumission, les types de variantes admises et les points précis sur lesquels elles ne pourront déroger au cahier des charges. D'après la jurisprudence, les variantes doivent être de même niveau qualitatif que l'offre de base. Si la phase d'épuration des offres révèle qu'une variante n'est pas fonctionnellement équivalente aux spécifications techniques de l'offre de base ou à des exigences techniques minimales impératives formulées dans le cahier des charges, la variante en cause doit être exclue comme non-conforme à l'objet du marché. Les caractéristiques techniques de la variante doivent être fonctionnellement

¹ La présente contribution n'abordera pas la question controversée en doctrine et en jurisprudence des variantes de prix.

équivalentes aux spécifications techniques exigées dans l'offre de base, eu égard au but assigné. Par but du marché, on entend en premier lieu ceux décrits dans l'appel d'offres, en tenant également compte des risques liés à la réalisation du marché (soin et mesures prises pour éviter ou diminuer des effets ou risques déterminés): les variantes, qui contribuent à augmenter de manière considérable les risques supportés par l'adjudicateur, des tiers ou la collectivité, ne satisfont pas au but de sécurité, qui est en général implicite. L'appréciation du

respect de la condition d'équivalence dépend essentiellement des circonstances du cas d'espèce (cf. arrêt TA VD MPU.2012.0016 du 6.12.2012 et les références citées).

Il convient finalement de relever que le fardeau de la preuve de l'équivalence de la variante avec les spécifications techniques de l'offre de base repose sur le soumissionnaire auteur de la variante, et non pas sur l'adjudicateur (cf. sur ce point Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, 2002, ad art. 19 LMP, p. 233).

(gri)

En savoir plus

Site internet de l'Etat de Vaud :
www.vd.ch/marches-publics

Rubriques :

1. Formations > formation sur la plateforme simap.ch/formation sur les marchés publics
2. Publication FAO
3. Centre de compétences sur les marchés publics (CCMP-VD)
4. Guide romand sur les marchés publics
5. Chronique des marchés publics > anciens articles publiés
6. Foire aux questions des Marchés publics (FAQ)