

**La délicate conciliation des dispositifs nationaux avec la notion d'option dans les marchés de seuil européen**

Par deux jurisprudences estivales significatives, le Conseil d'Etat est venu d'une part, annuler certaines dispositions du code des marchés publics, qui autorisaient les pouvoirs adjudicateurs à instaurer des "quotas" de PME dans les procédures restreintes (CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres), et d'autre part, organiser un nouveau recours au profit des candidats évincés contre les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs, la signature desdits marchés ne faisant désormais plus nécessairement office de "couperet" après la chute duquel le marché, même conclu à l'issue d'une procédure irrégulière, ne pouvait plus être directement contesté – sauf par voie de déféré préfectoral - (CE; 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux signalisation, n°291545).

Ces deux arrêts ont été largement commentés tant les enjeux qu'ils représentent sont élevés.

Or quelques semaines auparavant, le Conseil d'Etat s'était penché sur deux aspects de la passation des marchés publics dont l'intérêt pratique justifie que l'on y consacre les développements qui suivent.

L'arrêt n°299391 du 15 juin 2005, Ministre de la défense présente en effet un double intérêt :

- Tout d'abord, le Juge a validé la pratique consistant, pour un pouvoir adjudicateur, à imposer aux candidats d'inclure dans leur offre des prestations "optionnelles" ;
- Ensuite, le Juge s'est attaché à cerner la notion d' "option" utilisée dans les formulaires standards d'avis d'appel à candidatures destinés à la publication au JOUE.

Dans cette affaire, le ministère de la défense avait lancé une consultation en vue de l'attribution d'un marché à bons de commandes pour la modernisation des centres opérationnels et de la chaîne de traitement du renseignement d'ordre public au sein de la gendarmerie nationale ; le CCTP applicable à ce marché incluait une prestation d'assistance technique "de base" de 5 jours sur 7, du lundi au vendredi de 8 heures à 20 heures, portée à 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24 dans le cadre d'une prestation complémentaire, qualifiée d'option dans le CCTP, que le candidat devait proposer dans son offre.

Le procédé consistant à demander aux candidats de répondre sur des prestations que l'acheteur public se réserve la possibilité d'intégrer ou de ne pas intégrer en définitive dans le marché présente l'avantage indéniable, lorsque le budget alloué au marché à passer est "serré", d'optimiser, au vu du montant des offres formulées par les candidats, l'étendue exacte des prestations finalement confiées au titulaire du marché : si l'enveloppe allouée au marché par le pouvoir adjudicateur permet de financer la prestation complémentaire, l'option sera levée ; à défaut, il sera renoncé à l'exécution de la prestation complémentaire.

Issu de la pratique, ce procédé n'a été sanctionné en tant que tel ni par le tribunal administratif, ni par le Conseil d'Etat. Cependant, il apparaissait nécessaire de rechercher les dispositifs réglementaires à l'intérieur desquels il est susceptible de s'inscrire.

Ainsi, alors que le tribunal administratif de Paris, avait annulé la procédure au motif qu'une telle prestation, qualifiée d' "option" dans le CCTP, aurait dû être indiquée dans l'avis d'appel à candidatures publié au JOUE sous la rubrique "II.2.2 options (le cas échéant)", le Conseil d'Etat a refusé une telle assimilation :

*"considérant qu'il résulte [des dispositions de l'annexe VII A de la directive du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 et de l'annexe II du règlement de la commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication des avis de marché en application de la directive 2004/18/CE] que doivent être indiqués dans les avis d'appel public à la concurrence, au titre de la rubrique options, les achats ou travaux susceptibles d'être effectués dans le cadre d'éventuelles reconductions du marché, d'avenants ou de marchés complémentaires conclus sans nouvelle mise en concurrence ainsi que, s'il est connu, leur calendrier prévisionnel ; qu'en l'espèce, la prestation complémentaire décrite dans le cahier des clauses techniques particulières, qualifiée d'option et concernant un support d'assistance technique 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24, l'exigence de base étant de 5 jours sur 7, du lundi au vendredi, de 8 heures à 20 heures, désignait, ainsi qu'il était précisé à l'article 8 du règlement de la consultation, une prestation que le candidat était tenu de proposer dans son offre et que l'administration se réservait la possibilité de demander, en complément de l'offre de base, lors de l'exécution du marché à bons de commande ; que cette prestation ainsi prévue dans le cadre de l'exécution du marché et non pas dans le cadre d'un éventuel avenant ou marché complémentaire, n'était pas une option au sens des dispositions précitées de l'annexe VII A de la directive du 31 mars 2004 et de l'annexe II du règlement du 7 septembre 2005"*.

Par ce considérant, en même temps qu'il distingue la prestation complémentaire de l'option au sens du droit communautaire, le Conseil d'Etat vient préciser ce qu'il faut entendre par cette dernière notion en se fondant pour ce faire sur la lecture combinée de l'annexe VII de la directive 2004/18/CE précisant les "informations qui doivent figurer dans les avis", qui impose d' "*indiquer notamment les options concernant les achats/travaux complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options ainsi que le nombre de reconductions éventuelles*", et du contenu de la rubrique II.2.2 du formulaire d'avis d'appel à candidatures pour les publications au JOUE.

L'option au sens du formulaire d'avis de marché JOUE correspondrait donc selon le Conseil d'Etat, aux achats ou travaux complémentaires susceptibles d'être réalisés dans le cadre de reconductions, d'avenants ou de marchés complémentaires, c'est-à-dire à la faveur de décisions expresses prises par le pouvoir adjudicateur après la conclusion du marché initial.

Ces options ne peuvent correspondre en réalité qu'aux dispositifs de reconduction, aux marchés de service ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles ayant fait l'objet du marché et, probablement, aux tranches conditionnelles (I). Quant à l'option telle qu'on l'entend habituellement il s'agit en réalité d'un dispositif parfaitement régulier mais dont le régime est nécessairement original (II)

## **I. Les options au sens de l'avis JOUE**

Selon le Conseil d'Etat donc, doivent être mentionnés au titre de la rubrique options, les achats ou travaux susceptibles d'être effectués dans le cadre d'éventuelles reconductions du marché, d'avenants ou de marchés complémentaires conclus sans nouvelle mise en concurrence.

Procédant d'une analyse des exigences communautaires, cette conclusion appelle de nombreuses précisions au regard des prescriptions du Code des marchés publics.

### **I.1. Application aux avenants ?**

En premier lieu, bien que les avenants permettent l'acquisition de fournitures ou la réalisation de prestations complémentaires, c'est-à-dire non incluses dans le marché initialement conclu, l'assimilation des avenants aux options ne va pas sans soulever de difficultés.

En effet, par essence, la nécessité de passer un avenant ne saurait se caractériser lors de la consultation lancée pour le marché initial mais uniquement après son attribution, en cours d'exécution dudit marché.

Dans ces conditions, on voit mal comment le pouvoir adjudicateur pourrait être seulement en mesure d'indiquer, dans la rubrique II.2.2 "Options" de l'avis de publicité JOUE, s'il entend passer un ou plusieurs avenants, d'en décrire le contenu ainsi que le calendrier prévisionnel de conclusion desdits avenants.

S'il est en mesure de le prévoir avant le lancement de la consultation, il doit alors configurer l'objet de son marché de telle sorte qu'il englobe l'ensemble desdites prestations, compte tenu de l'obligation de définir la nature et l'étendue des besoins à satisfaire de manière aussi précise que possible conformément aux exigences de l'article 5 du code des marchés publics.

Par conséquent nonobstant l'interprétation extensive retenue par le Conseil d'Etat, il ne semble pas qu'en visant les *options concernant les achats ou travaux complémentaires*, l'annexe VII de la directive ait entendu y inclure les avenants.

### **I.2. Application aux reconductions**

En second lieu, à bien regarder l'annexe VII de la directive ainsi que le formulaire d'avis de publicité, on peut également s'interroger quant à l'assimilation opérée par le Conseil d'Etat entre option et reconduction.

Certes, les reconductions sont incluses dans la rubrique II.2.2 intitulée "options" du formulaire standard d'avis de publicité JOUE ; néanmoins :

- d'une part, l'annexe VII de la directive précise en des termes identiques pour les marchés de fournitures, de travaux ou de services la nécessité d' *"indiquer notamment les options concernant les achats/travaux complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options **ainsi que le nombre de reconductions éventuelles**"* ;

- d'autre part, à l'intérieur de la rubrique II.2.2. "options" du formulaire d'avis d'appel à candidatures publié au JOUE, les pouvoirs adjudicateurs sont amenés à indiquer, dans un premier temps, si le marché comporte des options ainsi qu'à les décrire et dans un deuxième temps, à préciser le nombre de reconductions éventuelles :

|  |                              |                              |
|--|------------------------------|------------------------------|
| II.2.2) options ( <i>le cas échéant</i> )  | oui <input type="checkbox"/> | non <input type="checkbox"/> |
| Dans l'affirmative, description de ces options : -----   |                              |                              |
| <i>S'il est connu</i> , calendrier prévisionnel de l'exercice de ces options :   |                              |                              |
| En mois <input type="checkbox"/> ou en jours <input type="checkbox"/> (à compter de la date d'attribution du contrat)  |                              |                              |
| -----  |                              |                              |
| Nombre de reconductions éventuelles ( <i>le cas échéant</i> ) : <input type="checkbox"/> ou fourchette : entre <input type="checkbox"/> et <input type="checkbox"/>  |                              |                              |
| <i>S'il est connu</i> , dans le cas de marchés de fournitures ou de services renouvelables, calendrier prévisionnel des marchés ultérieurs : en mois <input type="checkbox"/> ou en jours <input type="checkbox"/> (à compter de la date d'attribution du contrat) |                              |                              |

- enfin, l'article 9 de la directive elle-même précise la nécessité que le calcul de la valeur estimée d'un marché public tienne compte "*du montant total estimé, y compris toute forme d'option éventuelle et les reconductions du contrat éventuelles.*"

Il semble donc que les options se distinguent bien des reconductions, et qu'un même marché puisse ainsi comporter des options mais pas de reconductions, ou inversement, des reconductions mais pas d'options, voire qu'il comporte les deux... ou encore aucun de ces dispositifs.

### **I.3. Application aux achats similaires de travaux ou de services**

En troisième lieu, l'intégration des "marchés complémentaires" dans la catégorie des options mérite d'être précisée.

Certes, l'annexe VII de la directive 2004/18/CE précisant les "informations qui doivent figurer dans les avis" précise en des termes identiques pour les marchés de fournitures, de travaux ou de services la nécessité d' "*indiquer notamment les options concernant les achats/travaux complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options ainsi que le nombre de reconductions éventuelles*".

Que sont les achats ou travaux complémentaires, qui doivent être prévus à titre éventuel, sous forme d'option pour reprendre l'appellation communautaire, dès l'avis d'appel à candidatures ?

Il ressort de la lecture de la directive que sont concernés uniquement les achats complémentaires de travaux ou de services passés sur procédure négociée, dispensée de publication d'un avis d'appel à candidatures en vertu du b) de l'article 31.4 de la directive communautaire, c'est-à-dire

les *"nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte"*.

Il s'agit en effet de la seule hypothèse dans laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu d'indiquer dès la consultation lancée pour l'attribution du marché initial, la possibilité qu'il se réserve de recourir à cette procédure, le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services devant être pris en considération pour déterminer le seuil applicable au marché initial.

Cette disposition a été transposée dans le code des marchés publics à l'article 35 II 6°), sous l'appellation de *"marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence"*.

Ne sont en revanche pas concernés, contrairement à ce que la terminologie de "marché complémentaire" utilisée par le Conseil d'Etat pourrait laisser entendre, les marchés complémentaires de fournitures, de services ou de travaux visés par les 4° et 5° du II de l'article 35 du code des marchés publics.

Ces marchés complémentaires portent en effet sur des services, travaux ou fournitures qui n'avaient pas été prévus lors de la passation du marché initial, mais dont l'attribution à un autre opérateur qu'au titulaire du marché présenterait des inconvénients tels que cette circonstance justifie qu'ils soient confiés à ce dernier à l'issue d'une procédure négociation dispensée de publication d'un avis d'appel à candidatures.

Ils ne visent donc pas des achats qui pouvaient être anticipés dès la passation du marché initial, et ne peuvent donc évidemment pas donner lieu à une information dans l'avis de publicité relatif à ce marché.

Il convient encore de remarquer que les achats complémentaires de fournitures sont bien visés en tant que tels dans l'annexe VII précitée de la directive, celle-ci imposant de préciser la *"quantité de produits à fournir en indiquant notamment les options concernant des achats complémentaires et, s'il est connu, le calendrier provisoire des recours à ces options; ainsi que le nombre de reconductions éventuelles"*.

Toutefois, les achats complémentaires de fournitures tels qu'ils sont visés par l'article 31 2) b) de la directive ne paraissent pas correspondre aux hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur est en mesure, dès la passation du marché initial, de prévoir qu'il procèdera éventuellement à ces achats complémentaires et d'ailleurs, à l'inverse de ce qui est exigé en matière de travaux et de services, il n'est pas demandé d'indiquer cette possibilité dès la mise en concurrence du marché initial ni d'en tenir compte pour déterminer le seuil de procédure applicable.

Il semble donc que l'anticipation de l'acquisition éventuelles de fournitures supplémentaires à un marché initial ne puisse être opérée qu'à travers un dispositif de reconduction, c'est-à-dire à travers l'insertion d'une clause spécifique dans le marché initial permettant sa perpétuation (sous

réserve de la décision expresse du pouvoir adjudicateur), mais non à travers la passation d'un marché distinct donnant lieu à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation telle que la procédure négociée dispensée d'envoi d'avis d'appel à candidatures.

Cette reconduction devra ainsi être mentionnée dans la deuxième partie de la rubrique II.2.2 "options" de l'avis de publicité JOUE.

#### **I.4. Application aux marchés à tranches conditionnelles ?**

En dernier lieu, il n'est pas certain que le conseil d'Etat ait dressé une liste exhaustive des dispositifs susceptibles d'entrer dans la catégorie des options telle qu'appréhendée ci-dessus.

Il existe en effet dans le code des marchés publics un autre dispositif, non spécifiquement visé par les directives européennes "marchés", dont les caractéristiques devraient conduire, semble-t-il, à les inclure dans la catégorie des options au sens du droit communautaire.

L'article 72 dispose ainsi : *"Le pouvoir adjudicateur peut passer un marché sous la forme d'un marché à tranches conditionnelles.*

*Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche. Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affirmée avec retard ou n'est pas affirmée, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit."*

Ainsi, tout comme pour les achats complémentaires de travaux ou de services similaires, et les reconductions, le recours éventuel à une ou plusieurs tranches conditionnelles doit être anticipé dès la passation du marché initial, et donner lieu, en cours d'exécution du marché, à une décision expresse du pouvoir adjudicateur en vue de l'affermissement de la tranche.

Dès lors, dans la mesure où ces dispositifs sont de nature à avoir un impact sur l'étendue du marché (n'oublions pas que la rubrique "II.2.2. options" est incluse dans le point II.2) "Quantité ou étendue globale" du formulaire d'avis de publicité), et doivent être prévus dès la mise en place du marché initial, alors même que leur utilisation n'est qu'éventuelle, il apparaît indispensable d'en tenir informés les candidats potentiels.

Dans ces conditions, sauf à porter cette information dans la rubrique VI.3) "autres informations" du formulaire d'avis, il semble bien que le recours à la forme d'un marché à tranches conditionnelles doive être précisé dans la première partie de la rubrique II.2.2 options, en prenant soin de renvoyer à l'article 72 du code des marchés publics afin de permettre à tout opérateur de s'y reporter le cas échéant.

## **II. Le traitement des options au sens habituel du terme**

Pour revenir à la pratique des prestations "optionnelles" validée par le Conseil d'Etat, celui-ci a relevé que *"l'administration se réservait la possibilité de (la) demander, en complément de l'offre de base, lors de l'exécution du marché à bons de commande"* et a conclu qu'il ne pouvait s'agir d'une option au sens du droit communautaire dès lors qu'elle était *"prévue dans le cadre de l'exécution du marché et non pas dans le cadre d'un éventuel avenant ou marché complémentaire"*

La référence à l' "offre de base" semble renvoyer au dispositif des variantes, que le candidat peut proposer avec l'offre de base conformément à l'article 50 du code des marchés publics.

Cette approche présente le mérite de corroborer ce qui avait pu être indiqué dans le manuel d'application du code des marchés publics de 2001 : *"la distinction existant entre la variante et l'option ne porte pas sur le fond, elle repose sur la personne qui est à l'origine de cette forme d'offre. Il s'agit d'une option si c'est une demande de la personne publique et d'une variante lorsqu'il s'agit d'une proposition du candidat"*.

Cependant, deux constatations conduisent à ne pas assimiler le mécanisme examiné par le Conseil d'Etat à une variante.

D'une part, le Conseil d'Etat relève à deux reprises le fait que le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de faire exécuter la prestation optionnelle lors de l'exécution du marché, et non avant son attribution, de sorte que ce dispositif semble bien devoir être distingué de celui des variantes.

Ainsi, la décision de retenir une variante, c'est-à-dire une solution alternative à la solution de base décrite dans le cahier des charges du marché, ne saurait relever d'une décision prise discrétionnairement par le Pouvoir adjudicateur après l'attribution du marché, mais procède de la mise en œuvre des critères d'analyse des offres et des avantages comparés de l'offre de base avec l'offre variante comprenant la prestation alternative : celle des deux offres qui obtient la note globale la plus élevée doit être retenue.

C'est par conséquent nécessairement avant l'attribution du marché que doit être levée l'incertitude quant à la prestation qui sera finalement retenue.

D'autre part, lorsque la prestation optionnelle s'avère n'être plus seulement une alternative, mais bien une prestation "en plus", complémentaire, comme c'est précisément le cas en l'espèce, où la prestation vise un support d'assistance technique sensiblement plus étendu que dans la solution "de base", sa comparaison avec l'offre de base revient en définitive à comparer des solutions pour deux marchés portant en réalité sur des objets différents car répondant à des besoins différents.

Or l'objet de la variante, même lorsqu'elle est décrite par le pouvoir adjudicateur parallèlement à l'offre de base, est de permettre de répondre, par une solution alternative au même besoin que celui auquel répond l'offre de base.

D'ailleurs, comme souvent, la prestation "en plus" se traduira par un renchérissement de l'offre de base et la mise en œuvre du critère de prix devrait conduire à surclasser l'offre de base, car moins chère, par rapport à l'offre alternative, qui serait ainsi systématiquement pénalisée au regard de ce critère (sauf à mettre en place un système de notation, conduisant, par exemple, à noter les offres

sur deux échelles différentes dans un premier temps - sur 10 pour l'offre de base, sur 12 pour l'offre alternative - et à ramener les notes sur une échelle commune dans un second temps).

En définitive, la prestation optionnelle est probablement à rapprocher d'une tranche conditionnelle, en ce que l'option pourra être levée à la discrétion du pouvoir adjudicateur en cours d'exécution du marché ; elle s'en éloigne toutefois lorsqu'elle ne constitue pas un *ensemble cohérent* comme requis par l'article 72 ou encore, quand son exécution vient en substitution d'une prestation qui avait été initialement prévue, comme c'était le cas dans l'espèce soumise à la censure du Conseil d'Etat.

Cette pratique ne devrait donner lieu à information ni dans la rubrique II.2.2 des avis d'appels à candidatures consacrés aux options, ni dans la rubrique II.1.9 consacrée aux variantes, mais pourrait le cas échéant, être mentionnée dans la rubrique VI.3 consacrée aux "autres informations" devant figurer dans l'avis d'appel à candidatures à paraître au JOUE.

**Tableau comparatif des différents dispositifs évoqués dans l'article**

|  | Texte visé   | travaux | fournitures | Services | Similarité d'objet avec le marché initial | Prévu par le marché initial |
|--|--|---------|-------------|----------|---|-----------------------------|
| <b>Achats similaires</b>                 | - Art. 31 4 b) directive*<br>- Article 35 II 6° CMP            | oui     | non         | oui      | oui                                       | oui                         |
| <b>Achats complémentaires</b>            | - art. 31.2 b), 31.4.b) directive<br>- art. 35.3° et 4° du CMP | oui     | oui         | oui      | Pas nécessairement                        | non                         |
| <b>avenants</b>                          | Art. 20 CMP  | oui     | oui         | oui      | Pas nécessairement                        | non                         |
| <b>reconduction</b>                      | Art. 10 CMP  | oui     | oui         | oui      | oui                                       | oui                         |
| <b>Marché à tranches conditionnelles</b> | Art. 72 CMP  | Oui     | oui         | oui      | Pas nécessairement                        | oui                         |