

MARCHES PUBLICS A BONS DE COMMANDE ET ACCORD-CADRES

PROBLEME

Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché à bons de commande, en application de l'article 77 du Code des marchés publics.

Les accords-cadres définis à l'article 77 sont passés selon les procédures et dans les conditions prévues par le code des marchés publics. Dans ces accords-cadres le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum.

Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre, dénommés marchés subséquents, sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés subséquents intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.

Il est à noter que si la totalité des prestations prévues au contrat a été réalisée avant l'expiration de la durée du marché (s'il s'agit par exemple d'un marché dont le maximum en quantité ou en prix est atteint avant la date d'échéance normale du contrat), le contrat, ayant été exécuté, prend fin. En conséquence, une décision formelle de résiliation n'a pas lieu d'être (Rép. Min. n° 19136, JO Sénat du 1^{er} décembre 2005, p.3098).

TEXTES

Articles 76 et 77 du code des marchés publics

I – MARCHÉ A BONS DE COMMANDE

1. DEFINITION DU MARCHÉ

1- Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. Selon l'instruction du 3 août 2006, abrogée aujourd'hui, ce type de marché peut être mis en œuvre lorsque l'acheteur public n'est pas en mesure de connaître précisément à l'avance les quantités à commander ou s'il a des raisons de douter de la possibilité de réaliser en une seule fois l'ensemble d'un programme (à comparer toutefois avec les marchés à tranches fermes et conditionnelles). Le pouvoir adjudicateur n'a néanmoins aucune obligation de recourir à un tel marché (RM n°25456 du 15 février 2007, JO Sénat page 346).

2- Conformément à l'article 77 du Code des marchés publics, lorsque le marché à bons de commande est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci doivent être au minimum au nombre de trois, sauf insuffisance de candidats et d'offres.

3- Le marché peut prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, mais il peut aussi être conclu avec seulement un minimum, seulement un maximum, voire ni l'un ni l'autre, ce qui donne toute liberté à l'acheteur public qui n'est plus tenu de garantir dès le départ un minimum de dépenses (CAA Paris, 13 mars 2007, Société automobiles Citroën, n°04PA02721).

La circulaire du 14 février 2012 recommande cependant de conclure, si cela est possible, des marchés à bons de commande avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité afin d'obtenir des offres économiquement plus avantageuses.

Le Conseil d'Etat est venu préciser récemment qu'un pouvoir adjudicateur pouvait valablement ne publier qu'un seuil minimum et maximum, sans faire connaître

d' « estimation de la part que pouvait représenter dans l'ensemble du marché chacune des prestations distinctes demandées aux entreprises candidates » (CE, 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence, req. n°335611). En revanche, il est recommandé, lorsque l'avis d'appel public à concurrence ne contient ni maximum, ni minimum, de faire figurer à titre indicatif et prévisionnel les quantités des prestations à fournir pour apprécier l'étendue du marché (CE, 24 octobre 2008, Communauté d'agglomération de l'Artois).

C'est ainsi que la Cour administrative d'appel de Marseille a pu sanctionner la procédure de passation d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum pour lequel l'avis d'appel public à la concurrence ne comportait pas les informations exigées par la réglementation communautaire, à savoir la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des travaux estimée pour toute la durée du marché ainsi que, dans la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer. Plus précisément, elle a reproché au pouvoir adjudicateur de n'avoir mentionné que des « *fourchettes indicatives non contractuelles des montants* » dans le règlement de la consultation, et non pas dans l'avis d'appel public à concurrence (CAA Marseille, 28 novembre 2012, req. n°10MA01413).

Dans tous les cas, il est nécessaire de déterminer la nature précise des besoins et l'objet du marché, quand bien même la quantité serait inconnue. Par exemple, cette exigence n'était pas satisfaite s'agissant d'une délibération par laquelle un département avait décidé de recourir à un marché à bons de commande pour se fournir en billets d'accès à des manifestations sportives car s'il existait un maximum et un minimum en termes de quantités de titres à acquérir, aucune indication n'était fournie quant à la catégorie de places qui ferait l'objet de l'achat (CAA Lyon, 7 avril 2011, Département du Rhône, n°09LY02983).

2. PASSATION DU MARCHÉ

Comme les autres marchés fractionnés, les marchés à bons de commande sont passés, en fonction de leurs caractéristiques, selon les différentes procédures prévues par le code des marchés publics telles qu'elles sont rappelées par l'article 26 :

- Appel d'offres ouvert ou restreint,
- Procédures négociées,
- Dialogue compétitif,

- Concours,
- Système d'acquisition dynamique,
- Procédure adaptée.

La circulaire du 14 février 2012 rappelle que conformément à l'article 27 du Code des marchés publics, les marchés passés sans maximum en valeur ou en quantité doivent être passés selon une procédure formalisée, y compris pour les marchés de services relevant de l'article 30 du Code des marchés publics.

3. DUREE DU MARCHE

En principe, la durée des marchés à bon de commande ne peut dépasser 4 ans. Cependant, l'article 77-II du code des marchés publics prévoit que dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans.

4. EXECUTION DU MARCHE

1- Elle intervient par l'intermédiaire de l'émission des bons de commande sans négociation, ni remise en concurrence, même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques. Ils sont répartis entre ces titulaires selon des modalités fixées par le marché.

2- L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles des prestations faisant l'objet du marché.

Cette durée d'exécution ne peut se prolonger au-delà de la limite de validité du marché sans méconnaître l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques (article 77 II du CMP).

II – ACCORD CADRE

1. DEFINITION

Un accord-cadre est un contrat conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques, exécuté au fur et à mesure des besoins par la conclusion de marchés subséquents.

L'accord-cadre peut être conclu avec un minimum et un maximum en quantité ou en valeur, ou être conclu seulement avec un minimum, seulement avec un maximum, ou sans l'un ni l'autre.

Lorsque l'accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci doivent être au minimum au nombre de trois, sauf insuffisance de candidats ou d'offres. Contrairement à ce qui est le cas dans un système d'acquisition dynamique, aucun opérateur économique ne peut s'ajouter aux candidats sélectionnés une fois l'accord cadre attribué.

S'agissant de son contenu, l'accord cadre n'est pas un simple système de référencement ; il crée des droits et obligations entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques attributaires, tenus de présenter des offres pour les marchés subséquents.

L'accord cadre doit contenir une définition préalable des critères sur la base desquels seront sélectionnés les attributaires des marchés subséquents (Article 76 III 5° du CMP). Le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu d'informer de manière appropriée les candidats sur les critères d'attribution des marchés subséquents et sur les conditions de mise en œuvre de ces critères dès l'engagement de la procédure de consultation de l'accord-cadre. Cette information peut se traduire, en cas de pondération des critères, par l'indication d'une fourchette suffisamment précise exprimant le poids respectif de chaque critère, poids qui sera précisé lors de la passation de chaque marché subséquent. Cependant, le pouvoir adjudicateur ne peut se contenter de mentionner quatre critères d'attribution dont les fourchettes seraient respectivement comprises entre 30 et 100%, 0 et 70%, 0 et 50% et 0 et 30% dès lors que les candidats ne sont pas à même de déterminer si le marché subséquent sera attribué sur la base de l'ensemble des critères annoncés, de certains d'entre eux, ou du seul critère prix (CE, 5 juillet 2013, req. n°368448).

Il est également nécessaire que soient prévues un certain nombre de conditions financières, relatives notamment aux modalités de détermination du prix dans les marchés subséquents.

2. PASSATION DU MARCHE

Les accords-cadres sont passés selon une des procédures prévues à l'article 26 du Code des marchés publics, en fonction du montant estimé des prestations :

- appel d'offres ouvert ou restreint ;
- procédures négociées ;
- dialogue compétitif ;
- concours ;
- système d'acquisition dynamique ;
- procédure adaptée.

3. DUREE DU MARCHE

La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans, sauf cas exceptionnels justifiés par l'objet du contrat, ou par le fait que son exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans.

4. EXECUTION DU MARCHE

L'exécution de l'accord-cadre s'effectue par la conclusion de marchés subséquents, avec le ou les titulaires de l'accord-cadre.

Lorsque l'accord-cadre a été attribué à plusieurs opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur est tenu de les consulter par écrit et d'organiser une mise en concurrence en laissant aux titulaires un délai suffisant pour présenter leurs offres.

Les offres des titulaires de l'accord-cadre doivent être conformes aux caractéristiques fixées dans les documents de la consultation afférente à l'accord-cadre.

Le marché subséquent sera attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, au regard de critères non discriminatoires fixés dans l'accord-cadre.

La circulaire du 14 février 2012 précise que si la commission d'appel d'offres n'est pas compétente pour se prononcer sur l'attribution de ces marchés subséquents, cette décision relevant de la seule compétente du représentant du pouvoir adjudicateur, il est néanmoins conseillé de la consulter pour avis lorsque le montant de ces marchés dépasse les seuils communautaires.

Lorsque l'accord-cadre est attribué à un seul opérateur, les marchés subséquents lui sont attribués. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins lui demander au préalable de compléter son offre, sans toutefois lui apporter de modifications substantielles.

Les négociations sont en effet interdites dans le cadre de la procédure de passation des marchés subséquents lorsque le marché initial a été passé selon une procédure formalisée.

A noter également que les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande, exécutés conformément aux dispositions de l'article 77 du Code des marchés publics.

III – BESOINS DE FAIBLES MONTANTS

Pour ses besoins dits « occasionnels de faible montant », le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché ou de l'accord-cadre, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas la somme de 10 000 euros HT.

Dans le cadre de marché à bons de commande, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché pour des besoins occasionnels de faible montant, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas 1 % du montant total du marché, ni la somme de 10 000 Euros HT.

Les articles 76 et 77 rappellent que le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum du marché ou de l'accord-cadre lorsque celui-ci est prévu.

□ NOTA

Le titulaire d'un marché à bons de commandes dont le minimum n'a pas été atteint, a droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit de ce fait. Ce préjudice comprend le bénéfice net dont le titulaire a été privé ainsi que les frais inhérents au personnel demeuré à son service sans pouvoir être affectés à d'autres tâches (CAA Nancy, 23 mars 2006, commune de Sarreguemines).

Les fournisseurs sont dispensés de produire des mémoires ou des factures pour le paiement des travaux, fournitures ou services effectués pour le compte des collectivités territoriales et des établissements publics locaux jusqu'à la limite de 230 euros (Arrêté du 27 février 1989 portant à 1 500 F la limite jusqu'à laquelle les fournisseurs sont dispensés de produire des mémoires ou des factures).

Les règles applicables en la matière vont néanmoins évoluer prochainement en raison de la transposition des directives marchés publics n°2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014. A cet effet, leur transposition a été effectuée par l'Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui doit entrer en vigueur à une date fixée par décret et avant le 1^{er} avril 2016. Elle ne pourra s'appliquer, en tout état de cause, aux contrats dont la procédure de passation a été engagée avant le 1^{er} janvier 2016.