

FICHE

Les-accords-cadres

Si le code des marchés publics de 2006 opérait, contrairement au droit européen, une distinction entre les accords-cadres et les marchés à bons de commande, l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et de son décret d'application n°2016-360 du 25 mars 2016 met fin à cette dichotomie et s'aligne ainsi avec le droit européen en intégrant les marchés à bons de commande dans la catégorie des accords-cadres. Comme les marchés subséquents, les bons de commande doivent désormais être envisagés comme des modalités d'exécution des accords-cadres. Il est ainsi mis fin à l'ambiguïté qui imposait aux acheteurs de cocher, dans l'avis d'appel à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), la case « accord-cadre » alors qu'il s'agissait d'un marché à bons de commande.

A cet égard, l'article 4 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative à la passation des marchés publics et l'article 33 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014 définissent dans les mêmes termes la notion d'accord-cadre qui englobe « les contrats conclus entre un ou plusieurs acheteurs (...) et un ou plusieurs opérateurs économiques (...), ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ».

Instrument de planification et d'assouplissement de la commande publique, l'accord-cadre est un contrat par lequel l'acheteur public s'engage à passer des marchés auprès du ou des titulaires de l'accord, pendant une période donnée, au fur et à mesure de ses besoins et pour des prestations déterminées.

L'article 78 du décret n°2016-360 prévoit plusieurs modalités d'exécution de l'accord-cadre qui diffèrent selon le contenu de l'accord-cadre. Pour les marchés de défense ou de sécurité, les accords-cadres sont régis par les articles 70 à 72 du décret n°2016-361. Les spécificités propres aux accords-cadres de défense ou de sécurité sont abordées en fin de fiche.

Si l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées à l'article 79.

Dans le cas contraire, si toutes les stipulations contractuelles sont fixées dans l'accord-cadre, celui-ci sera exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 80.

L'acheteur pourra également mêler ces deux options et recourir à un accord-cadre exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande¹.

L'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation ne modifie pas les règles applicables à ces différents types d'accords-cadres édictées par l'ancien code des marchés publics. Les souplesses propres aux entités adjudicatrices en matière d'accord-cadre (s'exécutant par l'émission de bons de commande ou par la passation de marchés subséquents) ont été maintenues, la seule différence résidant dans la fixation, conformément à la directive 2014/25/UE, d'une limitation de principe de la durée maximale des accords-cadres de ces acheteurs particuliers.

¹ Les marchés subséquents peuvent aussi être exécutés au moyen de bons de commandes dans les conditions fixées à l'article 80 du décret. Parce que le marché subséquent doit prévoir l'ensemble des termes contractuels applicables, il n'est juridiquement pas envisageable qu'un marché subséquent puisse s'exécuter par la conclusion d'autres marchés subséquents.

1. Des dispositions communes régissant tous les accords-cadres

La nouvelle réglementation unifie le régime juridique des accords-cadres. Les acheteurs sont tenus de respecter certaines dispositions communes à tous les accords-cadres nonobstant leurs modalités d'exécution.

1.1. Le recours à l'accord-cadre relève de l'appréciation de l'acheteur

Aucune condition particulière n'est imposée pour pouvoir recourir aux accords-cadres. Ils peuvent être conclus dans tous les domaines (travaux, fournitures et services), même s'ils sont peu adaptés aux travaux neufs de génie civil ou de bâtiment qui se caractérisent par une unité fonctionnelle et dont tous les détails doivent être connus dès l'origine. La philosophie de l'accord-cadre repose sur la possibilité d'ajuster la réponse aux besoins, à mesure de l'apparition de ceux-ci.

L'accord-cadre permet à l'acheteur public de bénéficier d'une grande réactivité des prestataires au moment de l'apparition des besoins, alors que les procédures de droit commun supposent, dans de nombreux cas, une publicité préalable avec des délais de procédure plus longs. L'accord-cadre s'exécutant par la conclusion de marchés subséquents (accord-cadre de l'article 79) donne aussi à l'acheteur la possibilité d'ajuster la réponse à ses besoins, au moment où il peut les identifier et décider de l'achat.

L'accord-cadre de l'article 79 est ainsi particulièrement adapté pour les achats répétitifs, mais dont les contours ne sont pas totalement délimités en amont, ou qui sont susceptibles d'évolutions technologiques. Par comparaison aux accords-cadres à bons de commande, l'accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquents offre la possibilité de ne pas définir, à l'avance, de manière précise, les règles qui prévaudront pour le choix du prestataire appelé à exécuter les prestations et de pouvoir mettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre afin de bénéficier, tout au long de l'accord cadre, de la meilleure qualité au meilleur prix.

Ex. : l'acheteur peut opter pour cette formule lorsqu'il souhaite bénéficier de services d'agence de voyage. Dans ce cas, l'intérêt réside dans la possibilité de remettre en concurrence, selon une procédure rapide, les agences de voyage pour chacune des prestations. Il devrait également avoir un grand intérêt pour les marchés de communication ou pour les marchés d'équipements informatiques à fort potentiel d'évolution technologique, et si les délais de réaction pour exécuter la prestation doivent être très rapides au moment de la survenance des besoins.

L'accord-cadre à bons de commande permet à l'acheteur de réaliser des achats répétitifs en organisant une seule procédure de mise en concurrence des fournisseurs potentiels et de bénéficier d'une réactivité accrue lors de la survenance de leur besoin, au prix déterminé par le marché public.

Ex. : Les accords-cadres à bons de commande sont particulièrement adaptés aux achats répétitifs de fournitures ou services courants tels que par exemple, les fournitures de bureaux, les denrées alimentaires, le gardiennage ou le nettoyage des locaux. Tous les types de prestations peuvent faire l'objet de tels marchés, y compris de travaux, industriels, informatiques ou de prestations intellectuelles.

Toutefois, pour les prestations industrielles, outre que l'organisation d'un concours pour sélectionner un plan ou un projet est parfois obligatoire, la nécessité d'adapter le contrat à chaque besoin milite plutôt pour le recours à un accord-cadre s'exécutant par la conclusion des marchés subséquents.

En outre, Il est toujours possible de conclure un accord-cadre « composite » correspondant pour partie à un accord-cadre et pour partie à un marché ordinaire, à condition :

- que les deux types de prestations soient clairement identifiés ;
- que la partie correspondant à un accord-cadre obéisse aux règles propres aux accords-cadres et que la partie « marché » respecte celles relatives au marché ;

- et que la conclusion d'un marché public non alloti soit autorisée par les dispositions relatives à l'allotissement².

Il est, à ce propos, rappelé qu'en aucun cas un accord-cadre s'exécutant par l'émission de bons de commande supposerait obligatoirement des prix unitaires ; en aucun cas, la forme de prix ne détermine l'utilisation d'un marché ou d'un accord-cadre de l'article 79 ou 80 du décret n°2016-360.

Il est également possible de recourir à un accord-cadre qui s'exécuterait à la fois par l'émission de bons de commande et la conclusion de marchés subséquents, sous réserve de bien définir dans quels cas il sera recouru à un marché subséquent ou à des bons de commande et que chaque partie du contrat respecte les dispositions correspondantes du décret n°2016-360 (article 79 ou 80).

Le recours à l'accord-cadre contribue à réaliser des économies (notamment en termes de coûts de procédure et de propositions de prix plus avantageuses) et à optimiser les conditions d'achat en permettant aux acheteurs de planifier leurs achats.

1.2. Le recours à l'accord-cadre suppose de respecter certaines exigences prévues par la réglementation

L'accord-cadre n'est pas un simple système de référencement permettant de constituer un fichier de prestataires ou de fournisseurs. C'est un contrat comportant des obligations et des engagements pour chacune des parties. S'il permet que certains termes des marchés subséquents ne soient fixés qu'au moment de la conclusion de ces marchés, l'accord-cadre ne saurait se contenter de définir sommairement les besoins, permettant ensuite à l'acheteur d'être complètement libre dans la fixation de ses exigences.

Outre le détournement de procédure qu'une telle interprétation caractériserait, elle conduirait à rendre inefficace la procédure d'un point de vue économique, aussi bien pour l'acheteur que pour l'entreprise, en ne leur permettant pas un minimum de planification des commandes.

1.2.1. L'accord-cadre doit comporter les éléments relatifs à l'offre elle-même

Dans le cadre d'un accord-cadre à bons de commande, l'acheteur doit faire figurer dans les pièces de son marché public l'ensemble des stipulations contractuelles portant tant sur ses modalités de passation que d'exécution, à l'instar d'un marché ordinaire, conformément aux dispositions de l'article 78.

L'accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquents offre à l'acheteur une certaine souplesse dans la fixation de son contenu. Il ne doit pas être pour autant une coquille vide n'engageant aucune des parties.

Certains termes des marchés subséquents peuvent n'être fixés qu'au moment de la conclusion de ces marchés. L'accord-cadre de l'article 79 ne saurait s'en tenir à une définition sommaire des besoins, permettant ensuite à l'acheteur d'être complètement libre dans la fixation de ses exigences. Outre le détournement de procédure qu'une telle pratique caractériserait, elle conduirait à rendre inefficace la procédure d'un point de vue économique, aussi bien pour l'acheteur que pour l'entreprise, en ne leur autorisant pas un minimum de planification des commandes.

Il est par conséquent indispensable que l'accord-cadre comporte un certain nombre d'informations sur les engagements des parties et les conditions de passation des marchés subséquents.

Le décret précise que les critères de sélection des offres définitives des marchés subséquents sont définis dans l'accord-cadre lui-même (art. 79-II-4°).

² CE, 29 octobre 2010, SMAROV, n°340212.

La question se pose alors de savoir quel est le degré de précision que l'accord-cadre exécuté avec remise en concurrence (accord-cadre de l'article 79) doit comporter sur les engagements des parties.

Concernant plus particulièrement les clauses relatives au prix ou aux modalités de sa détermination, il s'agira de fixer un certain nombre de conditions financières, sans pour autant figer celles-ci. Les documents de l'accord-cadre doivent énoncer un prix déterminé ou, à tout le moins, déterminable.

Si l'acheteur opte pour un critère unique, il devra recourir au critère du prix ou du coût global pour sélectionner les titulaires des marchés subséquents en application des dispositions de l'article 62 II 1° du décret.

Une attention particulière est nécessaire, lors de la détermination des termes de l'accord-cadre, car ils ne pourront, en aucun cas, être substantiellement modifiés ultérieurement comme le précise le I de l'article 79 du décret.

Ex. : Un marché subséquent modifie substantiellement les termes de l'accord-cadre dès lors qu'il comporte de nouvelles prestations non prévues dans le périmètre initial de l'accord-cadre.

1.2.2. La durée de l'accord-cadre est encadrée

1.2.2.1. Pour les pouvoirs adjudicateurs

Le III de l'article 78 prévoit que la durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, il prévoit que, dans des cas exceptionnels justifiés, un accord-cadre peut être passé pour une durée supérieure, notamment en raison de son objet ou du fait que son exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. L'acheteur doit toujours pouvoir justifier se trouver dans une de ces hypothèses lorsqu'il prévoit une durée de validité supérieure à quatre ans.

Pour les accords-cadres faisant l'objet d'un avis d'appel à la concurrence publiée au JOUE, cette justification doit être portée dans l'avis d'appel à la concurrence³ mais n'a pas obligatoirement à être reprise dans les documents de la consultation remis aux candidats⁴. Pour les autres accords-cadres, cette information doit figurer dans les documents du marché public s'il s'agit d'une information utile pour les candidats. Cette justification doit être portée dans le rapport de présentation demandé à l'article 105 lorsque l'établissement d'un tel rapport est obligatoire.

Ex. : L'acheteur doit acquérir un logiciel pour réaliser une étude envisagée sur une période de 5 ans. Il doit de ce fait en plus de l'acquisition bénéficier de prestations de maintenance qui justifierait un accord-cadre à bons de commande. Il a procédé à un sourçage et a constaté que les opérateurs susceptibles de répondre à ses besoins détiennent tous légalement un droit exclusif sur la maintenance. Dans ces circonstances particulières, l'acheteur pourrait le cas échéant prévoir un accord-cadre d'une durée de 5 ans qui intègre les prestations de maintenance du logiciel.

Il s'agit d'une durée maximale qui n'interdit pas aux acheteurs de retenir une durée plus courte. Ils peuvent également opter pour une formule comprenant une période ferme reconductible, et bénéficier pleinement de la réactivité offerte par le régime des marchés à bons de commande.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un accord-cadre assorti d'un montant maximum, ce montant constitue la limite supérieure des obligations contractuelles tant du pouvoir adjudicateur que du ou des titulaires de l'accord-cadre. Ainsi, celui-ci prend fin de plein droit dès lors que le montant maximum est atteint et ce, quand bien même sa durée de validité ne serait pas encore expirée. En revanche, il s'avère impossible de mettre fin à l'accord-cadre avant son terme au seul motif que le montant minimum fixé aurait été atteint.

Dans le cadre d'un accord-cadre, la durée maximale de quatre ans concerne la seule émission des bons de commande ou la conclusion des marchés subséquents, qui doit avoir lieu pendant la durée de validité de l'accord-cadre. Un bon de

³ Règlement d'exécution de la Commission n° 842/2011 du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement (CE) n° 1564/2005 – Annexe II : Formulaire standard 2: « Avis de marché », rubrique II.1.4)

⁴ CE, 10 mai 2006, Société Schiocchet, n° 288435.

commande émis alors que la durée de validité de l'accord-cadre est expirée ne peut faire naître aucune obligation contractuelle et n'ouvre donc pas droit au paiement du titulaire. Toutefois, celui-ci peut demander à être indemnisé sur le fondement de l'enrichissement sans cause⁵. Il en est de même pour les bons de commande émis dans le cadre d'un marché subséquent qui ne peuvent l'être une fois le marché subséquent arrivé à terme.

L'exécution des bons de commande peut néanmoins se poursuivre au-delà de cette durée, notamment pour assurer la continuité d'un approvisionnement durant le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant. Ainsi, si un bon de commande est émis en fin d'exécution de l'accord-cadre ou du marché subséquent, il restera valide après l'expiration de l'accord-cadre ou du marché subséquent en application duquel il a été émis.

La durée d'exécution des bons de commande ou des marchés subséquents au-delà du terme de l'accord-cadre doit cependant être raisonnable. Les dispositions du IV de l'article 78 du décret n°2016-360 proscrivent une date d'émission et une durée d'exécution des bons de commande ou de marchés subséquents qui conduiraient à méconnaître l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques, c'est-à-dire dans des conditions faisant apparaître une manœuvre destinée à prolonger cette durée au-delà du raisonnable. Cette durée doit s'apprécier en fonction de l'objet et des caractéristiques de la prestation, mais ne devrait, en principe, pas dépasser le temps nécessaire pour sa réalisation.

1.2.2.2. Pour les entités adjudicatrices

S'agissant des entités adjudicatrices, la durée maximale de principe de leur accord-cadre est fixée à 8 ans (art.78 III).

A l'exception de cette particularité, les règles ci-dessus exposées sont les mêmes.

L'article 106 du décret n°2016-360 n'impose pas aux entités adjudicatrices de conserver la justification si elles optent pour une durée excédant 8 ans. Pour des raisons de sécurité juridique, il est néanmoins recommandé de conserver cette justification.

1.2.3. L'accord-cadre peut être mono-attributaire ou multi-attributaire

La détermination a priori par, l'acheteur, du nombre de titulaires qu'il a l'intention de retenir doit être guidée par le souci d'instaurer un équilibre entre les nécessités d'une procédure d'achat, qui doit être rapide, et la préservation d'une concurrence effective entre les titulaires eux-mêmes au sein de l'accord-cadre. Ce choix relève de la libre appréciation de l'acheteur.

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

1.2.4.1. Existence d'un minimum ou d'un maximum

L'existence ou l'absence de minimum détermine l'étendue des obligations des parties. Toutefois, celle-ci varie selon qu'il y a eu mono ou multi-attribution. Les règles qui suivent s'appliquent aussi aux marchés subséquents qui prévoiraient des minimums et maximums et s'exécuteraient par l'émission de bons de commande.

Lorsqu'un accord-cadre est attribué à un seul titulaire, l'administration est tenue de conclure avec lui des marchés subséquents ou de passer des commandes à hauteur du minimum apprécié sur la durée totale de l'accord-cadre, sauf à devoir indemniser le titulaire.

L'engagement de l'acheteur sur un montant minimum crée un droit à indemnisation au profit du titulaire unique dans l'hypothèse où ce montant ne serait pas atteint. Le montant de l'indemnité ne correspond pas alors à la différence entre le

⁵ CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, Sté Bull SA, n°08BX00203.

montant minimum et le montant des prestations réalisées. Elle correspondra à la marge bénéficiaire nette supplémentaire qu'aurait dégagée le titulaire en cas d'exécution des commandes manquantes pour atteindre ce minimum⁶. La rémunération des employés de l'entreprise n'est indemnisable que s'il est démontré que cette rémunération constitue une charge qui aurait été couverte par le règlement du minimum prévu par l'accord-cadre⁷. La jurisprudence a pu admettre également que les frais d'études engagés pour la réalisation de prestations spécifiques ou encore les frais inhérents à la mobilisation du personnel pour l'exécution du marché public soient mis à la charge de l'acheteur⁸.

Dans le cas particulier des accords-cadres multi-attributaires, le droit à indemnisation sera difficile à établir. Deux hypothèses peuvent être envisagées.

1° Si le niveau minimum de commandes n'est pas atteint du fait de l'infirmité des diverses remises en concurrence des co-titulaires de l'accord-cadre, l'acheteur ne peut se voir reprocher une quelconque faute. Aucune indemnité ne saurait être versée à ce titre.

2° Si l'acheteur n'a pas pris les dispositions nécessaires pour remettre en concurrence les co-attributaires afin d'atteindre le montant minimum, il a manqué à ses engagements envers les titulaires de l'accord-cadre. Mais, s'il y a bien faute de l'administration, il n'y a pas de préjudice certain sauf dans certains cas si cela est démontré. En effet, aucun des titulaires ne pourra en principe justifier que, s'il y avait eu remise en concurrence, il aurait nécessairement emporté les marchés subséquents. Il ne sera donc pas fondé à demander une indemnité pour manque à gagner.

Cette dernière hypothèse est transposable aux accords-cadres à bons de commandes multi-attributaires. En effet, si le montant minimum de l'accord-cadre n'est pas atteint, les titulaires ne sont, en principe, pas fondés à demander une indemnisation dès lors que le montant minimum de commandes pour chacun des titulaires ne peut être déterminé avec certitude à la lecture de l'accord-cadre. En effet, seul le préjudice certain peut être indemnisé. En l'absence de telles précisions dans l'accord-cadre, si l'administration décide de ne plus passer de commandes, les titulaires ne peuvent prétendre au versement des bénéfices qu'ils auraient dû réaliser si le minimum prévu avait été atteint. Ainsi le préjudice se fonde sur la perte de bénéfices résultant, pour chaque titulaire, de l'absence d'atteinte du minimum fixé par l'accord-cadre ne peut être établi avec certitude.

Un bon contrat repose sur un bon équilibre des contraintes et avantages entre les parties. L'acheteur ne pourra obtenir des offres intéressantes des soumissionnaires que si ces derniers disposent d'un minimum d'engagements de la part de l'acheteur.

Parce qu'il s'agit d'un élément essentiel de la mise en concurrence, il semble particulièrement difficile d'envisager légalement une modification du montant minimum en cours d'exécution de l'accord-cadre.

Lorsqu'un maximum est fixé par l'acheteur, il détermine la limite supérieure des obligations susceptibles d'être mises à la charge du ou des titulaires par le biais des bons de commande ou des marchés subséquents. Pour cette raison, il constitue un des piliers de la relation contractuelle entre l'acheteur et le ou les titulaires, qui ont apprécié l'étendue de l'accord-cadre sur cette base.

Ce maximum ne peut être augmenté de façon unilatérale par l'acheteur et ce, même si cette augmentation est sans incidence sur un seuil de procédure de mise en concurrence.

L'augmentation de ce maximum demeure néanmoins possible par la conclusion d'un avenant avec le ou les titulaires de l'accord-cadre. Cet avenant ne doit pas constituer une modification substantielle au sens des articles 139 et 140 du décret⁹. L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'en cas d'accord-cadre multi-attributaires, la conclusion d'un avenant à cet accord-cadre implique nécessairement l'accord de l'ensemble des parties au contrat.

⁶ CE, 18 janvier 1991, Ville d'Antibes c/ SARL Dani, n° 80827 ; CAA Nancy, 23 mars 2006, Commune de Sarreguemines, n°03NC00173.

⁷ Ibid.

⁸ CAA Nancy, 23 mars 2006, Commune de Sarreguemines, n° 03NC00173 ; CAA Paris, 3 juin 2008, UGAP c/ Tryonyx, n°06PA02468.

⁹ Rép. min. n° 22828, JOAN QE, 23 avril 2013, p. 4466.

1.2.4.2. Absence de montant minimum et maximum

Même si l'accord-cadre ne fixe pas de montant minimum ou maximum, la rubrique « description des prestations » du formulaire européen d'avis de marché qui prévoit de préciser la nature et la quantité des prestations doit être remplie¹⁰. Les acheteurs doivent donc renseigner cette rubrique en indiquant, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue de l'accord-cadre.

Dans l'hypothèse où l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils européens, même si cette règle ne figure plus expressément dans le décret n°2016-360¹¹.

1.3. L'accord-cadre est un système fermé pendant sa durée d'exécution mais ne suppose pas nécessairement une exclusivité d'achats auprès du ou des titulaires

1.3.1. En ce qui concerne les titulaires

L'accord-cadre est un système fermé pendant toute sa durée d'exécution. Cela signifie que, contrairement au système d'acquisition dynamique, une fois l'accord-cadre conclu avec un ou plusieurs titulaires, aucun opérateur économique supplémentaire ne peut y adhérer et que seuls le ou les titulaire(s) de l'accord-cadre peuvent se voir attribuer des marchés subséquents ou des bons de commande.

L'interdiction de faire entrer de nouveaux prestataires dans un accord-cadre déjà conclu ne s'oppose pas à la possibilité de passer d'autres marchés pendant la durée de l'accord-cadre. L'acheteur devra dans ce cas prévoir dans les documents contractuels la possibilité de recourir à des tiers pour certains types de prestations prévues au contrat sous certaines conditions déterminées.

Afin de se prémunir de tout risque contentieux, les clauses contractuelles dérogeant au principe d'exclusivité du ou des titulaires devront être suffisamment précises. Elles devront indiquer le périmètre des prestations concernées, le montant estimatif ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Le recours à des tiers au contrat doit être justifié par des raisons objectives et être précédé de mesures de publicité et de mise en concurrence applicables dans le respect des règles relatives à l'estimation de la valeur des besoins, sauf si l'acheteur est en mesure de démontrer être dans l'une des hypothèses prévues à l'article 30 du décret permettant de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.

Ex. : l'acheteur pourra valablement recourir à un tiers en cas d'incapacité des titulaires de l'accord-cadre de lui fournir les prestations, par exemple en cas de rupture de stocks pour l'achat de médicaments, si cela est prévu dans l'accord-cadre.

Rien n'interdit ainsi à l'acheteur de s'inspirer des dispositions du VII de l'article 76 de l'ancien code des marchés publics ou du III de l'article 77 de ce même texte¹² lorsqu'il rédige une clause dérogeant au principe d'exclusivité des titulaires. Cette souplesse permet à l'acheteur de déterminer des limitations différentes de celles qui étaient prévues dans ces dispositions.

Toutefois, l'acheteur prendra garde, en rédigeant la clause, à ne pas prévoir des cas de recours à des tiers trop larges, ce qui pourrait être assimilé à un détournement de procédure.

Dans le silence de l'accord-cadre, il convient de considérer que l'exclusivité est garantie au titulaire, par principe. En conséquence, les acheteurs devront prêter attention sur ce point lors de la rédaction des documents contractuels.

¹⁰ CE, 20 mai 2009, Ministre de la Défense, n°316601.

¹¹ Voir point 1.4 de la présente fiche.

¹² Article 77 III de l'ancien code des marchés publics : « Pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, 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. 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 lorsque celui-ci est prévu ».

Le recours à d'autres marchés publics, pour un même type de prestations que celles prévues dans l'accord-cadre, ne doit pas être constitutif d'une faute contractuelle à l'égard du titulaire de l'accord-cadre. Tel pourrait être le cas si ce dernier était privé de l'exécution des prestations qu'il pouvait raisonnablement attendre au vu de l'estimation d'un accord-cadre à bons de commande¹³.

Le recours à une clause de non-exclusivité ne dispense pas l'acheteur de respecter son engagement à passer des commandes à hauteur du minimum prévu par l'accord-cadre.

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait que l'efficacité de l'achat public doit être préservée. En ce sens, il convient d'être conscient qu'en ne garantissant ni un minimum de commande ni une exclusivité aux titulaires, les opérateurs économiques ne seront pas incités à proposer des offres attractives, notamment en termes de prix.

Il n'est pas possible d'interdire a priori aux titulaires de l'accord-cadre de postuler à l'attribution du marché public correspondant à cette commande hors accord-cadre.

1.3.2. En ce qui concerne l'acheteur

L'accord-cadre est un système strictement fermé à l'égard des acheteurs comme le précise le considérant 60 de la directive n°2014/24/UE. Il n'est pas possible d'en faire bénéficier des acheteurs non mentionnés dans l'accord-cadre. En particulier, ce n'est pas parce que l'accord-cadre est passé par l'Etat, entité juridique unique, que des services de l'Etat non mentionnés dans l'accord-cadre peuvent y être intégrés alors qu'il a été initialement limité à certains services.

Dans la mesure du possible, il conviendrait d'énumérer précisément les services acheteurs bénéficiant de l'accord-cadre. Toutefois, et notamment s'ils sont nombreux, il est possible de les identifier par catégories, si cela permet aux opérateurs économiques potentiellement intéressés d'avoir une idée suffisamment précise de ce que cette catégorie recouvre.

Ainsi, par exemple, si l'accord-cadre est passé en groupement, il convient de reprendre l'identification des membres du groupement de commande dans les documents contractuels ou d'y insérer un renvoi à la convention de groupement, les éléments correspondant de cette convention étant joints aux documents du marché public.

Il est également suffisant de préciser que les acheteurs susceptibles de bénéficier de l'accord-cadre sont l'ensemble des communes d'un département précis, par exemple. L'essentiel est qu'il n'y ait pas de doute possible pour les candidats potentiels.

A ce titre, il est possible de prévoir qu'un acheteur déterminé s'ajoutera dans l'accord-cadre à une date précisée correspondant à la fin de l'exécution du marché public distinct qui couvrirait jusque-là ses besoins. Une telle stipulation permet de régler la difficulté des achats groupés d'acheteurs qui ont déjà conclu des marchés publics ayant un même objet mais qui ont des échéances décalées. Toutefois, en aucun cas cela ne peut se faire sous la forme d'une tranche conditionnelle, puisque l'acheteur n'est aucunement tenu d'affirmer une tranche conditionnelle et que, comme rappelé ci-dessus, il ne doit exister aucun doute pour les opérateurs économiques potentiellement intéressés sur la portée de l'accord-cadre en termes d'acheteurs bénéficiaires.

De même, il n'est pas possible de prévoir que cela se fera par le biais d'un avenant ou d'une décision unilatérale de l'acheteur : les opérateurs ne bénéficieraient d'aucune certitude sur la date de début d'exécution de l'accord-cadre à l'égard de cet autre acheteur.

1.4. La procédure de passation de l'accord-cadre est celle d'un marché public ordinaire

Les accords-cadres sont des marchés publics conformément aux dispositions de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Ils sont passés selon les mêmes procédures et dans les mêmes conditions que les marchés publics ordinaires.

¹³ CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, Marcellin X, n°08BX00239.

Pour calculer le montant de l'accord-cadre, il convient de tenir compte de la valeur maximale estimée du besoin pour l'ensemble de la durée de l'accord-cadre, alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas de visibilité quant au nombre de marchés subséquents qui seront conclus ou encore à la quantité qui sera effectivement commandée (art. 21-III).

Lorsque la valeur maximale estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils des procédures formalisées, il est obligatoire de mettre en place une telle procédure (appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, procédure concurrentielle avec négociation ou dialogue compétitif dans les hypothèses définies aux articles 25 et 26 du décret), sauf à ce que le recours à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables soit possible en application de l'article 30 du décret n°2016-360.

En dessous des seuils des procédures formalisées, les accords-cadres peuvent être conclus dans le cadre d'une procédure adaptée prévue à l'article 27 du décret.

Par ailleurs, et quel que soit le montant estimé du besoin, les acheteurs peuvent également mettre en œuvre une procédure adaptée en application des articles 28 ou 29 du décret, lorsque l'accord-cadre porte sur la catégorie de services dit « sociaux et autres services spécifiques ».

Pour les accords-cadres comportant un maximum, la valeur à prendre en compte pour la détermination de la procédure de passation applicable correspond à ce maximum multiplié, le cas échéant, par le nombre de périodes de reconduction. En effet, en cas d'accord-cadre avec un maximum qui ne serait pas conclu pour une durée ferme, il convient d'indiquer un maximum par période (ferme puis par reconduction).

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de montant maximum, la valeur estimée du besoin est réputée excéder le seuil de procédure formalisée (pour les accords-cadres ayant pour objet des services de l'article 28 du décret n°2016-360, le seuil déclenchant une obligation de publicité au JOUE) et ce, même si la valeur estimée de l'accord-cadre est inférieure aux seuils des procédures formalisées¹⁴ ou au seuil de publicité au JOUE pour les marchés de services de l'article 28 du décret n°2016-360. Si cette règle n'est plus expressément mentionnée par le décret n°2016-360, en application du II de l'article 21, la valeur à prendre en compte est en effet la valeur maximale de l'ensemble des marchés subséquents ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre. Or, celle-ci n'est pas limitée lorsqu'aucun maximum n'est indiqué.

2. Des spécificités persistantes au sein de la catégorie des accords-cadres liées à leurs modalités d'exécution

Les modalités d'exécution de l'accord-cadre relèvent de l'appréciation de l'acheteur. Conformément aux dispositions de l'article 78 du décret n°2016-360, celui-ci peut ainsi opter pour un accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquent, un accord-cadre à bons de commandes ou encore mêler ces différentes options. L'acheteur devra se soumettre à certaines règles de passation et d'exécution applicables à la formule qu'il aura retenue.

2.1. Les modalités de passation et d'exécution d'un accord-cadre s'exécutant par la conclusion de marchés subséquents

2.1.1. La consultation du titulaire de l'accord-cadre mono-attributaire

L'attribution des marchés fondés sur un accord-cadre mono-attributaire n'est précédée d'aucune procédure particulière. Les conditions de concurrence n'existant plus, il n'y a pas lieu de procéder à des mesures de publicité ou de mise en concurrence. Tout juste est-il nécessaire de demander au titulaire de l'accord-cadre de compléter son offre pour répondre au besoin défini. Ce complément ne peut toutefois avoir pour effet de modifier substantiellement les caractéristiques de

¹⁴ CE, 17 décembre 2014, Communauté de communes du canton de Varilhes, n°385033.

l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre. En aucun cas, ce complément ne peut avoir pour effet de modifier l'objet de l'accord-cadre.

2.1.2. La remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre multi-attributaires

2.1.2.1. Pour les accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs

Lorsque l'accord-cadre a été attribué à plusieurs opérateurs économiques, les marchés subséquents sont précédés d'une remise en concurrence sauf dans l'hypothèse où ils ne peuvent être confiés, pour des raisons techniques, qu'à un seul opérateur économique¹⁵.

La remise en concurrence est organisée soit au moment de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue dans l'accord-cadre. Dans le premier cas, et si l'accord-cadre est divisé en lots, seuls sont consultés les titulaires du ou des lots correspondant à l'objet du marché subséquent. Dans le second cas, tous les titulaires de l'accord-cadre, qui sont concernés par les prestations demandées, doivent être reconsultés.

La procédure de remise en concurrence doit respecter les quatre impératifs suivants :

- La consultation des titulaires doit être écrite ;
- Le pouvoir adjudicateur doit fixer et annoncer un même délai pour tous les titulaires consultés, évalué en fonction de la complexité et du temps nécessaire pour élaborer les offres ;
- Les titulaires consultés doivent transmettre leur offre par écrit, sous forme papier ou sous forme dématérialisée dans le respect des articles 40 à 42 du décret n°2016-360 ;
- Le marché est attribué sur la base des critères prévus dans l'accord cadre.

Il n'y a pas lieu de procéder à des mesures de publicité, puisque les titulaires sont connus. En revanche, tous les titulaires de l'accord-cadre concernés par les prestations en cause doivent être consultés. Lors de cette consultation, le pouvoir adjudicateur indique l'objet du marché spécifique pour lequel les offres sont demandées ainsi que le délai pour leur présentation et la pondération des critères d'attribution si celle-ci n'a pas été fixée dans l'accord-cadre.

Aucun délai minimal de remise des offres n'est fixé par les textes. Si l'acheteur bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, ce délai doit néanmoins être raisonnable, c'est-à-dire proportionné aux exigences spécifiques contenues dans le cahier des charges du marché à conclure et à sa complexité.

Les offres doivent être proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché subséquent. Des variantes peuvent être présentées par les candidats lors de la conclusion des marchés dans la mesure où :

- soit l'accord-cadre a été passé selon une procédure formalisée et le pouvoir adjudicateur ouvre expressément cette possibilité dans les documents de la consultation pour la conclusion du marché subséquent ;
- soit l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée et le pouvoir adjudicateur ne s'y est pas expressément opposé (art. 58) dans les documents de la consultation du marché subséquent.

Le contenu des offres doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai prévu pour leur dépôt. Cette exigence n'implique pas que les offres soient remises sous pli cacheté si la dématérialisation n'est pas obligatoire, celles-ci pouvant être transmises par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de leur réception, y compris par voie électronique. Dans ce cas, il appartient à l'acheteur de prévoir des modalités permettant de préserver cette confidentialité.

Il ne peut y avoir de phase de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre qui participent à la remise en concurrence si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure ne permettant pas la négociation. La négociation directe avec les

¹⁵ Article 79 II du décret précité.

co-titulaires n'est possible que si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée, ou si l'acheteur public se trouve dans l'une des hypothèses ouvrant droit à la procédure concurrentielle avec négociation¹⁶.

2.1.2.2. Pour les accords-cadres des entités adjudicatrices

Les modalités de mise en concurrence pour les marchés subséquents des accords-cadres des entités adjudicatrices sont plus souples que celles applicables aux accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs. En particulier, la négociation des marchés subséquents est toujours possible.

Les marchés subséquents sont attribués selon les règles ou critères objectifs et non discriminatoires définis dans l'accord-cadre (les dispositions de l'article 62 du décret n°2016-360 s'appliquent aussi aux marchés subséquents des accords-cadres des entités adjudicatrices). La conclusion de ces marchés n'est pas précédée nécessairement d'une remise en concurrence des titulaires.

Lorsqu'une mise en concurrence est prévue, l'entité adjudicatrice fixe un délai suffisant pour permettre la présentation des offres. Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution définis dans l'accord-cadre.

2.1.3. L'attribution des marchés subséquents

2.1.3.1. Les marchés subséquents sont attribués sur la base de critères énoncés dans l'accord-cadre

Les critères d'attribution des marchés subséquents ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion de l'accord-cadre à l'exclusion du critère du prix ou du coût qui doit être utilisé pour l'attribution tant de l'accord-cadre que du marché subséquent. Toutefois, l'acheteur peut modifier la pondération du critère du prix ou du coût pour l'attribution du marché subséquent par rapport à celle retenue pour l'attribution de l'accord-cadre.

L'acheteur peut, de plus, déterminer une pondération différente de celle utilisée pour la passation de l'accord-cadre au moment de la passation du marché subséquent¹⁷. Quelle que soit la solution choisie, les critères d'attribution des marchés subséquents doivent être prévus dans l'accord-cadre.

En outre, il peut y avoir une certaine complémentarité entre les critères « qualitatifs » d'attribution des marchés subséquents et ceux de l'accord-cadre.

2.1.3.2. Les textes n'imposent pas que les marchés subséquents des collectivités territoriales soient soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres

A ce stade, l'intervention de la commission d'appel d'offres n'est, a priori, pas nécessaire, d'autant qu'elle s'est déjà prononcée sur l'attribution de l'accord-cadre. Toutefois, l'accord-cadre ne fixant pas tous les termes des marchés subséquents, ceux-ci peuvent contenir des éléments essentiels, notamment le prix. C'est pourquoi la circulaire du ministre de l'intérieur du 30 mars 2007¹⁸ recommande de soumettre à l'avis de la CAO les marchés subséquents d'un montant supérieur aux seuils européens.

2.1.3.3. Les marchés subséquents ne sont pas soumis au délai de suspension de la signature

En application du II de l'article 99 du décret n°2016-360, les décisions de rejet des offres et d'attribution du marché doivent être notifiées aux titulaires de l'accord-cadre dès que l'acheteur a fait son choix.

Toutefois, le délai de 16 jours (11 jours en cas de notification par voie électronique) prévu à l'article 101 du décret entre cette notification et la signature du marché ne s'impose pas aux marchés fondés sur un accord-cadre (2° du II de l'article 101).

¹⁶ Rép. min. n° 25591, JO Sénat 1er mars 2007, p. 459.

¹⁷ Si cela a été prévu dans l'accord-cadre passé par un pouvoir adjudicateur.

¹⁸ Circulaire NOR MCT/B/07/00041/C

L'acheteur peut, s'il le souhaite, respecter volontairement ce délai afin de fermer la voie du référé contractuel (art. R. 551-1-7 et L. 551-15 du code de justice administrative).

2.1.3.4. Les marchés subséquents ne font pas obligatoirement l'objet d'un avis d'attribution

En vertu du III de l'article 104 du décret, les acheteurs sont dispensés de publier un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre. Cependant, les acheteurs ont intérêt à aviser les candidats de la signature du contrat, en indiquant le nom du titulaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre, dans la mesure où cette formalité déclenche le délai de recours d'un mois du référé contractuel (art. R 551-1-7 du CJA). A défaut, le marché pourra être contesté jusqu'à six mois après sa conclusion.

De même, une telle notification peut constituer une mesure de publicité appropriée permettant de déclencher le délai de deux mois du recours en contestation de validité du contrat issu de la décision du Conseil d'Etat du 16 juillet 2007¹⁹.

2.1.4. La durée des marchés subséquents

Les marchés fondés sur un accord-cadre ne peuvent être conclus que pendant la durée de validité de cet accord-cadre. Leur durée d'exécution « est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre » (art. 78 IV), c'est-à-dire en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Dès lors qu'ils ont été conclus avant le terme de l'accord-cadre, l'exécution des marchés subséquents peut se poursuivre au-delà de la durée de validité de l'accord-cadre. Toutefois, elle ne doit pas se prolonger dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique. En d'autres termes, le recours aux marchés fondés sur l'accord-cadre ne doit pas pouvoir être regardé comme un moyen de prolonger abusivement l'accord-cadre lorsque le temps nécessaire pour la réalisation des prestations attendues n'est habituellement pas aussi long.

2.2. Les modalités de passation et d'exécution d'un accord-cadre s'exécutant par l'émission de bons de commande

2.2.1. Prix des prestations

Les accords-cadres à bons de commande sont soumis à la réglementation générale sur les prix, qui exige que les documents contractuels fixent un prix déterminé ou, à tout le moins, déterminable. Sont entachés de nullité les accords-cadres stipulant que les prix seront indiqués dans les bons de commande²⁰.

Ordinairement conclus à prix unitaires, aucun principe ne fait obstacle à ce que les accords-cadres à bons de commande comportent, outre une part de prestations non programmable conclues à prix unitaire, une part de prestations prévisibles conclues à prix forfaitaire. Cette situation est fréquente dans les cas de marchés de gardiennage ou de nettoyage d'immeubles. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé « qu'aucune disposition du code des marchés publics ni aucun principe n'interdisent d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations », qui peuvent être rémunérées par un prix forfaitaire²¹. Si ces accords-cadres « composites » ne sont pas interdits, leur passation est néanmoins soumise au respect de trois conditions :

- Les deux types de prestations doivent être clairement distingués ;
- Les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande doivent respecter les articles 78 et 80 du décret;

¹⁹ CE, 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, n° 291545.

²⁰ TA Versailles, 24 mars 1994, Préfet de l'Essonne c/ président du conseil général de l'Essonne, Lebon Tables, p. 1036.

²¹ CE, 29 octobre 2010, Syndicat Mixte de la Région Ouest de Versailles, n°340212.

- Le recours à un marché non alloti doit être permise par les dispositions de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Si la procédure de passation d'un accord-cadre à bons de commande obéit aux règles de droit commun édictées par la réglementation, l'acheteur devra néanmoins veiller, dans l'hypothèse où il prévoit des prestations à la fois à des prix unitaires et forfaitaires, à ajouter au montant maximum de la partie à bons de commande le montant des prestations forfaitaires pour déterminer la valeur estimée du contrat.

2.2.2. Comment émettre des bons de commandes ?

2.2.2.1. Nature et fonction

Les bons de commande ont pour fonction de déterminer les prestations de l'accord-cadre dont l'exécution est demandée ainsi que leurs quantités. Ils ne sauraient avoir pour objet ou pour effet de modifier le contenu de l'accord-cadre.

La réglementation n'impose pas de formalisme particulier pour l'émission des bons de commande, qui doivent cependant être des documents écrits²².

Les bons de commande constituent des décisions unilatérales de l'acheteur. Ils se rattachent aux actes d'exécution des contrats au sens de [l'article L. 2122-22](#) 4° du code général des collectivités territoriales²³. A ce titre, ils n'ont pas à être transmis au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité²⁴.

Les bons de commande engagent, sous réserve de leur régularité, la responsabilité contractuelle du titulaire opposant un refus d'exécution²⁵.

2.2.2.2. Modalités d'attribution des bons de commande

L'attribution des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence, même si l'accord-cadre a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques.

Dans le cadre d'un accord-cadre à bons de commande multi-attributaires, l'acheteur détermine librement les modalités de répartition des commandes au regard des caractéristiques de l'accord-cadre. Celles-ci sont réparties entre les titulaires, selon les modalités fixées par l'accord-cadre, qui doivent toujours être objectives, transparentes et non discriminatoires.

A cet égard et afin de donner aux opérateurs économiques une visibilité suffisante, l'acheteur doit informer clairement les candidats, dès le lancement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, des règles d'attribution des bons de commande.

Le fait pour un acheteur de prévoir dans les pièces de son accord-cadre que « l'attribution des bons de commande sera faite librement tout en respectant un équilibre financier entre les attributaires » ne suffit pas à définir les modalités d'émission des bons de commande. Il convient ainsi de fixer précisément les conditions dans lesquelles les bons de commandes seront attribués aux différents titulaires dans l'accord-cadre.

A cette fin, l'acheteur peut avoir recours à différentes méthodes d'attribution des commandes. Celles-ci peuvent notamment être attribuées selon la méthode dite « en cascade »²⁶ qui consiste à faire appel en priorité aux titulaires les mieux-disant. Dans cette hypothèse, l'acheteur contacte le titulaire dont l'offre a été classée première. Si celui-ci n'est pas en mesure de répondre dans les délais exigés, l'acheteur pourra s'adresser au titulaire dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite.

²² Article 77-I du code des marchés publics.

²³ Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du 25 décembre 2008, p. 2607.

²⁴ Réponse ministérielle n° 16892, JO Sénat du 31 mai 2005, p. 1154.

²⁵ CAA Bordeaux, 14 novembre 2006, SA IPC-Corporation, n°03BX02221.

²⁶ Réponse ministérielle n° 5530, JO Sénat du 18 décembre 2008, p. 2546.

L'attribution des bons de commandes peut également résulter de l'application de la règle dite du « tour de rôle » où, pour chaque bon de commande, le choix du titulaire s'effectue par roulement. Le premier titulaire peut, par exemple, être déterminé selon l'ordre alphabétique des noms de société ou l'ordre de classement des offres.

L'acheteur peut également attribuer ses commandes à hauteur d'un maximum prévu pour chacun des titulaires. Dans ce cas, si un des titulaires atteint, selon la technique dite « en cascade » ou celle « du tour de rôle », le montant maximum fixé dans les documents contractuels, celui-ci ne pourra plus se voir attribuer les commandes suivantes, lesquelles sont alors attribuées aux autres titulaires selon les mêmes modalités. L'association de cette dernière méthode de répartition à celle de la méthode « en cascade » ou « à tour de rôle » a pour finalité de garantir à chacun des titulaires une répartition équitable des commandes en termes de volume financier. Cela garantit à l'acheteur qu'il bénéficiera d'offres intéressantes même de la part du titulaire classé dernier.

En tout état de cause, l'attribution du bon de commande doit résulter d'une application automatique des stipulations de l'accord-cadre et ne doit pas relever d'un pouvoir discrétionnaire de l'acheteur.

2.2.3. Règlement des bons de commande

Dans le cadre des accords-cadres à bons de commande, chaque commande donne lieu à des prestations propres pouvant faire l'objet d'une réception et d'un règlement dès leur réalisation. Dès lors, excepté si le contrat renvoie à un règlement définitif de l'ensemble des commandes au terme de l'accord-cadre, chaque commande peut également donner lieu à un règlement définitif. Le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé que les dispositions qui excluent les paiements partiels définitifs dans le cadre des marchés publics de travaux, ne font pas obstacle à ce que soit considéré comme définitif le paiement d'une commande pour lequel un bon de commande a été émis²⁷.

2.2.4. Le titulaire peut-il contester la décision d'interrompre l'exécution d'un bon de commande ?

S'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence dite « Béziers II »²⁸, le Conseil d'Etat a, dans une décision du 25 octobre 2013, rejeté comme irrecevables les conclusions dirigées contre la décision de l'administration d'interrompre l'exécution d'une prestation prévue par un bon de commande. Une telle décision, qui n'a pas pour objet de résilier l'accord-cadre à bons de commande, constitue en effet une simple mesure d'exécution du contrat²⁹.

Une telle mesure est toutefois susceptible de donner lieu à une demande indemnitaire de la part du cocontractant, au titre du préjudice qu'elle lui a causé.

2.3. Les modalités de passation et d'exécution d'un accord-cadre en partie avec remise en concurrence et en partie sans remise en concurrence

Les accords-cadres peuvent s'exécuter à la fois par la conclusion de marchés subséquents et par l'émission de bons de commande.

De plus, les marchés fondés sur un accord-cadre peuvent être des accords-cadres à bons de commande. Ils sont alors passés selon les règles applicables aux marchés subséquents, c'est-à-dire, le cas échéant, après consultation du titulaire ou remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre. Ils sont ensuite exécutés conformément aux dispositions régissant les accords-cadres à bons de commande, c'est-à-dire par l'émission de bons de commande lors de la survenance du besoin. Toutefois, les bons de commande ne peuvent être émis que pendant la durée de validité du marché subséquent auquel ils se rattachent. Le marché subséquent doit alors fixer toutes les conditions de son exécution et

²⁷ CE, 30 octobre 2012, Société Eiffage travaux publics Méditerranée, n°348476. Cette règle de l'ancien code des marchés publics a été reprise à l'article 115 du décret n°2016-360.

²⁸ CE Sect. 21 février 2011, Commune de Béziers, n°304806.

²⁹ CE, 25 octobre 2013, Région Languedoc Roussillon, n°369806.

notamment, le cas échéant, les modalités de répartition des bons de commande entre les différents titulaires de ce marché subséquent. Un tel dispositif permet de conjuguer la souplesse propre à l'accord-cadre et la réactivité permise par le marché à bons de commande.

2.4. Autres questions liées à l'exécution des accords-cadres

2.4.1. Résiliation

Un accord-cadre ou un marché subséquent peut être résilié dans les mêmes conditions qu'un marché public « classique ».

Lorsqu'un accord-cadre est résilié, les marchés subséquents passés antérieurement sur la base de celui-ci peuvent continuer à être régulièrement exécutés sauf à être eux-mêmes résiliés. En revanche, il ne sera plus possible de passer d'autres marchés subséquents sur la base de l'accord-cadre résilié.

Lorsque l'accord-cadre est multi-attributaire, l'acheteur peut le résilier à l'égard seulement de l'un des titulaires. La résiliation de l'accord-cadre n'entraînant pas, sauf termes contraires contenus dans la décision, la résiliation automatique des marchés subséquents, l'exécution des marchés subséquents peut se poursuivre avec un titulaire pour lequel l'accord-cadre est résilié, au-delà de cette date de résiliation.

En revanche, pour rompre toute relation contractuelle avec l'un des titulaires, l'acheteur doit résilier l'accord-cadre et tous les marchés subséquents conclus sur son fondement avec ce titulaire encore en cours d'exécution. Plusieurs décisions de résiliation doivent donc être prises pour résilier l'accord-cadre et tous les marchés subséquents en cours. Si l'acheteur ne résilie qu'un marché subséquent conclu avec l'un des titulaires et ne résilie pas l'accord-cadre à l'égard de ce même titulaire, il ne pourra pas écarter ce titulaire de la remise en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents suivants.

2.4.2. Cession

L'accord-cadre est un système clos. Seules la ou les personnes attributaires de l'accord-cadre peuvent être remises en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents à cet accord-cadre.

Toutefois, il est possible que le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire ou l'un des titulaires d'un accord-cadre multi-attributaire cède à un tiers les droits et les obligations qu'il détient en vertu de l'accord-cadre. Il peut également céder un marché subséquent en cours d'exécution à un tiers. Ces cessions sont possibles avec l'accord de l'acheteur, sous réserve qu'elles ne soient pas assorties d'une remise en cause des éléments essentiels de l'accord-cadre ou du marché, tels que la durée, le prix ou la nature des prestations³⁰ et dans les conditions édictées par les articles 139 et 140 du décret n°2016-360.

La cession de l'accord-cadre ou du marché subséquent se fait par un avenant de transfert, signé par l'acheteur, le cédant et le cessionnaire. L'acheteur peut refuser cette cession si le cessionnaire ne présente pas les garanties professionnelles et financières requises pour exécuter les prestations. Si le titulaire ne cède à un tiers qu'un marché subséquent en cours d'exécution, ce tiers ne pourra pas participer aux remises en concurrence suivantes. Il faut, pour cela, que lui soient cédés les marchés subséquents en cours, mais également l'accord-cadre³¹.

³⁰ CE Section des finances, Avis 8 juin 2000, n° 364803 ; CE, Avis 1er décembre 2009, n° 383264.

³¹Rép. min. n° 32666, JOAN du 13 août 2013, p. 8758.

2.4.3. Sous-traitance

Conformément à l'article 1er de la [loi n°75-1334 du 31 décembre 1975](#) relative à la sous-traitance, « la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution [...] d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ». La sous-traitance d'un marché ne peut donc être totale.

Les marchés subséquents constituent des marchés publics à part entière. L'interdiction d'une sous-traitance totale des marchés publics s'applique donc à chaque marché subséquent d'un accord-cadre, que ce dernier soit mono-attributaire ou multi-attributaire. Le titulaire ne peut ainsi sous-traiter la totalité de l'exécution des prestations prévues dans un marché subséquent.

2.4.4. Les règles applicables aux marchés publics en cas d'entreprise en difficultés s'appliquent aux accords-cadres et aux marchés subséquents

Il convient de se référer à la fiche technique sur les « [entreprises en difficultés pendant l'exécution du marché public](#) ».

2.4.5. Cession et nantissement de créances

2.4.5.1. Cession ou nantissement de créances résultant d'un accord-cadre mono-attributaire

Si l'accord-cadre mono-attributaire comporte un minimum, l'acheteur peut délivrer, au gré du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du montant minimum de l'accord-cadre, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque marché subséquent.

Si l'accord-cadre mono-attributaire ne comporte aucun minimum, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne peut être délivré que pour chacun des marchés subséquents, voire chaque bon de commande s'il s'agit de marchés à bons de commande. En l'absence de minimum, le montant des commandes ne peut être précisément déterminé à l'avance.

2.4.5.2. Cession ou nantissement de créances résultant d'un accord-cadre multi-attributaire

Si l'accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne peut être délivré que pour chacun des marchés subséquents, voire chaque bon de commande s'il s'agit d'un accord-cadre à bons de commande. En cas de multi-attribution, le montant minimum des commandes qui doit revenir à chaque titulaire ne peut, en effet, pas être déterminé par avance.

3. Combinaison de l'accord-cadre avec d'autres outils mis à la disposition des acheteurs : croisement de la mutualisation dans le temps et de la mutualisation dans l'espace

La souplesse contractuelle des accords-cadres est renforcée lorsque leur utilisation est combinée avec d'autres outils prévus par les textes relatifs aux marchés publics.

3.1. Accord-cadre et tranches conditionnelles

Les accords-cadres peuvent être fractionnés sous forme d'une tranche ferme et d'une ou plusieurs tranches conditionnelles. De même, les marchés fondés sur un accord-cadre peuvent être des marchés à tranches. Les dispositions relatives à l'accord-cadre (articles 78 à 80 du décret) et aux marchés à tranches conditionnelles (article 77 dudit décret) doivent alors être respectées.

En principe, l'accord-cadre à tranches conditionnelles ne peut être attribué qu'à un seul titulaire. En effet, l'article 77 du décret indique que : « L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. ». Le titulaire est le même pour la tranche ferme et les tranches conditionnelles et est engagé sur l'ensemble des tranches.

L'accord-cadre peut, en application du II de l'article 78 du décret, être conclu sans montant minimum ni maximum. Toutefois, dans le cas d'un accord-cadre à tranches conditionnelles, la tranche ferme sera considérée comme un minimum sur lequel l'acheteur est engagé.

3.2. Accord-cadre et mutualisation des achats

La mutualisation des achats peut être organisée entre plusieurs acheteurs (groupement de commandes) ou, au sein d'un même acheteur, entre des services disposant d'un budget propre (coordination des achats). Dans les deux cas, il est possible de recourir à la procédure de l'accord-cadre.

Dans le cas d'un accord-cadre passé par un groupement de commandes, il convient de préciser le rôle de chacun, notamment l'identité de celui qui émettra les bons de commande ou lancera la procédure d'attribution des marchés subséquents, de celui qui procèdera la vérification des prestations, etc.

3.2.1. Le groupement de commandes

Le groupement de commandes obéit à des règles précises de constitution. Son périmètre ne peut évoluer à compter du moment où la procédure de passation de l'accord-cadre a été lancée. Une convention constitutive du groupement, signée par chacun de ses membres, doit préciser l'engagement de chacun d'entre eux à signer avec le cocontractant retenu à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement définis. En fonction de ce qui est prévu par la convention, l'accord-cadre lui-même pourra être signé par tous les membres du groupement ou par le coordinateur qui aura été désigné comme tel par la convention. Les marchés subséquents pourront n'être signés que par les membres du groupement, chacun pour ce qui le concerne, ou éventuellement par le coordonnateur du groupement, si la convention de groupement en a décidé ainsi.

3.2.2. La coordination des achats

La coordination des achats au sein d'un même acheteur relève d'une logique différente puisque, juridiquement, c'est le même acheteur qui passe l'accord-cadre et qu'il n'y a pas nécessairement de convention de groupement. Il se peut cependant que ce soit les services concernés qui passent les marchés subséquents ou émettent les bons de commande et que leur identification soit différente de celle du service qui a conclu l'accord-cadre. Pour des raisons de sécurité juridique, il est préférable de prévoir dès le début, la liste des entités qui seront susceptibles de passer des marchés sur la base de l'accord-cadre ou émettre les bons de commande. Ces entités peuvent ne pas être désignées nommément et individuellement, mais elles doivent l'être de façon suffisamment précise pour qu'elles puissent être identifiées sans risque d'erreur. Ainsi, s'il n'est pas possible d'utiliser une formule aussi générale que « les administrations établies dans une région », en revanche, la référence aux « services déconcentrés de tel ministère dans tel département » peut suffire. Dans ce cas, les services concernés sont liés par l'accord-cadre et ne peuvent satisfaire le besoin en cause en passant séparément des marchés subséquents ou émettre des bons de commande en dehors de l'accord-cadre, si ce dernier ne prévoit pas cette possibilité.

3.2.3. La notion de convention de prix

La notion de convention de prix, permettant à un service centralisateur de convenir des prix qui seront ensuite appliqués par l'entreprise aux différents services qui lui passeront commande sur la base d'un marché-type, a disparu formellement dès le code des marchés publics de 2006. Cependant sa technique peut tout à fait être reprise dans les accords-cadres. Ainsi un service central passera un accord-cadre avec un titulaire qui aura pour objet principal de définir le périmètre des besoins (identification des services concernés par les achats) et le prix des prestations qui seront ensuite commandées par des services déconcentrés à ce même titulaire sur la base d'un marché type. La seule contrainte est que tous les services susceptibles de passer un marché subséquent soient identifiés dès l'origine. L'identification des acheteurs ne signifie pas que tous doivent nécessairement avoir signé l'accord-cadre, mais qu'ils doivent au minimum y être mentionnés comme bénéficiant de cet accord.

4. Le cas des accords-cadres de défense ou de sécurité

Les règles qui viennent d'être exposées s'appliquent aux accords-cadres soumis au décret n°2016-361, avec néanmoins certaines adaptations prévues aux articles 70 à 72 de ce décret.

La durée maximale de principe de l'accord-cadre de défense ou de sécurité est de 7 ans, en application du III de l'article 70, qui précise qu'il est toutefois possible de prévoir une durée plus longue, dans des cas exceptionnels dûment justifiés par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure. Les motifs ayant justifié cette durée dérogatoire doivent figurer dans le rapport de présentation prévu à l'article 93 du décret n°2016-361 quel que soit la qualité de l'acheteur (pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice) qui ait passé l'accord-cadre.

L'article 71 du décret n°2016-361 ne prévoit pas de règles différentes pour l'attribution des marchés subséquents selon que l'accord-cadre ait été passé par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

Les accords-cadres de défense ou de sécurité étant des marchés publics de défense ou de sécurité, les autres spécificités propres aux marchés de défense ou de sécurité s'appliquent à ces contrats³².

³² Pour plus d'information, il convient de se référer à la fiche technique portant sur « les marchés publics de défense ou de sécurité ».