

Les accords-cadres, suite...

Y revenir encore, car ils sont et vont être de plus en plus présents...

Pour être clair, il existe en réalité deux formes d'accords-cadres et deux sous catégories au sein de chacune de ces formes.

- **Les accords-cadres dont tous les termes sont fixés** pour les marchés à passer au cours d'une période donnée (marchés subséquents). (On entend par termes toutes les dispositions contractuelles, notamment la définition précise du besoin, le prix ou les conditions de sa détermination, les quantités, etc.). Ces accords-cadres pourraient être appelés « contrats-cadres », nous dit Bruxelles, pour les distinguer des seconds,
 - **conclus avec un seul titulaire** (mono titulaire) ;
 - **conclus avec plusieurs titulaires** (multi titulaires) ;
- **Les accords-cadres dont tous les termes ne sont pas fixés**, pour les marchés à passer au cours d'une période donnée (marchés subséquents) et le seront à l'occasion de la passation de ceux-ci.,
 - **conclus avec un seul titulaire** ;
 - **conclus avec plusieurs titulaires** ;

La fréquente confusion de ces deux catégories d'accords-cadres, dans les textes comme dans certaines pratiques plus ou moins heureuses est source de difficultés et vraisemblablement de jurisprudences futures.

D'un côté, Bruxelles qui ne voyait à l'origine dans les accords-cadres que des accords dont tous les termes n'étaient pas tous fixés, a intégré depuis dans ses directives

2004/17 et 2004/18 sous l'appellation « accords-cadres » des accords dans lesquels tous les termes sont fixés, comme les marchés à bons de commande français, tandis que, de son côté, la France a intégré les directives communautaires en conservant le terme de marchés à bons de commande et en ne donnant aux accords-cadres que la formule ne fixant pas tous les termes.

1. Les caractéristiques communes aux deux catégories d'accords-cadres

1.1 La conclusion des accords-cadres se fait par les modes de passation habituels

La conclusion des accords-cadres de quelque catégorie que ce soit se fait de la même manière, par les modes de passation classiques : appel d'offres ouvert ou restreint, marché négocié avec ou sans publication préalable, à condition d'entrer dans les cas limitatifs prévus par le code en son article 35, marché passé selon une procédure adaptée, c'est-à-dire marchés inférieurs à 135 000 € HT pour l'Etat et à 210 000 € HT pour les collectivités publiques et pour les travaux, et les marchés de l'article 30 dits « allégés », ou encore par dialogue compétitif, bien que l'on n'imagine pas aisément un accord-cadre sur dialogue compétitif... Les règles de publicité, les critères de jugement des offres ou de sélection des candidats, les délais s'appliquent tels que prévus par la procédure de passation retenue.

1.2 Les accords-cadres constituent un système clos

Les accords-cadres constituent un système fermé. Ils ne sont utilisables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originaires parties à l'accord-cadre, à la différence du système d'acquisition dynamique. Cela signifie qu'un opérateur économique ne peut demander, pendant la durée de l'accord-cadre, à y entrer s'il n'a pas été retenu dès le départ à la suite de la mise en concurrence initiale, de même qu'un opérateur économique ne peut se greffer sur l'accord-cadre

existant s'il n'y est pas partie depuis le lancement de la procédure¹. La conséquence pratique est que, dans les groupements par exemple, la liste permettant d'identifier les pouvoirs adjudicateurs parties à l'accord-cadre doit être établie à l'avance et communiquée dans l'avis de publicité. De même que doit avoir été précisée à l'avance l'éventuelle limitation du nombre de candidats si le pouvoir adjudicateur en a ainsi décidé dans une procédure négociée ou restreinte.

1.3 La durée de l'accord-cadre

La durée de l'accord-cadre ne peut dépasser quatre ans, sauf dans les cas exceptionnels dûment justifiés, par exemple en raison de l'amortissement d'investissements lourds.

Le marché subséquent doit être conclu avant l'échéance de l'accord-cadre et ne peut durer au-delà de l'accord-cadre que pour une durée très limitée conforme aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre.

1.4 La forme des marchés subséquents

Les formes des marchés subséquents des deux catégories d'accords-cadres peuvent être les mêmes, notamment à bons de commande c'est-à-dire exécutés par émission de bons de commande successifs, ou encore à lots afin d'optimiser la concurrence des plus petites structures (PME) notamment.

1.5 La publication d'un avis d'attribution

Qu'il s'agisse d'un accord-cadre dont tous les termes sont fixés ou pas, avec un ou plusieurs titulaires, la publication d'un avis d'attribution est obligatoire dans les 48 jours de la notification de l'accord-cadre.

1.6 Les critères de jugement des offres

¹ Art. 32 de la Directive 2004/18 « classiques » (...) Les marchés passés sur un accord-cadre sont passés selon les procédures prévues au paragraphe 3 et 4. Ces procédures ne sont applicables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originaires parties à l'accord-cadre » (...).

Les critères de jugement des offres de l'accord-cadre comme des marchés subséquents et leurs pondérations respectives doivent figurer dans le règlement de la consultation de l'accord-cadre lui-même. Ils peuvent naturellement être différents pour l'accord-cadre et pour les marchés subséquents, l'accord-cadre pouvant privilégier par exemple les aspects qualité tandis que le marché subséquent privilégierait le prix².

1.7 L'indication de la catégorie d'accord-cadre

Le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans les cahiers des charges des accords-cadres multi titulaires si tous les termes sont fixés et par conséquent ne pas remettre en concurrence les titulaires, ou si tous les termes ne sont pas fixés appelant par voie de conséquence une remise en concurrence des titulaires, les précisions une fois données.

2. Les accords-cadres dont tous les termes sont fixés

Dans les accords-cadres dont tous les termes sont fixés, (les contrats-cadres), les stipulations contractuelles applicables aux marchés subséquents sont totalement arrêtées de sorte qu'un nouvel accord entre les parties par des négociations ou de nouvelles offres n'est pas nécessaire. Ces accords-cadres fixant tous les termes constituent des marchés publics « traditionnels ». La terminologie nous réserve donc

² Propos de Monsieur Grand d'Esnon, directeur des affaires juridiques du MINEFI, lors d'un colloque organisé par l'Université de Pharmacie Paris V, le 13 septembre 2006 :

« Le principe de l'accord cadre est un référencement. A un moment donné, et pour 4 ans maximum, l'acheteur va faire une publicité conformément au Code et sélectionner des candidats potentiels sur un besoin potentiel.

A ce stade, il ne s'engage ni sur des quantités, ni sur des prix, et c'est pour cela que l'on ne peut pas parler de marché, mais d'accord. Il ne s'engage que sur une chose, un engagement d'exclusivité. Lorsque il aura besoin d'acheter, il ne s'adressera qu'à lui, à lui au singulier ou au pluriel, lui au singulier devant être limité à des cas exceptionnels.

L'accord cadre est à l'évidence une procédure qui a vocation à intégrer plusieurs candidats potentiels.

Ensuite, une fois passée cette phase de l'accord cadre, où les candidats ont été présélectionnés, lorsqu'il s'agit d'acheter, il suffira de remettre en concurrence sur les seuls éléments qui n'ont pas été calés dans l'accord cadre. En général, ce sera le prix, la disponibilité éventuellement ou l'évolution technologique. Mais cela peut se faire très vite, par échanges de mail, par exemple ».

des raccourcis saisissants, où les contrats-cadres sont des marchés, tandis que les accords-cadres ne sont que des ...contrats.

2.1 Accord-cadre dont tous les termes sont fixés avec un seul titulaire (contrats cadres individuels)

Ce n'est ni plus ni moins que nos actuels marchés à bons de commande, ou à la limite nos marchés à tranches, tranche ferme et tranches conditionnelles, dans lesquels toutes les dispositions contractuelles étant déterminées et définitives, seul le bon de commande ou l'affermissement de la tranche manque à l'exécution du marché et donnera lieu à une décision. Dans ces contrats cadres individuels, il n'y a pas lieu de demander à l'unique titulaire de compléter son offre dans la mesure où celle-ci est déjà totalement fixée par le contrat-cadre. En effet, on ne peut que compléter un accord incomplet, c'est-à-dire ne fixant pas tous les termes.

2.2 Accords-cadres dont tous les termes sont fixés avec plusieurs titulaires

La directive précise (art. 32, & 4) que l'attribution du marché subséquent se fait par application des termes fixés dans l'accord-cadre sans remise en concurrence. C'est la raison pour laquelle nos marchés à bons de commande français ont dû être modifiés par le nouveau code pour supprimer la remise en concurrence entre plusieurs titulaires. La remise en concurrence entre plusieurs titulaires n'est plus possible désormais que dans les accords-cadres multiples dont tous les termes ne sont pas fixés, comme nous le verrons ci-dessous. Quand il y a plusieurs titulaires dans un accord-cadre dont tous les termes ont été fixés, l'attribution des marchés subséquents s'effectue en cascade, c'est-à-dire en servant d'abord le titulaire le mieux classé, puis le second selon une répartition qui doit être fixée d'avance notamment pour éviter tout risque de favoritisme.

3. Accords-cadres dont tous les termes ne sont pas fixés

Ce sont par essence des contrats incomplets. Tous les termes ne sont pas fixés pour permettre d'éventuels marchés subséquents sans un nouvel accord. Cette fixation définitive est laissée à plus tard lors de la remise en concurrence pour les accords.-cadres multiples, ou lors de la consultation du titulaire unique pour les accords-cadres à titulaire unique. Le prix par exemple peut très bien être fixé lors de la remise en concurrence, ou de la consultation si un seul titulaire, lors de la passation du marché subséquent.

3.1 Accords-cadres dont tous les termes ne sont pas fixés, avec un seul titulaire

Le marché subséquent est passé sur la base des termes de l'accord-cadre et des termes proposés pour le compléter dans le champ de ce qui n'était pas fixé de manière contraignante. On ne peut pas modifier les critères préalablement fixés.

3.2 Accords-cadres dont tous les termes ne sont pas fixés, avec plusieurs titulaires

L'attribution du marché subséquent fait suite à une remise en concurrence des titulaires. Cette remise en concurrence porte sur les mêmes termes précisés, ou sur d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre, en évitant de modifier substantiellement les termes fixés dans ce dernier.

Tous les titulaires sont consultés et si le marché subséquent est divisé en lots, seuls les titulaires de l'accord-cadre pour ce lot sont reconsultés.

La consultation va donc préciser tous les termes non encore fixés, par exemple les spécifications techniques ou les résultats attendus, les quantités précises, et indiquera dans quel délai l'offre devra être remise, sachant qu'il n'y a pas ici de délai minimum réglementaire, mais un délai qui doit être suffisant en tenant compte de la complexité du marché. Le marché sera ensuite attribué sur la base des critères d'attribution du marché précisés dès le lancement de l'accord-cadre.

Très bonne lecture !