

Prévoir une PSE en toute légalité : un défi ?

Prévoir une ou plusieurs prestations supplémentaires éventuelles (PSE) dans un marché se révèle être un véritable défi. Quid des prestations pouvant être une PSE ? Sur quels critères les apprécier ? Comment les analyser ? Faute de normes juridiques, l'acheteur se retrouve constamment dans le doute. D'autant que certains assimilent parfois le régime de la PSE à la variante et que le dispositif proposé par la DAJ est contesté.

« J'applique l'article 58 du décret des marchés publics consacré aux variantes lorsque je prévois des prestations supplémentaires éventuelles (PSE) dans mon cahier des charges », déclare un acheteur d'une grande collectivité. Pourtant les trois avocates interrogées à ce sujet sont unanimes : les deux régimes juridiques sont distincts. La prestation supplémentaire s'ajoute à celle obligatoirement demandée. La personne publique est libre de la lever au stade de l'attribution. Quant à la variante, elle est une solution alternative se substituant à la solution de base. Elle est jugée en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les modalités identiques définis dans les documents de la consultation, précise la Direction des affaires juridiques (DAJ).

PSE



Fréquemment utilisée, la PSE n'est toujours pas régie par la réglementation, constate Laure Thierry du cabinet Vedesi (photo ci-contre). Le juge administratif a reconnu cette pratique (CE, 15 juin 2007, Ministre de la défense, n° 299391) sans l'encadrer. Son salut aurait pu venir de la réforme de la commande publique mais les rédacteurs se sont contentés de coller aux directives européennes. Il faut dire que cette notion est encore méconnue par Bruxelles.

Toutefois, il se peut qu'une juridiction décide un jour de regrouper les solutions alternatives et supplémentaires sous le vocable de variante, avance Florence David, avocate au sein du cabinet Earth. Mais pour le moment ce scénario reste une fiction, prévient-elle.

Les deux modèles de la DAJ

Bien qu'il n'existe pas de texte, les principes généraux de la commande publique s'appliquent, rappelle l'associée du cabinet Earth. La DAJ dans sa fiche « L'examen des offres » a essayé d'apporter un cadre tant pour le montage juridique que pour l'évaluation. La PSE doit être en lien avec l'objet du marché et les spécifications techniques doivent être décrites avant la passation. Leur multiplication est proscrite, puisque cela peut être assimilée à une mauvaise définition des besoins, confirme Maître Emmanuelle Aubrun-Finat (photo ci-dessous). Pour Bercy, ces conditions



s'appliquent indifféremment que la PSE soit obligatoire ou facultative. En effet, elle distingue deux modèles. Dans le premier, les candidats sont contraints de chiffrer ces prestations supplémentaires. Contrairement au second où la fixation du prix est une faculté. Selon les avocates, ces règles ont une portée limitée pour le dernier cas. Ces prescriptions n'étant pas fondées sur une base légale, aucune norme n'interdit à un acheteur d'autoriser la proposition de fournitures ou de services supplémentaires sans les définir, estime Maître Laure Thierry. Ainsi il peut bénéficier de prestations

non imaginées lors de la préparation du marché. Mais elle recommande avec insistance de les détailler préalablement car le risque d'un contentieux est élevé ; le juge ne s'est pas encore prononcé sur cette question. De son côté, Florence David émet deux

objections. Potentiellement ces nouveautés peuvent faire l'objet d'un marché à part. En les acceptant, le pouvoir adjudicateur se détourne des règles de mises en concurrence. Ensuite, cette pratique est susceptible de favoriser les grandes entreprises, plus à même à offrir des suppléments, au détriment des petites et des moyennes. La personne publique peut donc être influencée même si la PSE n'est pas évaluée.

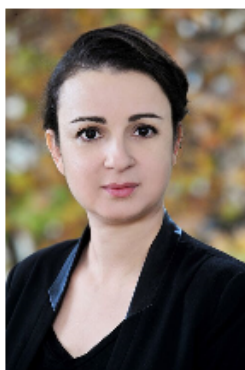
“ Aucune norme n'interdit à un acheteur d'autoriser la proposition de fournitures ou de services supplémentaires sans les définir ”

La méthode d'analyse des PSE facultatives controversée

Le procédé d'évaluation des offres préconisé par la DAJ diffère selon le modèle de la PSE. Lorsque les entreprises apprécient nécessairement la prestation supplémentaire, les avocates plébiscitent la méthode envisagée. L'acheteur doit réaliser autant de classement des offres qu'il existe de combinaisons possibles. Ainsi dans l'hypothèse où deux PSE sont prévues, il est présenté quatre classements (C) (C1 offres de bases ; C2 offres de bases + PSE 1 ; C3 offres de bases + PSE 2 ; C4 offres de bases + PSE 1 + PSE 2). Au stade de l'attribution, l'acheteur décide s'il souhaite obtenir ou non une partie ou la totalité des PSE. De cette décision découle le classement retenu (et le candidat en tête obtient le contrat). Concernant les critères d'attribution, un passage de la fiche DAJ « L'examen des offres » est obscur : « si le choix de retenir ou non les PSE découle de l'application des critères d'attribution, il ne s'agit pas de PSE mais de variantes ». L'interprétation de cette disposition par Maître Aubrun-Finat est la suivante : « dans le cas d'une variante, seule l'application des critères d'attribution permet à l'acheteur de déterminer s'il entend retenir l'offre de base ou celle-ci au regard des avantages techniques et du prix. A l'inverse la PSE ne se substituant pas, l'acheteur décide d'y recourir indépendamment des critères ». Néanmoins les fournitures ou services en supplément doivent faire l'objet d'une analyse. L'utilisation de critères différents est possible. L'essentiel est de prévoir clairement dans les documents de la consultation la méthode. D'autre part la notation de la ou des PSE ne doit pas être prépondérante dans la note finale, affirme Florence David. A défaut, une mauvaise définition des besoins peut être soupçonnée.

Gare aux recours

Lorsque les entreprises ne sont pas contraintes de chiffrer les prestations supplémentaires, la DAJ propose une démarche différente (fondée sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 juin 2007, Ministère de la Défense). « L'acheteur analyse en une seule fois l'ensemble des offres, sans tenir compte des PSE. Il ne pourra décider de retenir les PSE que si elles sont associées à l'offre retenue après examen des offres. Ce choix est effectué au moment de l'attribution ». La position de Bercy est vivement



contestée par les avocates. Florence David (photo ci-contre) relève au préalable une contradiction dans la philosophie de cette pratique. En principe, le pouvoir adjudicateur choisit s'il décide de lever ces solutions supplémentaires et sélectionne dans un second temps l'attributaire. Dans le cadre d'une PSE facultative le processus est inversé et s'apparente plus à une variante. Laure Thierry met en avant l'absence de garantie de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, par exemple lorsque l'attributaire moins disant ne l'est plus quand l'acheteur décide de bénéficier de la ou des PSE. Dans ce cas, le choix de l'acheteur serait contraire à la réglementation et le marché serait de facto irrégulier. Le

candidat arrivé en deuxième position aurait des arguments à faire valoir devant le juge du référé précontractuel. Même si les trois avocates n'ont pas eu connaissance de contentieux aujourd'hui dans ce domaine, elles déconseillent fortement d'envisager des PSE facultatives.