

Les accords-cadres en vingt questions

Les accords-cadres, encore eux... C'est assez normal puisque c'est la principale innovation du nouveau code, c'est normal aussi, parce que personne n'est absolument certain de ce qu'il avance sur les accords-cadres, du moins sur les questions les plus difficiles, car on attend la jurisprudence, c'est-à-dire le juge pour certaines interprétations du texte.

Ici donc quelques questions auxquelles on essaie de répondre modestement avec toujours le risque d'être contredit par une jurisprudence ultérieure. Quant on sait que sur deux espèces identiques, sur un dossier déposé par un même avocat, deux tribunaux administratifs (Nice et Bastia¹) ont rendu deux jugements radicalement contraires, on comprend que le risque zéro n'existe pas dans les marchés publics...

1. L'accord-cadre : définition ?

L'accord-cadre est un contrat dans lequel certaines caractéristiques des prestations attendues ne sont pas fixées mais le seront ultérieurement au moment de la conclusion des marchés subséquents.

L'accord-cadre est un contrat soumis aux règles de passation des marchés publics, mais il n'est pas un marché à proprement parler puisque du seul fait de l'accord-cadre, on n'achète rien en réalité. Subtilité !

2. Quels sont les articles du code qui régissent l'accord-cadre ?

Presque tous les articles du code parlent de marché et d'accord-cadre simplement pour les mentionner, mais c'est l'article 76 qui en constitue le principal dispositif.

3. L'accord-cadre est-il divisé en plusieurs phases ?

Oui, l'accord-cadre comprend une première phase de définition souple du besoin, de publication, de remise d'une offre, (engageante ou pas nous en parlerons plus loin), et de jugement des offres, puis de choix du ou des titulaires, et une deuxième phase d'achat proprement dit.

¹ TA de Nice, ordonnance du 27 octobre 2006, n° 0605109 et TA de Bastia, ordonnance du 24 octobre 2004, n° 0601189.

4. Quelle est schématiquement la procédure ?

1^{ère} phase :

- 1.1 Publication, selon les règles de publication de l'article 40 ;
- 1.2 Passation de l'accord-cadre soit en procédure ouverte, soit restreinte, soit encore négociée, soit enfin en dialogue compétitif ;
- 1.3 Remise des candidatures et ou des offres ;
- 1.4 Sélection des candidats (1^{ère} enveloppe intérieure concernant les capacités des candidats) ;
- 1.5 CAO si marché formalisé (supérieur aux seuils) et si appel d'offres, marché négocié ou dialogue compétitif et selon les modalités et la composition prévue par chaque mode de passation ; jugement des offres (2^{ème} enveloppe intérieure concernant les offres proprement dites) ;
- 1.6 Désignation du ou des titulaires de l'accord-cadre ;
- 1.7 Publication d'un avis d'attribution.

2^{ème} phase :

- 2.1 Manifestation du besoin ou selon un calendrier annoncé, passation d'un marché subséquent ;
- 2.2 Remise des offres ;
- 2.3 Jugement des offres en application des critères annoncés dès le lancement de l'accord-cadre ; CAO si marché > aux seuils ;
- 2.4 Attribution du marché au mieux disant ;
- 2.5 Publication d'un avis d'attribution si marché formalisé, c'est-à-dire autre que passé en procédure adaptée.

5. Quelles sont les règles de publicité de l'accord-cadre ?

Pour l'accord-cadre lui-même (1^{ère} phase), l'estimation de tous les marchés qui seront passés sur sa base sera très souvent pour ne pas dire tout le temps supérieur à 90 000 € et donc devra faire l'objet d'une publication dans un journal habilité à publier des annonces légales (JAL) ou au BOAMP² et en pratique au BOAMP le plus souvent, et s'il est supérieur aux seuils des directives communautaires publication au BOAMP et au JOUE³ et simultanément. En revanche, comme seuls peuvent être consultés le ou les titulaires de l'accord-cadre, il n'est nul besoin de republier le projet de marché pour les marchés subséquents et ce serait même une erreur en raison de l'exclusivité qu'ont obtenu les titulaires de l'accord-cadre d'être les seuls consultés par la suite durant la durée de l'accord-cadre.

6. Peut-il y avoir un accord-cadre avec plusieurs opérateurs économiques ?

Oui, et c'est bien là à la fois l'une des caractéristiques de l'accord-cadre et l'un de ses atouts majeurs. Il peut y avoir un titulaire de l'accord-cadre ou plusieurs. S'il y en a plusieurs et l'intention doit avoir été indiquée dès le règlement de la consultation et

² BOAMP : bulletin officiel des annonces des marchés publics.

³ JOUE : journal officiel de l'Union européenne.

probablement dès la publication, ils doivent être au moins trois, à condition bien sûr que trois opérateurs économiques aient soumissionné...

7. A l'issue de cette première phase on a donc un ou plusieurs titulaires mais qui n'ont rien livré. Quand achète-t-on ?

On achète réellement lors de la seconde phase qui est la passation du marché que l'on va appeler subséquent. Cette deuxième phase aura lieu d'autant plus souvent que l'on multipliera ces marchés subséquents.

8. Peut-on retenir plusieurs opérateurs économiques pour un même marché subséquent ?

Non, le marché subséquent ne peut être attribué qu'en application des critères pondérés de jugement des offres annoncés très en amont dès le lancement de l'accord-cadre et on ne peut retenir que le mieux disant au regard de ces critères. La technique du saupoudrage est interdite.

9. Peut-il y avoir plusieurs marchés subséquents et une périodicité est-elle imposée par le code ?

Oui, il peut et c'est même inhérent à la mécanique de l'accord-cadre, il y aura plusieurs marchés subséquents. Le code ne prescrit rien et c'est normal. C'est à l'acheteur de juger quand il voudra acheter à proprement parler. Soit selon un calendrier annoncé au préalable, soit lorsque le besoin se fera sentir. Il lancera alors la consultation pour le marché subséquent (2^{ème} phase).

10. Ce marché subséquent doit-il lui-même être d'une certaine durée ?

Le code laisse encore ici la question à l'appréciation de l'acheteur. Il pourra passer autant de marchés subséquents qu'il considère nécessaire et de la durée qui lui paraît la plus opportune. On peut par exemple envisager un marché subséquent tous les ans pendant l'accord-cadre et donc d'une durée de un an à chaque fois.

11. Quelle est la durée maximale de l'accord-cadre ?

4 ans, sauf cas exceptionnels dûment justifiés. Mais en pratique c'est une question qui pose problème et que nous allons aborder dans la question suivante.

12. Quelles sont les obligations de l'administration ?

Attention question délicate et non tranchée définitivement...

Il semble bien que l'administration soit engagée sur la durée de l'accord-cadre annoncée. Si elle annonce trois ans, elle devrait s'y tenir, car dans le cas où il y aurait plusieurs titulaires, ce qui sera le cas le plus fréquent, ces titulaires n'auront gagné que la certitude d'être, et eux seuls, consultés pour les marchés subséquents. Il se peut en effet que les mises en concurrence sur les marchés subséquents aboutissent à ce qu'un titulaire de l'accord-cadre ne remporte jamais un marché subséquent. Le seul avantage que lui donne le fait d'être titulaire de l'accord-cadre c'est celui d'être consulté sur les marchés subséquents. En conséquence la durée annoncée de l'accord-cadre devient un élément substantiel de la compétition initiale. Il semble donc bien que l'administration doive indiquer une durée et

s'y tenir. La formule de un an reconductible trois fois par exemple introduit de l'incertitude préjudiciable, en réalité à l'administration elle-même, car elle n'incite pas à répondre à la consultation qu'elle lance. Si cette incertitude se cumule avec une absence d'engagement sur un minimum en quantité ou en valeur, ce n'est pas de nature à optimiser la compétition...

En pratique on verra de tout jusqu'aux indispensables précisions données par la jurisprudence future, et j'ai déjà vu des accords-cadres avec une durée d'un an reconductible.

13. Quelles sont les obligations des candidats et notamment en termes d'engagement sur les prix ?

C'est encore une question très délicate et non tranchée définitivement...

L'acheteur peut-il exiger des candidats un engagement ferme sur les prix des marchés subséquents ? Il est clair, d'un côté que le mécanisme de l'accord-cadre doit rester sélectif à chaque étape. Il n'est pas question de référencer tous les opérateurs économiques potentiels lors de l'accord-cadre lui-même, ce qui en revanche est dans la logique du système d'acquisition dynamique, autre mode de passation nouveau.

L'accord-cadre est une modalité de mise en concurrence et non une modalité commode de gestion des relations acheteurs/fournisseurs. Toutefois, comment demander sérieusement à un opérateur économique de s'engager fermement sur un prix ou une remise minimale et d'en faire un critère de jugement des offres de l'accord-cadre lui-même si l'objet du marché reste à définir ? Le produit n'est peut être même pas fabriqué ou commercialisé au stade de l'accord-cadre proprement dit. Le code manque à cet égard des précisions indispensables et laisse, en réalité au juge administratif le soin de le compléter... Interrogée publiquement par nos soins, le Directeur de la Direction des affaires juridiques du MINEFI (DAJ) répond dans un premier temps que « non ». L'acheteur ne pourra demander des engagements sur les prix applicables aux marchés subséquents. Mais son chef de bureau à nouveau interrogé par nos soins un peu plus tard est plus dubitatif. « Peut être ». En effet pourra-t-on en tant qu'acheteur sélectionner les candidats à l'accord-cadre au seul vu de leurs capacités techniques et financières, s'interroge-t-il ? Attention, nous parlons bien d'engagement sur les prix et non de prix indicatifs. Les prix indicatifs ou des références de prix sur des prestations types qui ne lient pas pour les marchés subséquents peuvent en effet être demandés et peuvent contribuer à l'analyse des offres. Mais c'est à titre d'information. La vérité sur cette question, c'est que personne n'en sait rien véritablement. Or, elle est très importante car elle conditionne la stratégie de réponse, voire même le principe d'une réponse ou non.

Nous faisons l'hypothèse de l'explication suivante à cette imprécision du code.

Le code français connaît les marchés à bons de commande que ne connaissent pas, en tant que tels, les directives communautaires. Accords-cadres et marchés à bons de commande font l'objet de deux articles séparés : art. 76 et 77, tandis que la directive ne comporte qu'un article sur les accords-cadres : l'article 32. Or à relire les directives il apparaît, plus clairement que dans notre code, qu'il y aurait en réalité deux sortes d'accords-cadres. Ceux dont l'objet est parfaitement déterminé dès le départ (ce qui ressemble à nos marchés à bons de commande) et pour lesquels il n'y aurait donc pas d'obstacle à demander un

engagement prix pour les marchés subséquents, et ceux dont certaines caractéristiques des prestations attendues ne sont pas fixées mais le seront ultérieurement lors de la passation des marchés subséquents et pour lesquels il n'est pas possible de demander aux candidats un engagement sur un prix dès l'accord-cadre.

Cf. Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, considérant n° 11 : « *Il convient de prévoir une définition communautaire des accords-cadres ainsi que des règles spécifiques pour les accords-cadres passés pour des marchés tombant dans le champ d'application de la présente directive. Selon ces règles, lorsqu'un pouvoir adjudicateur conclut, conformément aux dispositions de la présente directive, un accord-cadre concernant notamment la publicité, les délais et les conditions de remise des offres, il peut conclure pendant la durée de cet accord-cadre des marchés basés sur cet accord-cadre soit en appliquant les termes fixés dans l'accord-cadre, soit, lorsque tous les termes n'ont pas été fixés à l'avance dans cet accord-cadre, après avoir remis en concurrence les parties à l'accord-cadre sur les termes non fixés. La remise en concurrence devrait répondre à certaines règles visant à garantir la flexibilité nécessaire et à garantir le respect des principes généraux, notamment le principe d'égalité de traitement. Pour ces raisons, la durée des accords-cadres devrait être limitée et ne devrait pas pouvoir dépasser quatre ans, sauf dans des cas dûment justifiés par les pouvoirs adjudicateurs* ».

En maintenant dans le code français le marché à bons de commande au lieu de le supprimer, plutôt que de renvoyer à l'accord-cadre à termes fixés invariablement, Bercy a pris le risque d'une certaine confusion des genres. La transcription faite par la France de l'accord-cadre paraît restrictive puisque selon le code ce qui caractérise l'accord-cadre c'est que « certaines caractéristiques des prestations attendues ne sont pas fixées »..., tandis que selon la directive, soit les termes sont fixés à l'avance, soit ils ne sont pas fixés.

En pratique on verra sans doute de tout jusqu'aux précisions indispensables de la jurisprudence future.

14. Le titulaire d'un accord-cadre est-il obligé de répondre au marché subséquent ?

Il peut en effet être tenté de ne pas répondre si on lui a demandé un engagement minimum sur un prix dès l'accord-cadre et que compte tenu de l'objet finalement précisé du marché subséquent, cela ne lui permet plus de dégager sa marge légitime. Il peut aussi être tenté de ne pas répondre s'il est en rupture d'approvisionnements. C'est d'ailleurs bien l'intérêt de l'accord-cadre pour l'acheteur que d'avoir plusieurs titulaires : il assure la sécurité de ses approvisionnements. Rien, me semble-t-il, n'oblige un titulaire de répondre à la consultation du marché subséquent, c'est pourquoi certains acheteurs vont entrer dans une mécanique sophistiquée de notation sur la prestation une fois réalisée, dite note dynamique. Si l'entreprise ne répond pas, elle n'a aucune chance d'être retenue et donc sa note dynamique (sur prestation réalisée) est nulle. Selon l'importance de cette note pondérée dans les critères de jugement des offres, ceci affaiblira la note du titulaire qui n'a pas répondu pour les autres marchés subséquents. Des doutes nous semblent devoir être émis sur la régularité de cette pratique (encore peu répandue) qui consiste à analyser les offres en fonction de marchés précédents. Cela nous paraît contraire à l'article 10 du code (les offres

s'analysent lot par lot) et aux règles concernant les PME, car cela revient à exiger des références identiques dans un marché précédent. Affaire à suivre...

15. L'administration doit-elle s'engager sur un minimum de commande dans l'accord-cadre et dans les marchés subséquents ?

Non, l'administration n'est pas tenue de s'engager sur un minimum ni au niveau de l'accord-cadre, ni au niveau des marchés subséquents. Cela dit, elle doit comprendre que toute incertitude dégrade les prix...car l'offre est le résultat d'une analyse financière globale.

16. Accords-cadres et marchés à bons de commande : différences et ressemblances ?

Caractéristique	Accord-cadre	M. à bons de commande
Durée : maxi 4ans	Oui	Oui
Un ou plusieurs titulaires :	Oui	Oui
Remise en concurrence des titulaires :	Oui	Non
Objet bien défini initialement :	Oui/Non	Oui
Exécution du marché : par marchés subséquents		par émission de bons de commande
Mini/maxi facultatif :	Oui	Oui

Où l'on voit que la principale différence ce n'est pas, comme on le lit ici ou là, la définition de l'objet du marché, puisque elle peut être définitive ou approximative dans l'accord-cadre, mais c'est la nécessité de vrais marchés subséquents (avec règlement de la consultation et cahier des clauses particulières), quant on se contente de simples bons de commande dans le marché à bons de commande.

17. Accords-cadres : avantages/inconvénients ?

Globalement l'acheteur devrait y trouver de nombreux avantages : souplesse, gain de temps, économie de procédure, actualité de la définition du besoin quand celui-ci se fait sentir, c'est-à-dire la capacité de l'accord-cadre à s'adapter à l'évolution du marché et du besoin, économies tout court dans la mesure où rien n'est jamais durablement acquis dans un accord-cadre à multi titulaires pour les opérateurs économiques : la remise en concurrence est une mécanique de lutte contre le monopole de fait du titulaire d'un marché à bons de commande par exemple pendant le durée de celui-ci.

De son côté, l'opérateur économique devrait y voir une procédure alourdie puisque là où un simple bon de commande suffisait, il faudra répondre à un marché (subséquent) avec tous les certificats et attestations exigées. Il y verra une certaine sécurité si la durée de l'accord-

cadre est ferme s'il en est titulaire et, en revanche, une exclusion du marché s'il n'a pas été retenu, comme c'est déjà le cas avec les marchés à bons de commande.

18. Si toutes les caractéristiques ne sont pas fixées dès l'accord-cadre lui-même, jusqu'où peut-on faire évoluer le besoin ?

C'est encore une question délicate.

Le code met une limite lorsqu'il écrit que : « *Les parties ne peuvent apporter de modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés fondés sur cet accord* ». Ce n'est pas clair pour autant, qu'appelle-t-on substantiel ? Là encore la jurisprudence va trouver un vrai terrain d'expression. Un changement radical d'objet du marché serait certainement condamné, parce qu'il remettrait en cause la mise en concurrence initiale de l'accord-cadre. A l'inverse, si on est trop rigoriste, la souplesse qui est l'essence même de cette catégorie de marché disparaît. Par exemple, au sein d'un même objet, un modèle nouveau qui remplace un ancien doit pouvoir être acquis par marché subséquent. Un objet qui rentre dans une famille, par exemple un pansement particulier dans la famille pansements d'un accord-cadre portant sur des dispositifs médicaux, eux-mêmes précisés par un allotissement, devrait pouvoir être admis. Ou encore des précisions données dans le CCTP du marché subséquent sur la taille d'un écran d'ordinateur portable, la capacité du disque dur ou la vitesse d'horloge, dès lors que l'accord-cadre porte bien sur des microordinateurs portables, devraient être considérées comme admissibles car n'apportant pas de modification substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre. C'est là d'ailleurs où, si l'acheteur a exigé des candidats un engagement sur un prix ou une remise minimum, il risque tout simplement de ne pas avoir de réponse ou de réduire la concurrence si les termes du marché n'étaient pas fixés en amont. Il risque aussi la multiplication de contentieux, lui prétendant voir appliquer une remise minimum à un produit donné et le titulaire de l'accord-cadre prétendant ne pas être engagé sur ce produit qui n'entrerait pas, selon lui, dans l'objet de l'accord-cadre, notamment parce que ce produit n'était tout simplement même pas distribué lorsque l'accord-cadre a été conclu...

19. Quand utiliser l'accord-cadre ?

A priori pour tout ce qui est à besoins répétés, en fournitures courantes, services courants et maintenance de travaux, petit entretien. L'accord-cadre est aussi particulièrement destiné aux produits ou aux gammes évolutives dans le temps, l'accord-cadre permettant d'améliorer l'adéquation entre l'offre et la demande, puisque l'on peut ne fixer précisément l'objet du marché qu'au moment où l'on achète et non largement à l'avance comme dans le marché à bons de commande.

20. Et plein d'autres questions... comme par exemple : quel est le délai suffisant pour remettre une offre, quels sont les documents exigés lors des marchés subséquents, est-on bien surs que la procédure des marchés subséquents ne dépend pas du montant estimé de tous les marchés subséquents que l'acheteur compte lancer mais du seul marché subséquent qu'il lance à un moment donné, etc. questions auxquelles nous essaierons de répondre lorsque l'on y verra un peu plus clair...

Autre actualité des marchés publics:

- Le nouveau CCAG fournitures courantes et services vient de sortir à l'état de projet. Bercy appelle les commentaires des uns et des autres sur cette nouvelle mouture qui avait en effet besoin d'être modernisée. Nous lui réserverons nos commentaires lors d'une très prochaine -Lettre d'actualité -.
- Nous venons de publier un nouvel ouvrage intitulé : Dictionnaire de la commande publique », Thierry Beaugé, AFNOR 2007

Très bonne lecture !