

Nouveau code des marchés publics Accords-cadres : l'introduction d'un dispositif souple et réactif dans notre système d'achat ?

Mémoire réalisé dans le cadre du **Master 2 professionnel « Management du secteur public :
collectivités et partenaires »**
Année universitaire 2005-2006
Soutenu le 7 septembre 2006 par
Aurore FRAISSE

Membres du jury : Monsieur Marc FRANGI, *Maître de Conférences de Droit Public à l'IEP de Lyon*,
Président du jury. Maître Philippe SCHMIDT, *Avocat à la Cour (Lyon)*, Directeur de mémoire. Maître
Henri-Pierre VERGNON, *Avocat à la Cour (Lyon)*, Directeur de stage.

Table des matières

R emerciements . . .	1
I ntroduction . . .	3
Première partie Quels éléments de souplesse et de réactivité introduits dans la phase de conclusion de l'accord-cadre ? . . .	13
Chapitre 1 Le contenu de l'accord-cadre : une liberté retenue du pouvoir adjudicateur . . .	14
I. Une possibilité de recourir aux accords-cadres de façon discrétionnaire et en tout domaine . . .	14
II. Des éléments de flexibilité concernant la définition des besoins par le pouvoir adjudicateur . . .	15
III. Des possibilités de choix ouvertes concernant les modalités d'organisation de l'accord-cadre . . .	20
Chapitre 2. La conclusion de l'accord-cadre : la mise en œuvre d'une procédure souple et réactive ? . . .	27
I. La soumission stricte à l'ensemble des règles procédurales édictées par le Code des marchés publics . . .	28
II. Une procédure fractionnée : la clé d'une plus grande réactivité de la commande publique ? . . .	37
Conclusion . . .	39
Deuxième partie. Quels éléments de souplesse et de réactivité introduits dans la phase de conclusion des marchés publics passés sur la base de l'accord-cadre ? . . .	41
Chapitre 1 Le contenu des marchés publics : une souplesse essentiellement confirmée au profit du pouvoir adjudicateur . . .	41
I. Des éléments de flexibilité ouverts au pouvoir adjudicateur dans la possibilité de faire évoluer et de préciser ses besoins . . .	42
II. La durée du marché : une liberté d'action encadrée . . .	47
Chapitre 2 La conclusion des marchés publics : entre souplesse, réactivité et rigidité procédurale . . .	50
I. Les obligations contractuelles pesant sur les parties à l'accord-cadre . . .	50
II. Le lancement de la procédure de conclusion des marchés publics : une marge de manœuvre réduite pour le pouvoir adjudicateur . . .	54
III. Accord-cadre multi-attributaire : quels éléments de souplesse et de réactivité dans le déroulement de la remise en concurrence ? . . .	56

IV. L'achèvement de la procédure de conclusion des marchés publics : le maintien d'une rigidité procédurale ? .	61
Conclusion . .	64
Troisième partie Quelle place pour les accords-cadres dans notre système d'achat ? .	67
Chapitre 1 Les accords-cadres : un nouveau dispositif dans la boîte à outils des acheteurs publics .	68
I. Des domaines d'intervention variables en fonction du dispositif mis en œuvre .	68
II. Une souplesse graduée concédée au pouvoir adjudicateur dans la définition de ses besoins .	69
III. Une réactivité de la procédure variable en fonction du dispositif mis en œuvre . .	75
Chapitre 2 Les domaines d'intervention potentiels des accords-cadres . .	81
I. Un outil présentant des capacités d'adaptation à la structure et à la dynamique du milieu concurrentiel . .	81
II. Un outil présentant des capacités d'adaptation à l'évolutivité des besoins du pouvoir adjudicateur .	83
III. Un outil d'inspiration des systèmes d'achat mis en œuvre en procédures adaptées . .	85
Conclusion . .	87
C onclusion . .	89
Sources bibliographiques .	93
Ouvrages . .	93
Articles .	93
Sources juridiques . .	94
Textes juridiques . .	94
Jurisprudence .	96
Sources orales .	97
Interventions colloques et conférences .	97
Entretiens . .	97
Liens Internet .	98
Annexes . .	99

R emerciements

*Je tiens à faire part de mes sincères remerciements à mon directeur de mémoire, **Maître Philippe SCHMIDT**, pour sa disponibilité et les nombreux encouragements et conseils qu'il m'a prodigués tout au long de la rédaction de ce travail.*

*Je remercie également **Maître Henri-Pierre VERGNON** et l'ensemble des collaborateurs du Cabinet d'avocats Deporcq-Schmidt-Vergnon, ainsi que **Monsieur Christian DEBIEVE** de m'avoir accompagnée au cours de deux stages riches en enseignements.*

*Enfin, je souhaite m'adresser à **Madame Claudia CANOVA**, à **Madame Laure GENEVOIS** et à **Madame Stéphanie BOGNER** de m'avoir accordé de leur temps pour me faire partager leur expérience et leur regard de praticiennes de l'achat public.*

Introduction

« L'accord-cadre est un moyen intelligent que l'on ajoute à la boîte à outils du Code, qui permettra à l'acheteur de réagir très vite et de répondre à la critique permanente de la lenteur de la commande publique »¹. Par ce propos, Jérôme GRAND D'ESNON, Directeur des affaires juridiques au Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, expose l'un des principaux objectifs de ce dispositif nouveau que sont les accords-cadres : l'introduction d'une plus grande réactivité et d'une plus grande souplesse dans notre droit de la commande publique. Les accords-cadres se voient ainsi annoncés comme un outil permettant d'apporter de nouvelles réponses aux attentes des acheteurs publics.

Trouvant leur origine dans la transposition directe des directives communautaires, les accords-cadres sont identifiés comme une technique originale du nouveau Code des marchés publics issu du décret du 1^{er} août 2006² et entré en vigueur le 1^{er} septembre 2006³. Pour autant, les accords-cadres ne constituent pas une création *stricto sensu*.

¹ Jean-Marc BINOT, « Jérôme Grand d'Esnon : « L'accord-cadre est un outil intelligent qui va répondre à la critique permanente de la lenteur de la commande publique » », Achatpublic.com, 2 juillet 2005, 4 pages. Page 1.

² Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 4 août 2006, page 11 627.

³ Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, publiée au Journal Officiel de la République Française du 4 août 2006, page 11 665.

En effet, cet outil s'inscrit dans la filiation directe du dispositif, pratiqué de longue date, des marchés à bons de commande, ces derniers préexistant à la mise en place d'un cadre juridique international et communautaire en matière de commande publique.

Issus des décrets du 17 septembre 1992⁴ pour les marchés de l'État et du 27 mars 1993⁵ pour ceux des collectivités territoriales, les marchés à bons de commande résultent de l'unification de l'ancien dispositif des marchés à bons de commande⁶, fixant un minimum et un maximum de prestations susceptibles d'être commandées au cours d'une période n'excédant pas cinq ans, et des marchés de clientèle⁷ par lesquels l'administration s'engageait à confier des commandes à un prestataire unique, également pour une durée maximale de cinq années. Présentant l'avantage d'assurer une continuité dans l'approvisionnement sans recourir périodiquement à des procédures de passation, cette catégorie de marché réservée à des achats échelonnés, en particulier de biens consommables, se retrouve dans nombre des systèmes d'achat existants dans les États membres de l'Union européenne. En effet, les systèmes belges, danois, finlandais, italiens et britanniques ont mis en place des dispositifs d'achat similaires⁸.

Ainsi, ces techniques d'achat introduites dans différentes législations nationales ont très largement inspiré les instances internationales et communautaires en matière de droit de la commande publique.

De même, les accords-cadres tels qu'ils vont être mis en place dans les législations supranationales sont un dérivatif des dispositifs existants en droit privé, notamment en droit commercial. En effet, le droit commercial met en œuvre des conventions-cadres ou contrats-cadres, clairement distingués des contrats d'application permettant aux parties qui ont l'occasion de réaliser de fréquentes opérations commerciales entre elles, de standardiser les conditions de leurs futurs contrats⁹.

⁴ Décret n° 92-1025 du 17 septembre 1992 relatif aux marchés fractionnés et modifiant le code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 25 septembre 1992.

⁵ Décret n° 93-733 du 27 mars 1993 relatif à la transparence des procédures dans les marchés publics et modifiant le code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 30 mars 1993.

⁶ Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 portant préparation et passation des marchés – Cahiers des charges – travaux sur mémoires et achats sur factures – Dispositions diverses, publié au Journal Officiel « Lois et Décrets » du 16 mars 1956, page 2 562, pour les marchés de l'État. Et Décret n° 62-473 du 13 avril 1962 portant modification des articles 5, 10, 26, 27, 31, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 50, 51, 62, 77, 95 du décret 60724 du 25 juillet 1960 (Marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux), publié au Journal Officiel « Lois et Décrets » du 18 avril 1962, page 4 018, pour les marchés des collectivités locales.

⁷ Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 précité pour les marchés de l'État. Et Décret n° 83-1013 du 24 novembre 1983 modifiant le code des marchés publics pour adapter ses dispositions aux termes de la loi 82213 du 02-03-1982 sur la décentralisation, publié au Journal Officiel « Lois et Décrets » du 30 novembre 1983, page 3 446, pour les marchés des collectivités locales.

⁸ Maria-Daniela CISMARU, « *Transposition des directives : où en est-on ?* », Revue Contrats Publics, n° 49 de novembre 2005, 90 pages. Page 51.

Un élément de transposition des textes internationaux et communautaires

Les accords-cadres sont donc un mécanisme institué à la fois au niveau international et au niveau communautaire.

Sur le plan international, les accords-cadres trouvent leur origine dans la signature, à Marrakech, de l'Accord sur les marchés publics (AMP) le 15 avril 1994, concomitamment à la naissance de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996, l'AMP est un accord plurilatéral ne liant pas l'ensemble des membres de l'OMC, l'Union européenne en étant toutefois partie. Le principal objectif de l'AMP est d'établir le principe de non discrimination entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs établis hors du territoire national. Par conséquent, les gouvernements signataires sont tenus d'accorder aux produits et services de toute autre partie à l'accord et à ses fournisseurs, un traitement qui ne sera pas moins favorable à celui qu'ils accordent à leurs produits, services et fournisseurs nationaux. Par ailleurs, l'accord souligne l'importance des procédures destinées à assurer la transparence des lois, règlements, procédures et pratiques de passation des marchés publics et à garantir, de fait, une concurrence loyale.

Concernant plus spécifiquement les accords-cadres, le groupe de travail I Passation des marchés de la commission des Nations Unies pour le droit commercial (Cnudci) les définit comme « *des accords portant sur la fourniture réitérée d'un produit ou d'un service pendant une certaine période et comportant un appel d'offres initial fixant certaines conditions, la sélection d'un ou de plusieurs fournisseurs sur la base des offres et la passation ultérieure de commandes périodiques auprès du (des) fournisseur(s) choisi(s) lorsque surviennent des besoins particuliers* »¹⁰. Ainsi, les accords-cadres sont utilisés lorsque les entités adjudicatrices ont besoin de produits ou de services particuliers pour une période donnée, sans connaître pour autant la quantité exacte de leurs besoins, leur nature ou le moment où ils surviendront.

Au niveau communautaire, le dispositif des accords-cadres est introduit pour la première fois dans la directive du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications¹¹, adoptée simultanément avec trois autres directives couvrant respectivement les marchés de travaux¹², de fournitures¹³ et de services¹⁴. L'adoption

⁹ Martine BEHAR-TOUCHAIS, Georges VIRASSAMY, « *Les contrats de la distribution* », Traité des contrats, sous la direction de Jacques GHESTIN, LGDJ, Éditions Montchrestien, Janvier 1999, 938 pages. Pages 111 à 119.

¹⁰ Maria-Daniela CISMARU « *Transposition des directives : où en est-on ?* », Revue Contrats Publics, n° 49 de novembre 2005, 90 pages. Page 49.

¹¹ Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 9 août 1993, page 84.

¹² Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 9 août 1993, page 54.

de ces textes relevait d'une volonté des instances communautaires d'assurer une ouverture à la concurrence des marchés publics par une coordination des procédures nationales de passation de ces marchés. Il s'agissait, d'une part, de neutraliser l'ensemble des comportements ayant pour objet ou pour effet d'empêcher les entreprises non nationales d'accéder à la commande publique et, d'autre part, d'inciter les acheteurs publics à user de procédures compétitives. L'ensemble de ces directives a ainsi contribué à établir un cadre juridique communautaire fondé sur les règles de transparence, de préférence aux procédures ouvertes ou restreintes et des critères transparents de sélection des offres.

Par la suite, toujours dans un souci d'éviter d'éventuelles discriminations, de transparence mais aussi de simplification, les instances communautaires ont opéré une refonte des dispositions applicables. Ainsi, des quatre directives qui préexistaient sont issues deux directives, en vigueur actuellement, à savoir la directive dite « secteurs classiques »¹⁵, qui regroupe les marchés de travaux, fournitures et services, et la directive dite « secteurs spéciaux »¹⁶. Ce travail communautaire de 2004 a également permis de généraliser le dispositif des accords-cadres à l'ensemble des marchés publics entrant dans le champ d'application de ces directives.

Le dispositif des accords-cadres est ainsi présent dans les deux directives communautaires de 2004.

La directive classique définit les accords-cadres comme « *un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs 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* »¹⁷. Cette définition se rapproche de celle donnée par la directive secteurs spéciaux qui dispose qu'un accord-cadre est « *un accord conclu entre une ou plusieurs entités adjudicatrices visées à l'article 2, paragraphe 2, et un ou plusieurs opérateurs économiques, et qui a 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* »¹⁸. Les termes employés dans les deux directives sont

¹³ Directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 9 août 1993, page 1.

¹⁴ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 24 juillet 1992, page 1.

¹⁵ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne du 30 avril 2004, page 114.

¹⁶ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne du 30 avril 2004, page 1.

¹⁷ Article premier, paragraphe 5 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 précitée.

quasiment identiques, la seule différence identifiable à ce stade étant le cocontractant public visé par les textes à savoir « *pouvoir adjudicateur* »¹⁹ pour la directive classique et « *entité adjudicatrice* »²⁰ pour la directive secteurs spéciaux. Cette différence de terminologie n'est pas sans conséquence sur la transposition des directives dans notre droit interne. Celle-ci sera donc différente selon que le texte de transposition interviendra dans le cadre de l'une ou l'autre de ces directives.

Ainsi, dans ce cadre juridique contraint et évolutif tant sur le plan international que communautaire, plusieurs textes ont participé à la traduction en droit interne des dispositions concernant les accords-cadres.

Un élément transposé par différents textes régissant le droit interne de la commande publique

Le dispositif des accords-cadres est présent dans plusieurs textes régissant notre droit interne de la commande publique et assurant pour partie la transposition des directives communautaires de 2004. Le Code des marchés publics n'est donc pas l'unique outil permettant la mise en conformité au droit communautaire des dispositions applicables en droit interne.

A cet égard, l'ordonnance du 6 juin 2005²¹, relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, fait partie des textes de transposition des directives communautaires. Ainsi, l'ordonnance du 6 juin 2005 définit les accords-cadres comme « *les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou une des entités adjudicatrices définies à l'article 4 et des opérateurs économiques publics ou privés 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* »²², reproduisant quasiment à l'identique les définitions données par les directives communautaires. Par la suite, le décret du 20 octobre 2005²³ est venu s'appliquer aux marchés publics et

¹⁸ Article premier, paragraphe 4 de la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 précitée.

¹⁹ « *Sont considérés comme « pouvoirs adjudicateurs » l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public* », Article premier, paragraphe 9 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 précitée.

²⁰ « *La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices : qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques et qui exercent une des activités visées aux articles 3 à 7 ; qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 3 à 7, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un Etat membre* », Article 2, paragraphe 1 de la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 précitée.

²¹ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, Journal Officiel de la République Française du 7 juin 2005, page 10 014 et entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005.

²² Article 1^{er} de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée.

accords-cadres passés par les entités adjudicatrices mentionnées par l'ordonnance du 6 juin 2005 qui exercent une activité d'opérateur de réseaux dans les secteurs dits spéciaux de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, transposant ainsi la directive secteurs spéciaux. L'objectif était d'adapter le contenu de la réglementation aux pratiques commerciales existantes dans ces secteurs et d'assurer une certaine flexibilité aux entités visées en les dispensant de procéder à une mise en concurrence préalable lors de la conclusion des marchés passés sur la base des accords-cadres. De même, le décret du 30 décembre 2005²⁴ est venu fixer les règles applicables aux marchés publics et accords-cadres passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics énoncées par l'ordonnance du 6 juin 2005.

Le Code des marchés publics issu de la réforme de 2006 se présente également comme un outil de transposition des directives communautaires de 2004.

En effet, la rédaction du Code des marchés publics de 2004²⁵ est intervenue dans les conditions particulières de refonte des directives communautaires. Elle a donc eu lieu alors que l'issue du travail communautaire n'était pas encore connue. Dans ce contexte, le Code de 2004 n'a pu qu'anticiper, s'inspirer des directives, sans toutefois pouvoir en assurer la transposition étant donné qu'il existait une incertitude concernant la réalité de leur adoption. Les accords-cadres n'ont donc pas été intégrés dans le texte de 2004.

Cette non transposition des directives par le Code de 2004 est en partie à l'origine de la réforme de 2006. En effet, les directives communautaires ayant été adoptées, il apparaissait opportun d'intégrer en droit interne un ensemble de mécanismes nouveaux introduits par celles-ci. Ce n'est donc qu'avec la réforme de 2006 que s'est présentée la possibilité d'incorporer le dispositif des accords-cadres au sein du Code des marchés publics²⁶. Ainsi, la réforme de 2006 a avant tout une vocation transpositive. Il convient de préciser qu'à cette volonté transpositive s'ajoute une fonction correctrice, d'une part, dans l'ambition de réduire les écarts au droit communautaire et, d'autre part, dans l'amélioration et la simplification des dispositions en vigueur. En effet, si les réformes de 2001²⁷ et de 2004 poursuivaient d'ores et déjà ces objectifs, ces derniers n'avaient pas été atteints de

²³ Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 22 octobre 2005, page 16 752.

²⁴ Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 31 décembre 2005, page 20 782.

²⁵ Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics et abrogeant le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, publié au Journal Officiel de la République Française du 8 janvier 2004, page 37 003.

²⁶ Le dispositif des accords-cadres est introduit à l'article 76 du Code des marchés publics. Voir infra Annexe n° 1, page 135.

²⁷ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 8 mars 2001, page 37 003.

manière satisfaisante. La réforme de 2006 présente donc une avancée supplémentaire à la fois dans la mise en conformité au droit communautaire, dans la transposition des directives et dans la simplification du droit de la commande publique.

Le Code des marchés publics, dans sa version 2006, intègre les accords-cadres dans le système d'achat en place, conformément aux ouvertures permises par les directives. Ce Code se structure en deux parties : la première porte les dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs – transposant ainsi la directive classique – et la seconde celles concernant les entités adjudicatrices – transposant ainsi la directive secteurs spéciaux –. Chacune de ces parties comportent des dispositions concernant les accords-cadres. Pour autant, dans une volonté de simplification du présent mémoire, seules les dispositions concernant les accords-cadres conclus par les pouvoirs adjudicateurs, en tant qu'éléments de transposition de la directive classique, seront développées.

A ce titre, une circulaire de la Commission européenne²⁸ apporte plusieurs éléments de définition sur la notion d'accord-cadre telle qu'elle est énoncée par la directive classique. Ainsi, la Commission européenne précise que la notion d'accord-cadre recouvre deux situations distinctes : les « *contrats-cadres* » et les « *accords-cadres stricto sensu* »²⁹.

Les contrats-cadres sont définis comme des marchés publics fixant tous les termes du contrat. De fait, les dispositions contractuelles applicables aux commandes futures fondées sur ce type d'accord sont fixées de manière contraignante et ne peuvent faire l'objet de négociations ou de modifications ultérieures, au moment de la survenance du besoin.

Au contraire, les accords-cadres *stricto sensu* ne fixent pas tous les termes de l'accord, certaines dispositions contractuelles devant être précisées par la suite, soit que l'accord-cadre ne fixe pas de manière contraignante tous les termes régissant les éventuelles commandes ultérieures, soit que certains termes ne sont pas visés par l'accord-cadre.

Ainsi, conformément à la distinction établie par la circulaire de la Commission européenne, le Code des marchés publics issu de la réforme de 2006 présente deux dispositifs distincts permettant la mise en œuvre des accords-cadres : les marchés à bons de commande, identifiés aux « *contrats-cadres* » et les accords-cadres, identifiés aux « *accords-cadres stricto sensu* ».

La version française des accords-cadres, telle qu'elle sera présentée dans le présent mémoire, ne correspond donc qu'à une partie des accords-cadres mis en place par la directive communautaire. A noter que l'utilisation d'une terminologie identique dans la directive et dans le Code des marchés publics pour désigner deux dispositifs, au final différents - la version française étant plus restrictive que la version communautaire - introduit une certaine confusion. L'adoption d'une dénomination distincte lors de la

²⁸ GROUPE MONITEUR, Bulletin européen du moniteur, n° 751, 23 janvier 2006, 22 pages. Page 19.

²⁹ Cette terminologie utilisée par la Commission européenne a un objectif purement pédagogique afin de distinguer les deux situations englobées dans la notion d'accords-cadres.

transposition de la directive aurait judicieusement permis d'éviter ce type de hiatus.

Le Code des marchés publics de 2006 définit les accords-cadres comme « *les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, 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* »³⁰. Ces premiers éléments de définition permettent d'identifier, d'une part, un dispositif spécifique en deux temps, distinguant une phase de présélection des fournisseurs et une phase d'attribution des marchés publics. D'autre part, les accords-cadres sont incomplets, plusieurs dispositions relatives aux marchés à conclure sur la base de cet accord devant être fixées ultérieurement.

Un outil nouveau répondant aux attentes des acheteurs publics ?

L'introduction des accords-cadres est donc présentée comme une innovation majeure du texte, cherchant à établir un compromis raisonnable entre efficacité, notion à laquelle peut être jointe celle d'efficience économique, et rigueur de la commande publique.

L'un des principaux atouts de ce nouveau dispositif réside dans la possibilité d'introduire la **prise en compte du facteur temps** et de l'incertitude qui en découle dans notre dispositif d'achat. En effet, la possibilité de fractionner les achats dans le temps en dissociant la phase de conclusion de l'accord-cadre des différentes phases d'achat proprement dites devrait permettre l'introduction d'une plus grande **réactivité** de la commande publique tout en assurant une **sécurisation des procédures de passation**.

De plus, le dispositif des accords-cadres est présenté comme **un outil souple et flexible**, laissant aux acheteurs une marge de manœuvre plus importante dans l'environnement balisé et souvent jugé rigide de la commande publique. Ainsi, non seulement les accords-cadres devraient permettre un échelonnement et une continuité des achats dans le temps mais aussi une plus grande évolutivité de la commande publique. En effet, les accords-cadres ont pour objet de permettre une adaptation des commandes à la fois aux besoins de l'acheteur et aux évolutions du contexte de l'achat avec l'ambition d'acheter rapidement et au prix le plus intéressant offert par le marché au moment où la commande est passée. De fait, les accords-cadres se présentent comme une technique moderne qui s'inscrit, au-delà de l'objectif de sécurité juridique recherché par tout acheteur, dans **l'exigence nouvelle de l'efficacité économique**.

Le corollaire de cette plus grande liberté d'action des acheteurs publics réside dans une **responsabilisation des acheteurs** et dans une nécessaire professionnalisation de l'achat public. En effet, la volonté des rédacteurs du Code est de sortir d'une approche essentiellement procédurale de l'achat pour introduire une **logique de système d'achat**. A la dimension juridique d'application des procédures énoncées par le Code s'ajoute ainsi **une dimension organisationnelle de l'achat**. Dans cette optique, l'accord-cadre joue le rôle d'un contrat support de la programmation d'achat s'inscrivant dans une logique juridique et économique pluriannuelle.

La vision des accords-cadres telle qu'elle vient d'être présentée révèle une réelle ambition des rédacteurs du nouveau Code. Or, si le propre de toute réforme est d'être

³⁰ Article 1^{er} I, alinéa 2 du Code des marchés publics.

ambitieuse, la présentation des accords-cadres comme la panacée des outils mis à disposition des acheteurs publics n'est-elle pas en partie irréaliste ? Introduisant des éléments de flexibilité au sein des procédures de passation des marchés publics, les accords-cadres peuvent-ils apporter, et ce, en tout domaine, la réactivité et la souplesse souhaitées par les acheteurs publics ?

Certes, les accords-cadres présentent plusieurs caractéristiques permettant d'espérer une plus grande flexibilité et une meilleure réactivité de la commande publique. Pour autant, **les procédures de passation restent relativement contraignantes**, notamment lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics intervenant sur la base de l'accord-cadre. Certes, les accords-cadres vont introduire des possibilités d'adaptation des commandes aux besoins des pouvoirs adjudicateurs et à l'évolutivité du marché. Néanmoins, là encore, ces perspectives d'évolution ne doivent pas être surestimées et ne pourront intervenir que **sous certaines conditions**.

Le dispositif des accords-cadres doit donc faire l'objet d'une analyse précise afin de déterminer les éléments de souplesse et de réactivité introduits mais aussi leurs limites, que ce soit au stade de la conclusion de l'accord-cadre (Première partie) ou lors de la seconde phase de conclusion des marchés passés sur le fondement de cet accord (Deuxième partie).

Enfin, il est nécessaire de préciser que les accords-cadres, même s'ils peuvent être conclus en tout domaine, **ne sont pas un dispositif pertinent en toutes circonstances**. En effet, d'autres dispositifs, parmi lesquels les marchés à bons de commande, peuvent apporter des réponses plus adéquates en fonction des besoins, du type d'achat et des objectifs du pouvoir adjudicateur. L'achat public est un acte à géométrie variable devant combiner les différents outils à disposition afin de garantir l'achat économiquement le plus avantageux. De fait, la détermination du besoin et l'analyse des différentes contraintes qui le caractérisent joueront un rôle majeur dans la qualification des marchés à venir.

Dans ces circonstances, **il est essentiel pour les pouvoirs adjudicateurs d'engager une réelle réflexion sur l'opportunité de l'utilisation d'une telle procédure afin d'intégrer au mieux ce nouveau dispositif dans leur système d'achat (Troisième partie).**

La réalisation de ce mémoire s'est appuyée sur différentes actions. A ce titre, la participation au colloque « marchés publics » organisé en partenariat par le Groupe Moniteur et l'Institut d'Études Politiques de Lyon dans le cadre du Master 2 professionnel « *Management du secteur public : collectivités et partenaires* » s'est révélée enrichissante.

Le contenu du mémoire s'appuie également sur différents travaux, en lien direct avec le sujet choisi, réalisés lors du stage effectué au sein de la SCP d'avocats Deporcq-Schmidt-Vergnon. Par ailleurs, l'opportunité de participer, dans le cadre de ce stage, à une formation de deux jours sur le thème « *Accords-cadres : appropriez-vous l'innovation majeure du Code 2006* » et les échanges qui l'ont accompagnée tant avec des praticiens de l'achat public que des juristes, ont permis d'alimenter mes réflexions sur la problématique choisie.

Enfin, la réalisation d'entretiens avec différents responsables de la commande

publique m'a permis d'affiner certains aspects du sujet traité.

Première partie Quels éléments de souplesse et de réactivité introduits dans la phase de conclusion de l'accord-cadre ?

Introduction

L'acte d'achat s'inscrit dans un environnement juridique contraint. De fait, les marchés publics conclus par les pouvoirs adjudicateurs sont fortement encadrés tant dans leur substance qu'au niveau des procédures mises en œuvre pour leur passation.

Dans ce contexte balisé, le nouveau Code des marchés publics a l'ambition d'introduire un nouveau dispositif qui se veut plus souple mais également plus réactif. L'outil des accords-cadres a donc pour objet de répondre aux attentes des acheteurs publics, notamment par la possibilité d'une expression des besoins et d'une procédure de passation fractionnées en deux temps.

Ainsi, il convient tout d'abord d'identifier les différents éléments de flexibilité et de réactivité mis en œuvre par le dispositif des accords-cadres lors de la première phase de conclusion de l'accord-cadre.

Par conséquent, après avoir explicité les dispositions en faveur d'une plus grande souplesse quant au contenu même de l'accord-cadre (Chapitre 1), il sera nécessaire

d'analyser dans quelles mesures la procédure de passation de l'accord-cadre peut se révéler simplifiée voire réactive (Chapitre 2).

Chapitre 1 Le contenu de l'accord-cadre : une liberté retenue du pouvoir adjudicateur

Le pouvoir adjudicateur bénéficie de différentes marges de manœuvre concernant les possibilités de recours au système de l'accord-cadre (I), les modalités de définition de ses besoins (II) ainsi que l'organisation même de cet accord (III).

I. Une possibilité de recourir aux accords-cadres de façon discrétionnaire et en tout domaine

Les accords-cadres sont un dispositif pouvant être utilisé pour l'ensemble des achats du pouvoir adjudicateur (A). Ce dernier bénéficie, par ailleurs, d'une liberté dans le choix de recourir aux accords-cadres pour répondre à ses besoins (B). Pour autant, le pragmatisme nécessaire à tout achat vient nuancer ces différents éléments (C).

A. Un recours aux accords-cadres possible en tout domaine

L'article 1er-I, alinéa 3 du Code des marchés publics énonce que « Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2³¹ et des opérateurs économiques publics ou privés, 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* ». Cet article ne détaille pas explicitement les domaines dans lesquels peuvent être conclus les accords-cadres.

Pour autant, il convient de préciser que les accords-cadres fixent les modalités de passation de marchés publics futurs conclus sur la base de ces accords. Or, la définition des marchés publics telle qu'elle intervient à l'article 1^{er}-I, alinéa 2 du Code précise que « *Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

Par conséquent, les accords-cadres sont des contrats pouvant être conclus en tout domaine : travaux, fournitures et services. Le pouvoir adjudicateur dispose, de fait, d'un outil pouvant théoriquement être utilisé pour l'ensemble de ses achats.

³¹ Article 2 du Code des marchés publics : « *Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont : 1° L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux* ».

B. Le choix discrétionnaire d'un recours aux accords-cadres

Si le champ d'intervention des accords-cadres n'est pas limité, le pouvoir adjudicateur bénéficie également de la possibilité de recourir à cet outil de façon discrétionnaire.

Cette liberté d'action du pouvoir adjudicateur contraste avec les possibilités de recours limitées aux marchés à bons de commande, et plus généralement aux marchés fractionnés, telles qu'elles étaient ouvertes par le Code des marchés publics de 2004.

En effet, le Code de 2004³² disposait qu'un marché fractionné ne pouvait être envisagé que « *lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché* ». Bien qu'elles aient un caractère extensif, ces raisons économiques, techniques ou financières ne signifiaient pas moins une limitation des possibilités de recours à ce type de marchés.

Cette forme de restriction n'existe pas au sujet des accords-cadres, laissant une liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur. A noter que cette limitation concernant les marchés à bons de commande a également été supprimée par la réforme du Code de 2006, ces derniers pouvant désormais être conclus librement.

C. Une liberté néanmoins relative du pouvoir adjudicateur

Si les accords-cadres peuvent être conclus librement, et ce, en tout domaine, l'opportunité de recourir à ce dispositif reste variable. En effet, l'intérêt du recours à cet outil doit être apprécié de façon pragmatique, au regard de la nature des prestations susceptibles d'être commandées par la suite mais aussi du secteur économique concerné. Il sera donc nécessaire de détailler plus amplement les domaines d'intervention privilégiés des accords-cadres³³.

II. Des éléments de flexibilité concernant la définition des besoins par le pouvoir adjudicateur

Le dispositif des accords-cadres présente un intérêt majeur de par la souplesse qu'il accorde au pouvoir adjudicateur dans la définition de ses besoins au stade du cahier des charges de l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur dispose effectivement d'une marge de manœuvre non négligeable au niveau de la précision de l'objet de l'accord-cadre (A) ainsi qu'au niveau du volume de commandes qui seront passées sur la base de cet accord (B). Néanmoins, cette souplesse n'est pas synonyme de liberté absolue, le pouvoir adjudicateur devant faire face à différentes obligations et contraintes.

³² Préambule aux articles 71 et 72 du Code des marchés publics de 2004.

³³ Voir infra, Troisième partie, page 86.

A. La préservation de marges de manœuvre dans la définition de l'objet de l'accord-cadre

Aux exigences d'une définition précise du besoin, les textes apportent quelques nuances permettant au pouvoir adjudicateur de définir l'objet de l'accord-cadre de façon relativement souple.

1. L'exigence d'une définition précise du besoin

Le pouvoir adjudicateur doit définir ses besoins conformément aux exigences de l'article 5-I du Code des marchés publics, ce dernier précisant que « **La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins** ».

Dans cette optique, le pouvoir adjudicateur dispose de différentes options formulées à l'article 6-I du Code stipulant que « *Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées :*

1° soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par des organismes de normalisation ;

2° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. *Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. [...] ».*

Par la suite, l'article 6-II précise que « *Le pouvoir adjudicateur détermine les prestations qui font l'objet du marché ou de l'accord-cadre qu'il passe :*

1° soit en utilisant l'une ou l'autre des catégories de spécifications techniques mentionnées au 1° et 2° du I ;

2° soit en les combinant. Cette combinaison est opérée ;

soit en définissant des performances ou exigences fonctionnelles et en précisant la référence à des normes ou autres documents équivalents mentionnés au 1° du I qui sont présumés permettre de réaliser ces performances ou de satisfaire à ces exigences ;

soit en recourant à des normes ou autres documents équivalents pour certains aspects du marché et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres ».

Ainsi, le pouvoir adjudicateur se doit de définir son besoin de manière suffisamment précise et ne semble pas avoir une importante marge de manœuvre en la matière.

Cette exigence résulte, d'une part, de la nécessité de respecter le principe d'égalité d'accès des candidats à la commande publique ainsi que de l'égalité de traitement de ces candidats. Pour cela, les candidats potentiels doivent disposer d'un minimum d'informations sur l'objet de l'accord et des marchés qui en découleront. Ainsi, les

spécifications minimales ont pour objectif de permettre à tout opérateur économique susceptible d'être intéressé de présenter une offre.

D'autre part, il est nécessaire pour le pouvoir adjudicateur de définir suffisamment le besoin afin d'être en mesure de comparer et de juger les offres des candidats mais également d'optimiser le dispositif sur une durée longue.

2. Une souplesse relative apportée par les textes

Si les spécifications en terme de définition du besoin comportent des exigences minimales, il convient toutefois de préciser que la conclusion d'un accord-cadre laisse une certaine souplesse au pouvoir adjudicateur quant à l'objet fixé dans le cahier des charges de cet accord.

En effet, si nous reprenons les termes de la circulaire de la Commission européenne concernant la directive classique, des marges de manœuvre se dégagent concernant la précision de l'objet de l'accord-cadre.

Ainsi, la circulaire européenne précise que « **Les accords-cadres qui ne fixent pas tous les termes (les accords-cadres stricto sensu) sont par définition incomplets : soit ce type d'accords-cadres ne fixe pas de manière contraignante tous les termes nécessaires pour que les (éventuelles) commandes subséquentes fondées sur l'accord-cadre puissent être passées sans autre accord entre les parties, soit certains termes ne sont pas visés par l'accord-cadre. En d'autres termes, certaines stipulations contractuelles doivent encore être fixées par la suite** » .

Cette position est rejointe par le Code des marchés publics qui dispose dans son article 76-II que « **Les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre [...]** ».

Ces précisions apportées par les textes permettent au pouvoir adjudicateur de se réserver des marges de manœuvre. Ainsi, le pouvoir adjudicateur dispose de deux possibilités qui peuvent, par ailleurs, être combinées.

D'une part, le pouvoir adjudicateur peut ne pas fixer tous les termes de façon contraignante. Par exemple, si l'accord-cadre porte sur la fourniture d'ordinateurs, le pouvoir adjudicateur peut formuler son besoin en terme de performances et de fonctionnalités minimales lui permettant, lors de la conclusion des marchés publics fondés sur cet accord, de pouvoir bénéficier des derniers modèles disponibles sur le marché.

D'autre part, le pouvoir adjudicateur peut ne pas mentionner certains éléments de l'accord. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut ne pas fixer des éléments sur les quantités envisagées, les délais et modalités de livraison, les caractéristiques précises d'une prestation, les matériaux utilisés pour une opération de travaux, etc. A noter que dans cette hypothèse, l'objet même de l'accord-cadre fait impérativement partie des éléments mentionnés dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

Par ailleurs, **la fixation du prix n'apparaît pas non plus comme une obligation au**

stade de l'accord-cadre. Pour autant, celui-ci doit contenir un minimum d'éléments financiers. En effet, l'article 1^{er}-I, alinéa 3 du Code des marchés publics précise que les accords-cadres ont 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* ». Ainsi, si fixer un prix ne semble pas une obligation, l'accord-cadre doit, pour le moins, déterminer les modalités de fixation ultérieure de ce prix. Par exemple, l'accord-cadre peut intégrer des spécifications en terme de taux de rémunération horaires, journaliers ou encore mensuels qui permettront, par la suite, de déterminer le prix de façon précise lors de la conclusion des marchés publics. De même, l'accord-cadre peut fixer des clauses de remises quantitatives, de remises de fidélités, etc., qui interviendront sur le prix fixé lors de la conclusion du marché passé sur la base de l'accord-cadre. Enfin, l'accord-cadre peut intégrer des « simulations de commandes », sans valeur contractuelle, qui lui permettront d'analyser les offres lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre sans pour autant figer les prix concernant les marchés à venir.

Exemple d'accord-cadre ne fixant pas tous les termes :

Accord-cadre	Marché public conclu sur la base de l'accord-cadre
Objet de l'accord : achat de fournitures de bureau Eléments financiers : Simulation de commande (devis estimatif quantitatif) ; remise de fidélité ; remise quantitative.	Précisions apportées à l'objet du marché : types de produits commandés ; quantités commandées ; délais de livraison ; lieu(x) de livraison ; prix en fonction : des produits et des quantités commandées ; des taux de remises quantitative et de fidélité.

La possibilité pour le pouvoir adjudicateur de pouvoir définir son besoin en deux temps représente ainsi l'un des atouts majeurs du dispositif des accords-cadres.

Néanmoins, si les textes introduisent des marges de manœuvre pour le pouvoir adjudicateur dans la définition de l'objet de l'accord-cadre, celles-ci restent limitées. En effet, si l'objet peut être complété et précisé lors de la passation des marchés conclus sur la base de l'accord-cadre, **celui-ci ne peut en aucun cas être modifié de façon substantielle**³⁴.

B. L'absence d'exigence de montants minimum et maximum

Les accords-cadres peuvent être conclus sans minimum ni maximum en valeur ou en quantité³⁵. Si cette possibilité présente un élément de souplesse supplémentaire au profit du pouvoir adjudicateur, ses conséquences doivent être mesurées et posent la question d'une réintroduction de ces informations dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

³⁴ Voir infra, Deuxième partie, Chapitre 1, page 56.

³⁵ Article 76-I du Code des marchés publics.

1. Un accord-cadre pouvant être conclu sans montants minimum ni maximum

Les marchés à bons de commande que nous connaissions jusqu'alors devaient, sauf situations dérogatoires, comporter un montant minimum et un montant maximum³⁶ pour la durée totale du marché. De fait, la personne responsable du marché était tenue d'émettre des bons de commande à hauteur du montant minimum, sauf à devoir indemniser le titulaire. L'existence de ces montants présentait un intérêt pour le titulaire du marché. En effet, celui-ci se voyait assuré, d'une part, d'obtenir un minimum de commandes et donc de réaliser un chiffre d'affaires minimum par l'exécution du marché. D'autre part, son engagement contractuel était limité par la présence d'un montant maximum.

La réforme du Code des marchés publics de 2006 apporte plusieurs bouleversements en la matière. En effet, les marchés à bons de commande, de même que les accords-cadres, pourront désormais être conclus sans montants minimum ni maximum, que ce soit en valeur ou en quantité, apportant une marge de manœuvre supplémentaire au pouvoir adjudicateur.

2. Les conséquences résultant de l'absence de montants minimum et maximum

L'absence de montants minimum et maximum fait que le pouvoir adjudicateur est soumis à des obligations minimales envers son ou ses cocontractants qui consistent à les consulter, lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics, alors que ce(s) dernier(s) s'engage(nt), *a priori*, à honorer l'ensemble des commandes du pouvoir adjudicateur.

Cette absence d'indication n'est pas sans conséquence pour le pouvoir adjudicateur. En effet, les opérateurs risquent de répercuter les incertitudes qui découlent de l'absence de mini/maxi sur leurs offres de prix lors de la passation des marchés publics.

De même, l'absence de maximum peut être problématique, en particulier pour les accords-cadres mono-attributaires. En effet, contrairement aux titulaires d'un accord multi-attributaire, le titulaire d'un accord mono-attributaire semble dans l'obligation d'honorer chaque commande du pouvoir adjudicateur pendant toute la durée de l'accord. Cette obligation peut, à terme, lui poser des difficultés (capacités, calendrier...).

3. L'opportunité de réintroduire des montants minimum et maximum

Face à ces difficultés, Jérôme GRAND D'ESNON déclare que « *Le pouvoir adjudicateur aura quand même à cadrer les choses à chaque fois que cela sera possible. C'est d'ailleurs son intérêt, sinon il risque de le payer cher* »³⁷. Pour autant, l'opportunité de réintroduire la référence à des montants minimum et maximum au niveau du cahier des charges de l'accord-cadre reste variable.

³⁶ Article 71 du Code des marchés publics de 2004.

Ainsi, l'absence de ces montants se justifie aisément pour les accords-cadres multi-attributaires. En effet, l'indication de ces montants n'aurait aucune pertinence dans la mesure où elle concernerait la globalité des commandes passées sur la base de l'accord et non les commandes garanties à chaque titulaire. Cette indication ne jouerait donc pas son rôle d'information des titulaires, ne leur garantirait aucun montant minimum de commandes et n'aurait vraisemblablement aucun impact sur leurs offres futures.

De même, l'indication d'un montant minimum et maximum garanti pour chaque titulaire n'est pas souhaitable. En effet, cette indication aurait pour effet de biaiser la remise en concurrence des titulaires lors de la seconde phase de conclusion des marchés. Ainsi, le pouvoir adjudicateur risque d'être davantage préoccupé par la nécessité d'atteindre le montant minimum de commandes pour lequel il s'est engagé auprès de chaque titulaire, ou de ne pas dépasser le montant maximum, plutôt que de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par contre, l'indication de minimum et de maximum pour les accords-cadres mono-attributaires conserve un intérêt non négligeable. D'une part, l'indication d'un montant maximum permettrait aux opérateurs de bénéficier d'une certaine transparence et donc de juger de leur capacité à honorer les commandes futures. D'autre part, la présence d'un montant minimum permettrait au pouvoir adjudicateur de bénéficier d'un effet volume de commandes et donc de prix plus intéressants. A noter que dans l'hypothèse d'une réintroduction de ces montants, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu par l'exigence selon laquelle le montant maximum ne peut être supérieur à plus de quatre fois le montant minimum. En effet, cette particularité du Code des marchés publics de 2004 concernant les marchés à bons de commande³⁸ a été supprimée par la réforme de 2006.

Outre la question de l'opportunité de mentionner ces éléments d'information dans le cahier des charges de l'accord-cadre, le pouvoir adjudicateur sera néanmoins dans l'obligation de déterminer le volume de commandes. En effet, il doit se conformer aux règles de computation des seuils énoncées à l'article 27-II du Code des marchés publics afin de respecter les obligations en terme de publicité et de mise en concurrence.

De même, le pouvoir adjudicateur a tout intérêt à évaluer le volume de commandes à passer sur la base de l'accord-cadre afin de respecter le plafond des crédits budgétaires alloués à ses différents achats.

III. Des possibilités de choix ouvertes concernant les modalités d'organisation de l'accord-cadre

Le pouvoir adjudicateur dispose de différentes options au niveau de l'organisation de l'accord-cadre, tant concernant le nombre de titulaires parties à l'accord (A) que la durée

³⁷ Sarah PASQUIER, « *Futur code des marchés publics : bienvenue aux accords-cadres* », Marchespublics.net, 8 juillet 2005, 2 pages. Page 2.

³⁸ Article 71-I du Code des marchés publics de 2004.

de cet accord (B) ou son mode de dévolution (C). Cette liberté de choix reste néanmoins encadrée, que ce soit par les textes ou par le pragmatisme nécessaire à tout achat. De même, il est imposé au pouvoir adjudicateur d'énoncer un certain nombre de dispositions concernant l'organisation des consultations futures, et ce dès l'accord-cadre, limitant ainsi la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur lors de la seconde phase de conclusion des marchés passés sur la base de cet accord (D).

A. Accord-cadre mono-attributaire ou multi-attributaire

L'article 76 du Code des marchés publics, dans ses paragraphes III et IV, prévoit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de conclure un accord-cadre soit mono-attributaire, soit multi-attributaire.

1. Un choix discrétionnaire liant le pouvoir adjudicateur

Ce choix doit être effectué dès le début de la procédure de conclusion de l'accord-cadre. Par exemple, l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne³⁹ demande au pouvoir adjudicateur de préciser si l'accord-cadre sera conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Ainsi, une fois ce choix effectué, celui-ci est immuable sous peine d'annulation de la procédure. Le pouvoir adjudicateur est donc lié tout au long de la durée du système d'achat.

2. Accord-cadre multi-attributaire : l'exigence d'un nombre minimum de titulaires

La directive classique, dans son article 32-4 dispose que « *Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le nombre de ceux-ci doit être au moins égal à trois* », dans la mesure où il y a un nombre suffisant d'opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et/ou d'offres recevables répondant aux critères d'attribution ». Dans le même sens, l'article 76-III du Code des marchés publics énonce que « *Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois* , sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres ».

En vertu de ces dispositions, **les accords-cadres multi-attributaires doivent être conclus avec au moins trois opérateurs**. Cette obligation s'explique par les exigences d'une remise en concurrence effective des titulaires lors de la conclusion des marchés passés sur la base de l'accord-cadre. En effet, un nombre de titulaires inférieur à trois n'est pas considéré comme permettant une remise en concurrence effective et satisfaisante dans l'optique d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Des difficultés peuvent néanmoins survenir dans la mesure où le nombre d'offres admissibles est inférieur à trois.

³⁹ Article II.1.4 du formulaire d'avis de marché de l'Union européenne. Informations et formulaires en ligne : <http://simap.eu.int>.

Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur doit s'interroger sur les raisons de ce déficit. Plusieurs explications sont envisageables :

Le pouvoir adjudicateur n'a pas défini correctement ses besoins. L'évaluation des besoins n'est donc pas sincère et fausse le jeu de la concurrence. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de déclarer la procédure sans suite afin de pouvoir redéfinir ses besoins. Cette hypothèse devrait être relativement rare. En effet, la définition de l'objet du marché contenue au stade de l'accord-cadre permet au pouvoir adjudicateur de se réserver des marges de manœuvre en n'apportant pas toutes les précisions relatives aux commandes futures. Cette souplesse offerte par le dispositif des accords-cadres devraient permettre d'éviter ce type de désagrément.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas fait une publicité appropriée. Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur peut relancer une publicité mieux ciblée et/ou couvrant un territoire plus large afin de susciter l'intérêt d'un nombre d'opérateurs économiques suffisant.

Le secteur économique sur lequel porte l'objet de l'accord-cadre n'est pas suffisamment concurrentiel. Le déficit d'offres admissibles ne peut donc être imputé au pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, il est envisageable pour le pouvoir adjudicateur de conclure l'accord-cadre avec un nombre de titulaires inférieur à trois, voire avec un seul titulaire. Dans cette dernière hypothèse, l'accord-cadre devrait être exécuté de façon similaire à l'exécution d'un accord-cadre mono-attributaire.

B. La durée de l'accord-cadre

L'article 76-V, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics précise que « *La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans* », énonçant successivement le principe et les dérogations admises.

1. Le principe d'une durée maximale de quatre ans

Le principe est la conclusion d'un accord-cadre pour une durée maximale de quatre années. Cette limitation se justifie par différentes raisons.

Tout d'abord, le fait de conclure un accord pour une durée supérieure à quatre ans nuirait à l'application des principes fondamentaux de la commande publique et notamment au principe de liberté d'accès des candidats à la commande publique. Une durée limitée des accords-cadres s'explique donc en partie par la nécessité de développer une mise en concurrence effective et périodique des prestataires potentiels.

De même, une durée trop importante comporte le risque de créer une position dominante au profit du ou des titulaires de l'accord. En effet, la conclusion d'un accord-cadre abouti à un système clos ne permettant pas l'entrée de nouveaux opérateurs et donc de faire jouer la concurrence avec les opérateurs extérieurs à l'accord. A ce titre, la circulaire européenne précise que « *La limitation de la durée des accords-cadres et les dispositions en matière de concurrence peuvent contribuer à*

éviter ou limiter les problèmes liés à la présence de fournisseurs dominants ».

Par ailleurs, dans l'hypothèse où le(s) titulaire(s) de l'accord fait(ont) preuve d'un comportement préjudiciable, il apparaît nécessaire pour le pouvoir adjudicateur de ne pas être lié par le contrat pour une durée trop importante. A cet égard, le pouvoir adjudicateur a néanmoins la possibilité de prévoir dans l'accord-cadre une clause de sortie périodique lui permettant de conserver une marge de manœuvre en la matière.

La limitation de la durée de l'accord-cadre s'inscrit enfin dans la nécessité pour le pouvoir adjudicateur d'avoir la possibilité de réajuster ou de modifier régulièrement les spécifications mentionnées dans le cahier des charges de l'accord-cadre afin de l'adapter à ses besoins.

2. Une durée maximale mais non minimale

La durée de quatre ans si elle est une durée maximale n'en est pas pour autant une durée minimale imposée au pouvoir adjudicateur. Ainsi, ce dernier a une liberté totale de conclure un accord-cadre pour une durée inférieure à quatre ans. Néanmoins, si les textes sont muets sur ce point, la conclusion de l'accord sur une durée courte se heurte parfois au bon sens.

De fait, une durée courte présente une pertinence limitée dans la mesure où l'objectif des accords-cadres est de réduire les délais de procédure en dissociant la phase de publicité et de mise en concurrence de la phase d'achat à proprement parler. Ainsi, une durée courte impliquerait un alourdissement du processus d'achat du fait d'une publicité et d'une mise en concurrence plus fréquente, ce qui n'entre pas dans la logique du système. De plus, le pouvoir adjudicateur perdrait les avantages économiques ouverts par la possibilité de ne faire qu'une seule publicité pour une durée de quatre ans.

Par ailleurs, l'intérêt des accords-cadres, lorsque ces derniers sont mono-attributaires, est de pouvoir assurer une certaine homogénéité des commandes, aspect qui pourrait se voir pénaliser dans le cadre d'un accord de courte durée.

Enfin, une durée trop courte risque de limiter l'intérêt des opérateurs économiques susceptibles de répondre à l'avis d'appel public à la concurrence, notamment si la réalisation d'investissements est nécessaire et que, par ailleurs, ils ne sont pas assurés d'un volume de commandes minimum.

3. Les dérogations possibles à la durée maximale de quatre ans

L'article 76-V du Code des marchés publics précité ouvre la possibilité de conclure un accord-cadre pour une durée supérieure à quatre ans dans des cas exceptionnels et dûment justifiés soit par leur objet, soit par la nécessité de réaliser des investissements dont la durée d'amortissement est supérieure à quatre ans.

Sur ce point, la circulaire européenne indique que ***« une durée plus longue pourrait être justifiée afin d'assurer une mise en concurrence effective pour le marché en question si son exécution nécessite des investissements dont la période d'amortissement serait plus longue que 4 ans ».***

Ainsi, la possibilité d'une durée supérieure à quatre ans a pour objet de pallier aux

risques pour le pouvoir adjudicateur de ne pas susciter une concurrence suffisante et donc de ne pas être en mesure de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse lors de la conclusion des marchés passés sur la base de cet accord. Cette possibilité peut également éviter au pouvoir adjudicateur de devoir faire face à l'infructuosité de la procédure de passation de l'accord-cadre.

Le recours à un délai supérieur à quatre ans doit néanmoins être justifié. La question se pose de savoir à quel moment et dans quels documents doivent être apportées ces justifications.

A ce titre, le Conseil d'État dans son arrêt du 10 mai 2006⁴⁰ dispose, à propos d'un marché à bons de commande d'une durée supérieure à quatre ans, que rien n'indique que « *la personne publique doit présenter une telle justification dans les documents de la consultation remis aux candidats* ». Cette jurisprudence peut se voir appliquer à la situation similaire d'un accord-cadre conclu pour une durée supérieure à quatre ans.

Pour autant, dans le cadre d'une procédure formalisée, le pouvoir adjudicateur devra énoncer des premiers éléments d'explication dès l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne⁴¹.

Enfin, il conviendra pour le pouvoir adjudicateur d'apporter ces justifications lors de la rédaction du rapport de présentation de l'accord-cadre⁴².

La possibilité de conclure un accord-cadre pour une durée supérieure aux quatre années de droit commun apporte une certaine souplesse ainsi qu'une faculté d'adaptation des accords-cadres aux circonstances de l'achat.

Néanmoins, cette possibilité soulèvera très certainement des difficultés tant au niveau de la durée admissible de ces dérogations que des cas susceptibles d'être qualifiés d'exceptionnels.

4. Des possibilités de reconduction ?

Le mécanisme de reconduction prévu à l'article 16, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics ne semble pas étendu aux accords-cadres. En effet, cet article dispose que « *Sous réserve des dispositions fixant la durée maximale pour les accords-cadres [...], la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* ».

Pour autant, dans la mesure où les dispositions du Code des marchés publics s'appliquent non seulement aux marchés publics mais également aux accords-cadres⁴³,

⁴⁰ CE, 10 mai 2006, Département de Meurthe et Moselle, requête n° 288435, publié au Recueil Lebon.

⁴¹ Article II.1.4 du formulaire d'avis de marché de l'Union européenne. Informations et formulaires en ligne : <http://simap.eu.int>.

⁴² Article 79 du Code des marchés publics.

⁴³ Article 1^{er}-I du Code des marchés publics.

il semble envisageable de conclure un accord-cadre comprenant une période ferme reconductible. Cette option apparaît ouverte dans la mesure où la totalité de l'accord, période de reconduction comprise, reste dans la limite de la durée maximale réglementaire, où ses caractéristiques restent inchangées et pour lequel la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale de l'accord, période de reconduction comprise⁴⁴. La possibilité d'une reconduction apporterait une certaine souplesse au pouvoir adjudicateur lors de l'exécution de l'accord-cadre.

Ainsi, le Conseil d'État, dans sa jurisprudence à venir, sera probablement amené à se prononcer sur l'ouverture des possibilités de reconduction au dispositif des accords-cadres.

Néanmoins, si cette possibilité est admise, plusieurs difficultés peuvent être anticipées concernant les accords-cadres multi-attributaires. En effet, dans cette hypothèse, la question se pose de savoir s'il serait possible de ne reconduire l'accord qu'avec un seul ou une partie des titulaires initiaux. De fait, une reconduction « partielle » comporterait le risque de remettre en cause la mise en concurrence initiale et le principe de l'égalité de traitement des candidats. Une reconduction avec seulement une partie des titulaires devrait ainsi être justifiée par une défaillance du ou des titulaires qui se verraient évincés du système d'achat.

C. Le mode de dévolution de l'accord-cadre

L'accord-cadre peut se présenter sous la forme d'un contrat global ou alloti. A noter que cette dernière hypothèse devra faire l'objet d'une attention particulière du pouvoir adjudicateur.

1. Allotissement : interdiction, simple possibilité ou obligation ?

L'article 10 du Code des marchés publics n'évoque pas expressément la possibilité d'allotir un accord-cadre.

Pour autant, l'article 76 du Code des marchés publics fait plusieurs références à l'allotissement. Par exemple, son paragraphe III-1° dispose que « *lorsque la remise en concurrence est organisée au moment de la survenance du besoin et que cet **accord-cadre a été divisé en lots**, seuls sont consultés les titulaires des lots correspondant à l'objet du marché fondé sur l'accord-cadre* ».

De même, l'article 32-4-a) de la directive classique énonce que « *pour chaque marché à passer, les pouvoirs adjudicateurs consultent par écrit **les opérateurs économiques qui sont capables de réaliser l'objet du marché*** ». Cette disposition doit s'entendre comme la consultation par le pouvoir adjudicateur des opérateurs économiques ayant été retenus dans le cadre du ou des lots concerné(s) par le marché à conclure sur la base de l'accord-cadre.

Les dispositions de l'article 10 s'étendent donc, de fait, aux accords-cadres. A ce titre, la rédaction du nouveau Code des marchés publics, *a contrario* des dispositions du

⁴⁴ Article 16, alinéa 2 du Code des marchés publics.

Code de 2004⁴⁵ et dans sa volonté de faciliter l'accès des PME⁴⁶ à la commande publique, fait de l'allotissement la règle et du marché global l'exception.

En effet, l'article 10, alinéas 1^{er} et 2, dispose que « *Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés [...]. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* ». Il conviendra donc pour les accords-cadres, dans la mesure du possible, de se conformer à cette disposition.

2. Allotissement : les écueils à éviter

Dans l'hypothèse d'un accord-cadre alloti, le pouvoir adjudicateur se devra d'être particulièrement vigilant selon l'hypothèse d'un accord-cadre mono-attributaire ou multi-attributaire.

Il convient d'illustrer ce propos d'un exemple concernant un accord-cadre qui comporterait deux lots :

Hypothèse n° 1 : Accord-cadre mono-attributaire

Voir version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Dans cette hypothèse, un accord-cadre mono-attributaire devra être conclu avec deux opérateurs. Ainsi, la présence de deux opérateurs parties à l'accord ne signifie en aucun cas que l'accord-cadre soit multi-attributaire.

Hypothèse n° 2 : Accord-cadre multi-attributaire

Voir version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Dans cette hypothèse, l'accord-cadre devra être conclu avec six titulaires et non avec deux. En effet, comme il a été vu précédemment, les accords-cadres multi-attributaires doivent être conclus, dans la mesure du possible, avec au moins trois opérateurs économiques. En l'espèce, cet accord-cadre devra être conclu avec au moins trois opérateurs par lot. Il est néanmoins envisageable qu'un opérateur soit partie à l'accord-cadre sur plusieurs lots (variante signifiée en couleur sur le schéma ci-dessus).

D. L'organisation des consultations futures

Si les accords-cadres présentent une certaine souplesse résultant du fractionnement du

⁴⁵ Article 10 du Code des marchés publics de 2004.

⁴⁶ Petites et moyennes entreprises.

dispositif en deux temps, **plusieurs éléments de la seconde phase de conclusion des marchés publics doivent être fixés dans le cahier des charges de l'accord-cadre**, balisant et limitant ainsi les possibilités d'action futures du pouvoir adjudicateur.

A ce titre, l'accord-cadre comporte notamment des dispositions concernant le lancement de la procédure de conclusion des marchés publics passés sur le fondement de l'accord-cadre. En effet, la consultation ou la remise en concurrence du(des) titulaire(s) peut intervenir selon une périodicité fixée par l'accord ou lors de la survenance du besoin.

De même, le pouvoir adjudicateur doit annoncer, et ce dès la conclusion de l'accord-cadre, sur quels critères et selon quelle pondération seront jugés les titulaires d'un accord multi-attributaire lors de la remise en concurrence.

Ces différents points seront abordés plus en détail lors de l'analyse de la procédure de conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre⁴⁷.

Le dispositif des accords-cadres présente différents éléments de souplesse concernant le contenu même de ces accords. Bien que ces derniers restent encadrés, le pouvoir adjudicateur bénéficie de différents choix, options et marges de manœuvre.

Le principal atout de ce nouvel outil réside dans la possibilité offerte au pouvoir adjudicateur d'établir un cahier des charges qui ne soit pas exhaustif au stade de la conclusion de l'accord-cadre. Ainsi, la phase de conclusion de l'accord-cadre permet de poser les bases essentielles du contenu des marchés publics à venir tout en laissant au pouvoir adjudicateur différentes possibilités d'adaptation aux circonstances de l'achat envisagé.

Si la phase de conclusion de l'accord-cadre aménage différentes marges de manœuvre pour le pouvoir adjudicateur concernant le contenu même de cet accord, il convient de déterminer quels sont les éléments de souplesse et de réactivité introduits au niveau de la procédure de passation de cet accord.

Chapitre 2. La conclusion de l'accord-cadre : la mise en œuvre d'une procédure souple et réactive ?

Les accords-cadres ne sont pas des marchés publics. En effet, l'article 1^{er}-I, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics distingue clairement ces deux notions. Ainsi, les accords-cadres sont des contrats ayant pour objet de régir la passation de marchés publics conclus sur la base de cet accord et non des marchés publics en eux-mêmes. Pour autant, ce même article précise que les dispositions du Code concernent non seulement les marchés publics mais également les accords-cadres. L'ensemble des étapes procédurales prévues par le Code s'applique donc à la conclusion d'un accord-cadre (I).

Pour autant, les rédacteurs du Code ont souhaité faire des accords-cadres un outil

⁴⁷ Voir infra, Deuxième partie, Chapitre 2, page 70.

réactif par un fractionnement de la procédure et une dissociation des phases de conclusion de l'accord-cadre et de passation des marchés basés sur cet accord (II).

I. La soumission stricte à l'ensemble des règles procédurales édictées par le Code des marchés publics

De la publication de l'avis d'appel public à la concurrence à sa signature, l'accord-cadre est soumis à la totalité des étapes de procédure de passation communes à l'ensemble des marchés publics. La phase de conclusion de l'accord-cadre ne présente donc aucun élément de souplesse ou de réactivité qui lui soit spécifique. Après avoir énoncé les procédures ouvertes pour la conclusion de l'accord-cadre (A), il conviendra de présenter les modalités de publicité et de mise en concurrence (B), de sélection des candidatures et des offres (C) et enfin l'achèvement de la procédure de conclusion de l'accord-cadre (D). Ces différentes étapes sont représentées sous la forme d'un calendrier dans l'annexe n°2

48 .

A. Les procédures de conclusion de l'accord-cadre

La directive classique précise, dans son article 32-2, alinéa 1^{er}, qu'« *Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles de procédures visées par la présente directive dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre* ». De même, l'article 76-I du Code des marchés publics énonce que « *Les accords-cadres définis à l'article 1^{er} sont passés selon les procédures et dans les conditions prévues par le présent code* ».

Il importe de préciser que lorsque le montant d'un marché excède les seuils communautaires, à savoir 135 000 € hors taxes pour les marchés de fournitures et de services de l'État, 210 000 € hors taxes pour ceux des collectivités territoriales et 5 270 000 € hors taxes pour les marchés de travaux, le recours à la procédure d'appel d'offres est, en principe, obligatoire. L'acheteur public ne peut contourner cette obligation que si l'objet du marché envisagé rentre dans le champ d'application d'une procédure dérogatoire telle que le dialogue compétitif ou la procédure négociée. Pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 210 000 € et 5 270 000 € hors taxes, le pouvoir adjudicateur peut choisir entre les procédures d'appel d'offres, négociées, de dialogue compétitif, de concours ou de système d'acquisition dynamique⁴⁹. En deçà du seuil de 210 000 € hors taxes pour les marchés de travaux et de 135 000 € / 210 000 € hors taxes pour les marchés de fournitures et de services, le pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure adaptée⁵⁰.

Ces règles s'appliquent de la même façon aux accords-cadres dont les modalités de

⁴⁸ Voir infra, Annexe n°2, page 137.

⁴⁹ Article 26-IV du Code des marchés publics.

⁵⁰ Article 26-II du Code des marchés publics.

computation des seuils sont régies par l'article 27-V du Code des marchés publics précisant que « **La valeur à prendre en compte est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale des accords-cadres** ».

A noter que dans l'hypothèse d'un accord-cadre alloti, l'article 27-III, alinéa 2 du Code des marchés publics énonce la possibilité de recourir à des procédures différenciées, avec une procédure propre à chaque lot.

B. Les modalités de publicité et de mise en concurrence

Les règles de publicité qui régissent la passation des accords-cadres sont les règles de droit commun. L'objectif est d'assurer la plus grande transparence possible des procédures de passation des accords-cadres ainsi qu'une mise en concurrence effective.

1. L'utilisation du dispositif de la préinformation

Pour les accords portant sur des travaux d'un montant supérieur à 5 270 000 € hors taxes et pour les accords portant sur l'achat de fournitures et de services d'un montant supérieur à 750 000 € hors taxes, l'article 39 du Code des marchés publics prévoit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de recourir à un avis de préinformation. Celui-ci est indicatif, il ne constitue pas en lui-même un moyen de mise en concurrence. L'objectif est d'informer, en amont de la procédure, les opérateurs économiques sur les contrats présentant des montants importants afin de leur permettre de soumissionner lorsque les procédures de mise en concurrence seront lancées.

De plus, la publication d'un tel avis permet au pouvoir adjudicateur de bénéficier d'une réduction des délais de mise en concurrence⁵¹.

2. Le choix du mode de publicité

Le lancement de la procédure de passation de l'accord-cadre doit faire l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence.

Les seuils et organes de publication de l'avis d'appel public à la concurrence sont énoncés à l'article 40, paragraphes III et IV, du Code des marchés publics.

⁵¹ Article 39-II du Code des marchés publics.

⁵² Bulletin officiel des annonces des marchés publics.

⁵³ Journal d'annonces légales.

⁵⁵ Journal officiel de l'Union européenne.

Nouveau code des marchés publics Accords-cadres : l'introduction d'un dispositif souple et réactif dans notre système d'achat ?

Objet	Montant hors taxes	Publication obligatoire	Publication complémentaire
Travaux	De 90 000 € à 5 270 000 €	BOAMP ⁵² ou JAL ⁵³	Presse spécialisée Affichage Profil d'acheteur ⁵⁴
	> 5 270 000 €	BOAMP + JOUE ⁵⁵	
Fournitures et services	De 90 000 € à 135 000 € (État) / 210 000 € (Collectivités)	BOAMP ou JAL	
	> 135 000 € (État) / 210 000 € (Collectivités)	BOAMP + JOUE	

Plusieurs situations dérogatoires sont admises par le Code des marchés publics, dans son article 40, paragraphes I et II. Ainsi, dans plusieurs cas, aucune mesure de publicité n'est prescrite. Dans d'autres, ces mesures sont adaptées.

Objet	Exonération de publicité	Publicité adaptée
Travaux, fournitures et services	MAPA sans publicité ⁵⁶ ; Marchés négociés sans publicité préalable ⁵⁷ .	Marchés compris entre 4 000 et 90 000 € HT ; Services de l'article 30-I d'un montant supérieur à 4 000 € HT.

Dans tous les cas, le pouvoir adjudicateur se doit d'assurer le respect des principes de transparence, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats⁵⁸.

C. La sélection des candidatures et des offres

Une fois le dossier de consultation des entreprises⁵⁹ transmis aux opérateurs économiques, ces derniers disposent d'un délai minimum pour déposer leur candidature

⁵⁴ Site Internet du pouvoir adjudicateur.

⁵² Bulletin officiel des annonces des marchés publics.

⁵³ Journal d'annonces légales.

⁵⁵ Journal officiel de l'Union européenne.

⁵⁶ Article 28, alinéa 4 du Code des marchés publics.

⁵⁷ Article 35-II du Code des marchés publics.

⁵⁸ CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, requête n° 278732, publié au Recueil Lebon. CAA de Versailles, 6 décembre 2005, Association PACTE, requête n° 03VE04081, publié au Recueil Lebon.

⁵⁹ Le dossier de consultation des entreprises comprend différents documents de nature variable selon l'objet de l'accord-cadre : règlement de consultation, acte d'engagement, cahier des charges, documents particuliers en lien avec le contrat.

et leur offre. Les délais et les modalités de transmission des différents documents varient en fonction de la procédure utilisée. Le pouvoir adjudicateur procède, par la suite, à l'analyse et à la sélection des candidatures et des offres.

1. L'analyse et la sélection des candidatures

Cette étape permet au pouvoir adjudicateur de rejeter, en amont de la procédure, les candidats qui ne satisfont pas aux conditions minimales d'honorabilité et de solvabilité et/ou qui ne présentent pas les capacités financières, techniques et professionnelles pour exécuter les marchés qui seront conclus sur la base de l'accord.

a) Les documents exigés dans le cadre de l'analyse des candidatures

Les documents exigibles par le pouvoir adjudicateur doivent être précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Ils sont de deux ordres.

D'une part, le pouvoir adjudicateur doit solliciter la production par les candidats de documents démontrant qu'ils remplissent les conditions minimales d'honorabilité et de solvabilité exigées pour avoir accès à la commande publique⁶⁰. Plusieurs de ces documents peuvent faire l'objet d'une simple déclaration sur l'honneur, leur production n'étant demandée qu'au(x) candidat(s) retenu(s) au stade des offres.

D'autre part, le pouvoir adjudicateur doit exiger la production par les candidats de documents et de renseignements démontrant qu'ils disposent des capacités suffisantes pour exécuter l'accord-cadre⁶¹ :

Capacités professionnelles : elles permettent de vérifier si le candidat possède les qualifications requises pour exécuter les commandes futures. Le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats la production de certificats de qualification, leurs références sur des prestations similaires, etc.

Capacités techniques : le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats des renseignements concernant leurs effectifs, le matériel ou l'équipement dont ils disposent afin de garantir et de sécuriser les futures commandes objets de l'accord.

Capacités financières : le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats tout document lui permettant de s'assurer de la viabilité de l'entreprise sur la durée du système comme, par exemple, une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise ou le chiffre d'affaires portant sur les prestations similaires à celles faisant l'objet de l'accord-cadre.

A noter qu'il ne peut être exigé des candidats « **que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché** »⁶².

⁶⁰ Articles 43, 44 et 46 du Code des marchés publics.

⁶¹ Article 45 du Code des marchés publics.

⁶² Article 45-I, alinéa 3 du Code des marchés publics.

b) L'analyse des candidatures

Le dispositif des accords-cadres instaure un système d'achat pour une durée longue.

La question se pose, concernant l'appréciation des capacités des candidats, de déterminer si celles-ci doivent être mesurées au regard de l'ensemble des marchés couverts par l'accord-cadre ou pour chaque marché en résultant. Ainsi, si cette appréciation se doit d'être globale concernant un accord-cadre mono-attributaire, la réponse est moins tranchée concernant un accord-cadre multi-attributaire. En effet, dans ce dernier cas, si cette appréciation est globale, le risque est de favoriser les opérateurs importants et de créer, de fait, des rentes de situation. Au contraire, une appréciation au regard de chaque marché à venir présente le risque pour le pouvoir adjudicateur de devoir faire face à des opérateurs ne pouvant pas honorer un ensemble de commandes sur la durée du système d'achat. La volonté d'une sécurisation des achats devrait conduire le pouvoir adjudicateur à opter pour une appréciation globale de la capacité des candidats.

Par conséquent, le pouvoir adjudicateur devra se montrer particulièrement vigilant quant à l'analyse des candidatures, peut être même encore davantage que lors de la passation d'un marché simple, afin de s'assurer de la viabilité et de la capacité des candidats sur la durée totale du système d'achat.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de demander aux candidats de compléter leur dossier de candidatures (pièces manquantes ou incomplètes...) dans un délai identique pour tous et ne pouvant excéder dix jours⁶³.

Lors de la sélection des candidatures, les opérateurs dont les candidatures sont incomplètes, qui ne respectent pas les règles de transmission ou qui ne présentent pas les conditions minimales d'honorabilité et de solvabilité de même que celles qui ne satisfont pas aux garanties minimales en termes de capacités techniques, professionnelles et financières sont écartés⁶⁴. A noter que l'absence de référence à de précédents marchés de même nature ne peut constituer un critère éliminatoire⁶⁵, favorisant ainsi les entreprises nouvellement créées.

En procédure ouverte, l'ensemble des candidatures régulières et présentant les capacités exigées sont admises à présenter une offre.

Dans le cadre de procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Cette limitation doit être annoncée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Pour autant, le Code précise que dans le cas où le pouvoir adjudicateur choisit de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre celui-ci ne peut être

⁶³ Article 52-I, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics.

⁶⁴ Article 52-I, alinéas 2 et 3 du Code des marchés publics.

⁶⁵ Article 52-I, alinéa 4 du Code des marchés publics.

inférieur à cinq (appel d'offres restreint) ou à trois (procédure négociée, dialogue compétitif ou procédure de concours), sauf si le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum. Néanmoins, restreindre le nombre de candidats admis à présenter une offre à ce stade de la procédure apparaît délicat. En effet, les documents exigibles devant présenter un caractère minimal et proportionné à l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur dispose de peu d'éléments pour privilégier certaines candidatures.

Enfin, le pouvoir adjudicateur informe les opérateurs dont la candidature n'a pas été retenue, en indiquant succinctement les motifs de ce rejet ⁶⁶.

2. L'analyse et la sélection des offres

Les accords-cadres ne sont pas uniquement un dispositif permettant de référencer des opérateurs économiques en vue de la passation de marchés publics. En effet, dès la phase de conclusion de l'accord-cadre, les candidats doivent déposer une offre sur la base du cahier des charges établi par le pouvoir adjudicateur.

a) Les critères de sélection des offres

Le pouvoir adjudicateur attribue l'accord-cadre au(x) candidat(s) présentant la(les) offre(s) économiquement la(les) plus avantageuse(s) ⁶⁷.

Pour cela, le pouvoir adjudicateur se fonde :

Soit sur une pluralité de critères (qualité, prix, valeur technique, performances en matière de protection de l'environnement, etc.) ;

Soit, compte tenu de l'objet de l'accord, sur un seul critère qui est celui du prix. A noter que dans cette hypothèse, le prix doit avoir été fixé de façon précise dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

Le choix des critères d'analyse des offres lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre comporte quelques spécificités propres au dispositif.

Ainsi, il convient de préciser que **les critères d'attribution de l'accord-cadre ne sont pas nécessairement les mêmes que les critères d'attribution des marchés passés sur la base de cet accord.** Il est donc tout à fait envisageable pour le pouvoir adjudicateur de sélectionner les offres au stade de l'accord-cadre sur la base du critère de la valeur technique et de préciser dans l'accord-cadre que la conclusion des marchés à venir sera uniquement basée sur le critère du prix.

De même, le fait que l'objet de l'accord-cadre puisse être défini de façon assez large peut induire **une complémentarité entre les critères de sélection définis au stade de l'accord-cadre et au stade de la conclusion des marchés publics.** Par exemple, dans un accord-cadre portant sur des marchés de fournitures dont la nature précise et les délais de livraison ne seront fixés qu'au stade de la seconde phase, les critères de

⁶⁶ Article 80-I-1^{er}, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics.

⁶⁷ Article 53-I du Code des marchés publics.

sélection « valeur technique » et « délai de livraison » ne peuvent qu'intervenir au moment de la passation du marché. Pour autant, le pouvoir adjudicateur peut énoncer plusieurs critères qualitatifs portant sur « la variété de la gamme de produits présentés » et « l'organisation du circuit de livraison » dès la phase de sélection des offres pour la conclusion de l'accord-cadre.

Dans tous les cas, le choix des critères par le pouvoir adjudicateur devra être strictement en lien avec l'objet du marché, ces critères devant être transparents, objectifs et non discriminatoires. De plus, le pouvoir adjudicateur doit préciser leur pondération⁶⁸ où, à défaut, leur hiérarchisation⁶⁹. La pondération, ou hiérarchisation, doit être en rapport avec l'objet du marché. Elle est indiquée par le pouvoir adjudicateur dès l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation⁷⁰.

b) Analyse des offres et sélection du(des) titulaire(s) de l'accord-cadre

Les candidats sélectionnés présentent leurs offres. A ce titre, aucune disposition du Code des marchés publics ne s'oppose au fait que le pouvoir adjudicateur autorise la mention de variantes⁷¹ par les candidats. Les variantes ont pour objectif de faire bénéficier le pouvoir adjudicateur d'un savoir-faire et d'un esprit d'initiative des opérateurs économiques. **L'opportunité de variantes au stade de la conclusion de l'accord-cadre doit ainsi être mesurée en fonction de la précision de l'objet de l'accord et des évolutions pouvant y être apportées lors de la seconde phase.** Ainsi, l'autorisation de variantes présente une pertinence dans la mesure où le besoin du pouvoir adjudicateur est suffisamment balisé dans le cahier des charges de l'accord-cadre. Dans le cas contraire, la mention de variantes dans les offres des candidats trouvera davantage à s'appliquer lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics passés sur le fondement de l'accord-cadre⁷².

Le pouvoir adjudicateur procède à l'examen des offres. Les offres non recevables (offres non-conformes, offres incomplètes...) sont éliminées⁷³.

En fonction de la pondération des critères ou des prix présentés, les offres conformes sont classées par ordre décroissant. Ensuite, le pouvoir adjudicateur attribue l'accord-cadre au(x) candidat(s) dont l'(les) offre(s) est(sont) la(les) mieux classée(s)⁷⁴.

⁶⁸ Article 53-II, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics.

⁶⁹ Article 53-II, alinéa 3 du Code des marchés publics.

⁷⁰ Article 53-III, alinéa 4 du Code des marchés publics.

⁷¹ Article 50 du Code des marchés publics.

⁷² Voir infra, Deuxième partie, Chapitre 2, page 78.

⁷³ Article 53-III du Code des marchés publics.

⁷⁴ Article 53-III du Code des marchés publics.

Rappelons que dans le cas d'un accord-cadre multi-attributaire, le nombre de titulaires doit être, dans la mesure du possible, au moins égal à trois.

Une fois le(s) titulaire(s) désigné(s), ce(s) dernier(s) doit(vent) produire les justificatifs demandés. En cas de non production de ces justificatifs par un titulaire, le pouvoir adjudicateur procède à une demande identique au candidat suivant dont l'offre a été la mieux classée.

Conformément à l'article 80 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur informe, par un avis motivé, les candidats dont l'offre a été rejetée⁷⁵. Par ailleurs, un délai de dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature de l'accord-cadre⁷⁶. Ce délai minimum doit permettre aux candidats qui s'estimeraient irrégulièrement écartés de déposer devant le président du tribunal administratif compétent une procédure de référé précontractuel afin d'obtenir rapidement la suspension de la décision de signature de l'accord-cadre, voire l'éventuelle annulation de la procédure⁷⁷. A ce titre, la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics prévoit, dans son article 13, alinéa 5, un allègement pour les accords-cadres conclus selon une procédure adaptée. Ainsi, elle dispose que « *il est recommandé de prévoir [...] un délai raisonnable entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la signature du marché afin de permettre à un candidat qui s'estimerait irrégulièrement écarté de formuler un recours avant la conclusion du marché. Néanmoins, ce délai est déterminé par l'acheteur en fonction des caractéristiques du marché, au premier rang desquelles le montant* ». A noter que ce maintien d'un délai de recours est issu du droit communautaire⁷⁸.

D. La conclusion de l'accord-cadre

Les obligations en termes d'achèvement de la procédure diffèrent en fonction de la nature du pouvoir adjudicateur.

1. L'achèvement de la procédure concernant les accords-cadres conclus par les administrations décentralisées

Une fois le ou les titulaires désignés, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure conformément aux dispositions de l'article 79 du Code des marchés publics.

Lorsque l'accord-cadre a été passé selon la procédure de l'appel d'offres, l'article 59-II, alinéa 2 du Code des marchés publics prévoit la possibilité pour le pouvoir

⁷⁵ Article 80-I-1°, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics.

⁷⁶ Article 80-I-1°, alinéa 2 du Code des marchés publics.

⁷⁷ Articles L 551-1 à L 551-4 du Code de justice administrative.

⁷⁸ CJCE, 28 octobre 1999, *Alcatel Austria*, Affaire C-81/98.

adjudicateur de procéder avec le(s) candidat(s) retenu(s) à la mise au point de l'accord. Pour autant, cette étape n'est pas nécessairement opportune à ce stade de la procédure. En effet, le cahier des charges devant être complété et précisé lors des consultations ultérieures, la mise au point devrait plus logiquement intervenir lors de cette seconde phase de conclusion des marchés publics.

L'accord-cadre doit faire l'objet de l'approbation de l'assemblée délibérante. A noter qu'une difficulté peut survenir concernant les accords-cadres conclus selon une procédure adaptée. En effet, le Code général des collectivités territoriales prévoit que l'assemblée délibérante peut, par délégation, autoriser l'exécutif local à préparer, passer, exécuter et régler les marchés publics conclus selon une procédure adaptée⁷⁹. Or, cette délégation n'est pas actuellement étendue aux accords-cadres. Ce constat pose la question d'une éventuelle nécessité d'approbation par l'assemblée délibérante des accords-cadres conclus selon une procédure adaptée.

Il convient également de souligner que l'approbation de l'assemblée délibérante constitue l'une des principales contraintes procédurales auxquelles doivent faire face les administrations décentralisées. En effet, l'organisation interne de ces administrations implique parfois des délais importants entre chaque réunion de leur assemblée délibérante.

Suite à l'approbation de l'assemblée délibérante et à l'expiration du délai suivant la notification de la décision de rejet aux candidats dont les offres n'ont pas été retenues, le pouvoir adjudicateur procède à la signature de l'accord-cadre.

L'entrée en vigueur de l'accord-cadre est alors conditionnée à l'accomplissement de plusieurs formalités par le pouvoir adjudicateur.

Tout d'abord, en procédure formalisée, les éléments de l'accord-cadre doivent être transmis au contrôle de légalité conformément aux dispositions de l'article 82 du Code des marchés publics et de l'article L.2131-2 du Code général des collectivités territoriales.

L'accord-cadre doit ensuite être notifié au(x) titulaire(s) conformément à l'article 81 du Code des marchés publics. Il prend effet à cette date.

Enfin, par souci de transparence, l'article 85 du Code des marchés publics exige que le pouvoir adjudicateur publie, lorsque l'accord est conclu selon une procédure formalisée, un avis d'attribution dans un délai de quarante-huit jours à compter de la notification de l'accord-cadre. Cette publication est opérée dans les mêmes conditions que celles ayant gouverné la publication de l'avis d'appel public à la concurrence.

2. Des obligations allégées concernant les accords-cadres conclus par l'État et les administrations déconcentrées

L'État et les administrations déconcentrées bénéficient de différents éléments de souplesse quant à l'achèvement de la procédure. En effet, ces catégories de pouvoir adjudicateur ne sont pas soumises à l'obligation d'approbation d'une assemblée délibérante, la principale contrainte en terme d'achèvement de la procédure ne trouve

⁷⁹ Articles L 2122-22 (communes), L 3221-11 (départements), L 4231-8 (régions) du Code général des collectivités territoriales.

donc pas à s'appliquer. Par ailleurs, ces pouvoirs adjudicateurs sont exemptés de l'obligation de transmission de l'accord au contrôle de légalité. **L'État et les administrations déconcentrées jouissent ainsi d'une fin de procédure simplifiée et, a fortiori, plus réactive.**

Schéma n°1 : Synthèse de la procédure de conclusion de l'accord-cadre

Consulter la version papier au Centre de Documentation Contemporaine de L'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

II. Une procédure fractionnée : la clé d'une plus grande réactivité de la commande publique ?

L'objectif de la réforme du Code de 2006 est d'accélérer le processus de la commande publique. En effet, de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence à la signature, la procédure de conclusion d'un marché public peut prendre plusieurs mois.

Ainsi, le dispositif des accords-cadres présente une procédure fractionnée (A) permettant d'introduire des éléments de flexibilité et de réactivité (B).

A. La mise en place d'une procédure dissociée

L'ambition du dispositif des accords-cadres est de mettre en place un outil réactif en dissociant la phase de publicité et de mise en concurrence de la phase d'achat à proprement parler. Ce fractionnement de la procédure des accords-cadres a donc pour objet d'effectuer des gains de temps en permettant au pouvoir adjudicateur de se conformer à différentes exigences en termes de procédures et de délais dès la première phase de conclusion de l'accord-cadre.

B. Les éléments de flexibilité et de réactivité introduits par le fractionnement de la procédure

Tout d'abord, il convient de préciser que les modalités de publicité et de sélection des candidatures et des offres, ainsi que les délais qui les accompagnent, ne pourront être exigés qu'une seule fois, lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre.

En effet, ne sera(ont) consulté(s) que le(s) titulaire(s) de l'accord-cadre dont la(les) candidature(s) et l'(les) offre(s) ont d'ores et déjà fait l'objet d'une mise en concurrence et de l'acceptation du pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur bénéficiera donc d'une plus grande souplesse et d'une plus grande réactivité en la matière lors de la conclusion des marchés basés sur cet accord.

La phase de conclusion de l'accord-cadre, si elle ne présente aucun élément de réactivité spécifique, permet donc de dégager des gains de temps dont le pouvoir adjudicateur pourra bénéficier lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics.

Si nous prenons l'exemple d'un accord-cadre conclu selon la procédure de l'appel d'offres ouvert⁸⁰, le délai minimal de réception des candidatures et des offres est fixé à

cinquante-deux jours⁸¹. Si l'on ajoute le délai maximal de dix jours pouvant intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur demande aux opérateurs économiques de compléter leur candidature, la mise en œuvre des modalités de publicité et de mise en concurrence implique un délai de soixante-deux jours. La première phase de conclusion de l'accord-cadre permet ainsi au pouvoir adjudicateur de s'exonérer d'un délai obligatoire de près de deux mois lors de la seconde phase de conclusion des marchés.

De plus, l'absence de nécessité de publier un avis d'appel public à la concurrence avant la passation de chaque marché public conclu sur la base de l'accord-cadre permettra au pouvoir adjudicateur de se soustraire aux coûts engendrés par cette obligation.

En définitive, le fractionnement de la procédure tel qu'il est présenté ci-dessus permet au pouvoir adjudicateur de se conformer à différentes obligations dès la phase de conclusion de l'accord-cadre. L'accomplissement de cette première étape aménage ainsi davantage de flexibilité au pouvoir adjudicateur en prévision de la seconde phase de conclusion des marchés publics.

Pour autant, ce premier constat devra être en partie nuancé. En effet, comme il sera analysé dans la partie suivante⁸², **la procédure de conclusion des marchés passés sur la base de l'accord-cadre présente un caractère relativement contraignant.**

Les modalités de conclusion de l'accord-cadre ne présentent pas d'éléments permettant une plus grande flexibilité et une plus grande réactivité de la procédure de passation. Il convient néanmoins de préciser que les pouvoirs adjudicateurs tels que l'État et les administrations déconcentrées bénéficient, par rapport aux administrations décentralisées, d'obligations allégées concernant l'achèvement de la procédure. La souplesse et la réactivité de la procédure diffèrent donc en fonction de la nature du pouvoir adjudicateur.

Enfin, dans la prévision de marchés publics futurs, il est nécessaire de souligner que la phase de conclusion de l'accord-cadre permet au pouvoir adjudicateur de se conformer à certaines obligations qui ne seront pas reconduites lors de la seconde phase de passation des marchés publics. Ainsi, la dissociation de la procédure laisse supposer, à ce stade de l'analyse, l'introduction d'une certaine flexibilité et d'une plus grande réactivité de la procédure dont le pouvoir adjudicateur pourra bénéficier lors de la conclusion des marchés publics passés sur la base de l'accord-cadre.

⁸⁰ Article 57 du Code des marchés publics.

⁸¹ Article 57-II-1° du Code des marchés publics. Le délai ici mentionné est celui de droit commun. Il ne tient pas compte des possibilités de réduction énoncées à l'article 57-II-2° à 6° ni des possibilités de prolongation énoncées à l'article 57-IV du Code des marchés publics.

⁸² Voir infra, Deuxième partie, Chapitre 2, page 65.

Conclusion

Le dispositif des accords-cadres permet au pouvoir adjudicateur de bénéficier de plusieurs éléments de souplesse et de flexibilité, et ce dès la première phase de conclusion de l'accord-cadre.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une certaine marge de manœuvre concernant le contenu de cet accord, que ce soit dans l'opportunité de l'utilisation de ce dispositif ou encore dans les modalités de son organisation. Mais c'est au niveau de la définition même du besoin que le pouvoir adjudicateur dispose de la plus grande latitude. De fait, la possibilité d'établir un cahier des charges non exhaustif lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre lui permettra d'adapter et de faire évoluer l'objet de l'accord lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics. Pour autant, quelques réserves devront être émises concernant les éléments de flexibilité contenus dans la définition de l'objet de l'accord-cadre, nuancé de fait la liberté d'action du pouvoir adjudicateur.

La procédure de conclusion de l'accord-cadre, si elle ne présente pas d'éléments de souplesse et de flexibilité spécifiques, permet néanmoins au pouvoir adjudicateur de se conformer à un certain nombre d'obligations qui ne seront pas réitérées lors de la phase de conclusion des marchés publics, aménageant une marge de manœuvre non négligeable au pouvoir adjudicateur lors de cette seconde étape de la procédure. Ainsi, le fractionnement de la procédure en deux phases semble dégager des éléments de souplesse et de réactivité au sein de la procédure globale de l'accord-cadre. Néanmoins, il sera également nécessaire de modérer le propos, plusieurs éléments de procédure propres à la seconde phase ne jouant pas nécessairement en faveur d'une réactivité et d'une simplification de la procédure.

Il conviendra donc de présenter dans quelles mesures les éléments de souplesse et de réactivité introduits dans la première phase de conclusion de l'accord-cadre se voient confirmés, complétés ou au contraire nuancés ou neutralisés lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics passés sur la base de cet accord.

Deuxième partie. Quels éléments de souplesse et de réactivité introduits dans la phase de conclusion des marchés publics passés sur la base de l'accord-cadre ?

Introduction

Chapitre 1 Le contenu des marchés publics : une souplesse essentiellement confirmée au profit du pouvoir adjudicateur

Le pouvoir adjudicateur bénéficie de certaines marges de manœuvre concernant l'élaboration du contenu des marchés publics conclus sur la base d'un accord-cadre.

Tout d'abord, le dispositif des accords-cadres donne au pouvoir adjudicateur la

possibilité de faire évoluer et de préciser ses besoins par rapport aux spécifications contenues dans l'accord (I).

De même, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une certaine souplesse dans les modalités de fixation de la durée des marchés conclus sur le fondement de l'accord-cadre (II).

I. Des éléments de flexibilité ouverts au pouvoir adjudicateur dans la possibilité de faire évoluer et de préciser ses besoins

Le cahier des charges établi par le pouvoir adjudicateur au stade de l'accord-cadre peut ne pas être exhaustif, soit que tous les termes ne sont pas fixés de façon contraignante, soit que certains éléments de l'accord ne sont pas mentionnés. Le dispositif des accords-cadres apporte ainsi une certaine souplesse au pouvoir adjudicateur dans les possibilités d'adaptation de l'objet de l'accord-cadre (A) mais également dans la détermination d'éléments non fixés par cet accord (B).

A. L'objet de l'accord-cadre : un pouvoir d'adaptation maîtrisé

Lors de la définition de l'objet de l'accord-cadre, le pouvoir adjudicateur peut ne pas fixer tous les termes de façon contraignante. Il lui est donc possible d'adapter l'objet de l'accord au moment de la conclusion des marchés publics. De fait, le dispositif des accords-cadres permet de prendre en compte l'évolutivité de l'offre mais également des besoins du pouvoir adjudicateur. Cette souplesse offerte par le dispositif doit néanmoins être mesurée, ce pouvoir d'adaptation devant intervenir dans la limite des « modifications substantielles » apportées à l'objet de l'accord-cadre.

1. Une possibilité d'adaptation à l'évolutivité de l'offre

Le dispositif des accords-cadres prévoit une définition des besoins en deux temps. Cette spécificité permet au pouvoir adjudicateur, au stade de la conclusion des marchés publics, d'adapter l'objet de l'accord-cadre à l'évolutivité de l'offre présente sur le marché.

Si nous prenons l'exemple d'un accord-cadre portant sur la fourniture d'ordinateurs, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de formuler son besoin en terme de fonctionnalité lors de la conclusion de l'accord-cadre et, par la suite, d'énoncer le modèle et les spécificités techniques de façon précise dans le cahier des charges du marché passé sur la base de l'accord. Cette définition du besoin en deux temps lui permet ainsi de disposer des derniers modèles disponibles sur le marché ainsi que de bénéficier d'une remise en concurrence dans l'hypothèse d'un accord multi-attributaire.

La possibilité de ne spécifier l'objet de façon précise qu'au stade de la conclusion des marchés publics permet donc au pouvoir adjudicateur de prendre en compte l'évolutivité du marché et des améliorations en terme d'offres des opérateurs économiques. Cette faculté d'adaptation apparaît extrêmement intéressante et constitue incontestablement le principal atout du dispositif de l'accord-cadre.

2. Une possibilité d'adaptation à l'évolutivité de la demande

Une définition en deux temps de l'objet de l'accord-cadre permet également au pouvoir adjudicateur de prendre en considération l'évolution de ses propres besoins.

Reprenons notre exemple d'un accord-cadre portant sur l'achat d'ordinateurs dont l'objet est exprimé en terme de fonctionnalité. Selon les services ou les agents à équiper en ordinateurs, les spécificités techniques ne seront pas les mêmes. Ainsi, les exigences en termes de rapidité du traitement de l'information, de taille d'écran ou encore de qualité d'image vont varier en fonction de l'utilisation envisagée.

Par conséquent, à fonctionnalité identique, les modèles commandés par le pouvoir adjudicateur vont être adaptés à la diversité des besoins exprimés.

3. Une liberté d'adaptation contenue : la notion de « modifications substantielles »

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine flexibilité dans la définition de son besoin. Néanmoins, cette marge de manœuvre se heurte à la notion de « modifications substantielles » de l'objet de l'accord-cadre.

En effet, la directive classique dispose, dans son article 32-2, alinéa 3, que « *Lors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre [...]* ». Dans le même sens, le Code des marchés publics précise, dans son article 76-III-3° concernant les accords-cadres multi-attributaires, que « *quel que soit le choix opéré, les parties ne peuvent apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre lors de la passation des marchés fondés sur cet accord* ». De même, concernant les accords-cadres mono-attributaires, l'article 76-IV énonce que « *Les compléments ainsi apportés aux caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution de l'accord-cadre ne peuvent avoir pour effet de les modifier substantiellement* ».

Ainsi, si le pouvoir adjudicateur peut adapter l'objet du marché à conclure par rapport aux spécifications contenues dans l'accord-cadre, cette évolution doit être maîtrisée.

Bien que fluctuante, la notion de « modifications substantielles » n'en est pas pour autant inconnue.

En effet, les acheteurs l'appliquent déjà en matière de procédure négociée⁸³ ou encore de conclusion d'avenants⁸⁴. Les possibilités d'évolution ouvertes par le dispositif des accords-cadres semblent ainsi se présenter de façon similaire.

De plus, cette notion a été maintes fois illustrée par la jurisprudence. Par exemple, dans un arrêt du 22 avril 1983⁸⁵, le Conseil d'État dispose que « *Considérant que selon ce programme, l'ouvrage à réaliser devait comporter salles de sport, salles de cours,*

⁸³ Article 35 du Code des marchés publics.

⁸⁴ Article 20 du Code des marchés publics.

infirmierie et logement, cinquante et une chambre d'étudiants et deux logements de service ; qu'il résulte des pièces versées au dossier qu'après le dépôt des plis émanant des architectes l'administration a estimé, en raison des dimensions du terrain et de contraintes financières, devoir modifier le programme et en retirer les constructions destinées à l'hébergement ; qu'à la suite de cette décision de ne pas réaliser les cinquante et une chambres et les deux appartements initialement prévus, le choix de l'administration s'est porté sur l'un des trois projets dont les caractéristiques de techniques et de prix ont été appréciées en fonction des modifications qui venaient d'être ainsi apportées au programme ; Considérant qu'eu égard au fait que ces modifications portaient sur le programme, dont elles supprimaient l'une des principales contraintes, il appartenait à l'administration de rouvrir la consultation en vue de permettre à tous les candidats d'adapter leurs propositions et leurs prix au nouveau programme ». Au contraire, dans un arrêt en date du 5 octobre 2000 ⁸⁶, la Cour de Justice des Communautés Européennes a estimé qu'« Il ne saurait être exclu que, lors d'une procédure négociée, qui, de par sa nature, peut s'étendre sur une longue période de temps, les parties prennent en considération les nouvelles évolutions technologiques intervenues pendant que les négociations se déroulaient, sans que ce fait soit considéré, à chaque fois, comme une renégociation des termes essentiels du contrat ». Les frontières de la notion de « modifications substantielles » doivent donc s'apprécier au cas par cas et appelle un certain pragmatisme de l'acheteur public.

Dans la lignée de ces exemples, la notion de « modifications substantielles » concernant l'objet d'un accord-cadre peut être illustrée de la manière suivante : sur le fondement d'un accord-cadre dont l'objet porte sur l'acquisition de fournitures de bureau, il ne sera pas possible pour le pouvoir adjudicateur de conclure des marchés publics pour l'achat de mobilier de bureau, même si le catalogue du(des) titulaire(s) de l'accord-cadre comporte ce type de fournitures. Par contre, le marché pourra porter sur l'achat des nouveaux produits disponibles correspondant aux spécifications contenues dans l'accord-cadre.

En définitive, l'objectif du dispositif est de permettre une adaptabilité de l'objet du marché sans pour autant remettre en cause la mise en concurrence initiale. Ainsi, en cas de modifications substantielles de l'objet défini dans l'accord-cadre, il conviendra pour le pouvoir adjudicateur de relancer une consultation permettant une mise en concurrence effective sur l'objet spécifique du marché à conclure.

B. La fixation d'éléments non précisés par l'accord-cadre : une marge de manœuvre supplémentaire pour le pouvoir adjudicateur

L'accord-cadre peut prévoir une définition incomplète de l'objet. Ces éléments complémentaires ne seront mentionnés qu'au stade de la conclusion des marchés publics passés sur le fondement de cet accord.

⁸⁵ CE, 22 avril 1983, Auffret et Dumoulin, requête n° 21509, publié au Recueil Lebon.

⁸⁶ CJCE, 5 octobre 2000, Commission c/ France, affaire C-337/98.

1. La détermination des différents éléments spécifiques au marché à conclure

Plusieurs éléments secondaires, en dehors de la nature de l'objet, peuvent n'être fixés que lors de la conclusion des marchés publics.

Différents exemples peuvent illustrer le propos

Accord-cadre	Marchés publics conclus sur le fondement de l'accord-cadre
Objet : fourniture de photocopieurs	quantitésdélai de livraisonlieu(x) de livraisonmaintenance
Objet : Travaux d'aménagement de locaux	matériaux utilisésquantitésdélai d'exécution

2. La détermination du prix

Comme il a été vu dans la première partie ⁸⁷, le prix peut faire partie des éléments qui ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, celui-ci ne pouvant comprendre que des spécifications permettant de déterminer le prix de façon précise lors de la conclusion des marchés publics. Ainsi, la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur en termes de détermination des prix dépend des stipulations contenues dans l'accord-cadre.

a) Typologie des prix

Le Code des marchés publics, dans ses articles 17, 18 et 19, prévoit différentes formes de prix.

Prix unitaire – prix forfaitaire

Le prix est unitaire ⁸⁸ lorsqu'il est multiplié par la quantité effectivement livrée ou exécutée pour déterminer le montant du règlement.

Le prix forfaitaire ou global ⁸⁹ rémunère le titulaire pour un ensemble de prestations, un ouvrage ou une partie d'ouvrage définis dans le marché, indépendamment des quantités mises en œuvre pour leur réalisation.

Prix définitif – prix provisoire

La règle est de conclure un marché à prix initial définitif ⁹⁰. Cela signifie que le prix ou les modalités de sa détermination sont fixés initialement dans les documents contractuels du marché. L'utilisation de prix provisoires ne peut intervenir que dans des cas

⁸⁷ Voir supra, Première partie, Chapitre 1, page 22.

⁸⁸ Article 17 du Code des marchés publics.

⁸⁹ Article 17 du Code des marchés publics.

⁹⁰ Article 18-I du Code des marchés publics.

exceptionnels énoncés par le Code des marchés publics ⁹¹ .

Prix ferme – prix révisable

Un marché est conclu à prix ferme ⁹² dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnable et prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Le prix ferme est actualisable ⁹³ .

Un marché peut être conclu à prix révisable ⁹⁴ afin de tenir compte des variations économiques du marché concerné. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées en fonction d'une référence à partir de laquelle est procédé à l'ajustement du prix de la prestation et/ou par application d'une formule représentative du coût de la prestation. Le prix révisable vise donc à faire évoluer le prix du marché en proportion de l'évolution des prix fixés par le libre jeu de la concurrence.

Accord-cadre	Eléments financiers contenus dans l'accord-cadre	Prix fixé dans le marché conclu sur la base de l'accord-cadre
Objet : fournitures de bureau	simulation de commande clause de remise quantitative	bordereau des prix unitaires application des taux de remise fixés dans l'accord-cadre
Objet : prestations intellectuelles	coût horaire clause de remise de fidélité	prix en fonction du nombre d'heures passées à la réalisation de la prestation application des taux de remise fixés dans l'accord-cadre

b) L'abus dans la fixation du prix

La possibilité pour le pouvoir adjudicateur de ne fixer le prix qu'au stade de la conclusion des marchés publics passés sur le fondement de l'accord-cadre permet de prendre en compte les évolutions introduites par le libre jeu de la concurrence. Ainsi, la conclusion de l'accord-cadre permet à l'objet du marché de ne pas être figé ni dans sa substance, ni dans son prix.

Pour autant, la possibilité de ne pas fixer le prix dans l'accord-cadre, associé au fait que la relation contractuelle entre le pouvoir adjudicateur et le(s) titulaire(s) présente un

⁹¹ Article 19 du Code des marchés publics.

⁹² Article 18-II du Code des marchés publics.

⁹³ Article 18-III du Code des marchés publics.

⁹⁴ Article 18-IV du Code des marchés publics.

caractère exclusif et fermé⁹⁵, peut provoquer un abus dans la fixation des prix au stade de la conclusion des marchés publics. En effet, lorsque le(s) titulaire(s) de l'accord-cadre ne s'engage(nt) pas sur une offre de prix, il(s) peut(vent) être tenté(s) d'augmenter ses(leurs) tarifs entre le moment de la conclusion de l'accord-cadre et le moment de la passation des marchés publics conclus sur la base de cet accord.

Dans l'hypothèse d'une hausse substantielle des prix lors de la conclusion des marchés publics, plusieurs solutions sont envisageables pour le pouvoir adjudicateur :

Soit le prix connaît une augmentation normale par rapport à l'évolution des prix constatée sur le secteur économique concerné mais le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas conclure de marché dans ces conditions : dans ce cas, le pouvoir adjudicateur peut résilier l'accord pour motif d'intérêt général avec indemnisation du titulaire ;

Soit le prix connaît une augmentation abusive par rapport à l'évolution des prix constatée sur le secteur économique concerné : dans ce cas le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans l'accord-cadre une clause de sortie ou une clause de résiliation aux tords du titulaire.

II. La durée du marché : une liberté d'action encadrée

L'article 76-V, alinéa 2 du Code des marchés publics précise que « *La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ne peut se faire que pendant la durée de validité de l'accord-cadre . Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur ne peut cependant retenir une date de passation et une durée d'exécution telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques* ».

Cet article énonce donc le principe (A) mais également l'exception (B) concernant la durée d'exécution des marchés conclus sur la base de l'accord-cadre.

A. Le principe : une durée d'exécution devant intervenir dans la durée de validité de l'accord-cadre

La durée d'exécution des marchés publics conclus sur la base de l'accord-cadre ne peut, en principe, dépasser la durée de validité de cet accord.

Cette disposition diffère du régime établi pour les marchés à bons de commande que nous connaissions jusqu'alors. En effet, l'établissement des bons de commande pouvaient intervenir jusqu'au dernier jour de validité du marché. L'exécution du bon de commande pouvait donc avoir lieu après l'expiration de la validité du marché.

Cette possibilité ne semble pas ouverte concernant les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre, ces derniers devant être exécutés avant l'expiration de la validité de l'accord.

⁹⁵ Voir infra, Deuxième partie, Chapitre 2, page 66.

1. La fixation de la durée du marché : un pouvoir d'appréciation variable du pouvoir adjudicateur

La marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans la fixation de la durée du marché à conclure dépend en partie des dispositions contenues dans l'accord-cadre.

a) La conclusion des marchés publics au moment de la survenance du besoin

Dans la mesure où la conclusion des marchés publics passés sur le fondement de l'accord-cadre intervient au moment de la survenance du besoin, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une certaine liberté dans la fixation de la durée du marché.

En effet, l'article 16, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics précise que « *Sous réserve des dispositions fixant la durée maximale pour les accords-cadres [...], la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixées en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* ». Le pouvoir adjudicateur dispose donc d'un pouvoir d'appréciation, dans la limite de la durée maximale de cet accord. La durée fixée par le pouvoir adjudicateur doit ainsi correspondre à la nature de la commande et ne pas être prolongée de façon artificielle.

b) La conclusion des marchés publics en fonction d'une périodicité fixée par l'accord-cadre

Lorsque l'accord-cadre prévoit une consultation ou une mise en concurrence périodique, le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur se voit encadré par la détermination d'échéances précises.

En effet, le lancement de la procédure de conclusion du marché intervient à période fixe. De même, la durée d'exécution du marché doit intervenir dans la période qui sépare les différentes échéances prévoyant la consultation ou la remise en concurrence du(des) titulaire(s) de l'accord-cadre.

Ainsi, si le pouvoir adjudicateur a la possibilité de prévoir une durée du marché plus courte que la durée de la période fixée, il ne peut envisager une durée se prolongeant au-delà de celle-ci.

2. Les possibilités de reconduction du marché

Les marchés conclus sur la base de l'accord-cadre peuvent comporter une période ferme reconductible.

En effet, l'article 16, alinéa 2 dispose que « *Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises* ».

Il est donc tout à fait possible pour le pouvoir adjudicateur de prévoir, dans le cahier

des charges du marché à conclure, une ou plusieurs périodes de reconduction. A noter que celles-ci doivent également être exécutées dans la limite de la durée de validité de l'accord-cadre.

B. L'exception : une durée d'exécution du marché se prolongeant au-delà de la durée de validité de l'accord-cadre

Le principe selon lequel la durée d'exécution des marchés conclus sur la base de l'accord-cadre doit intervenir dans la limite de la durée de validité de cet accord est nuancé par la fin de l'article 76-V du Code des marchés publics précité.

En effet, celui-ci précise que la date de passation et la durée d'exécution des marchés ne peuvent dépasser la date limite de validité de l'accord « ***dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques*** ».

Cette précision permet d'introduire une certaine souplesse au profit du pouvoir adjudicateur. Ainsi, cette disposition suggère que, dans la mesure où la durée fixée par le pouvoir adjudicateur est justifiée par l'objet du marché et qu'elle ne consiste pas en un prolongement artificiel portant atteinte aux exigences d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur peut envisager une durée d'exécution du marché allant au-delà de la date limite de validité de l'accord-cadre. Le prolongement de l'exécution du marché doit, de fait, présenter un caractère raisonnable et proportionné à l'objet du marché et à la durée nécessaire à son exécution.

La possibilité de faire évoluer l'objet de l'accord-cadre lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics confère au pouvoir adjudicateur une réelle souplesse en la matière. Bien que ces possibilités d'adaptation ne doivent pas apporter de « modifications substantielles » à l'objet défini dans l'accord-cadre, cette limite relève tout autant du pragmatisme et du bon sens de l'acheteur public que d'une réelle contrainte. Néanmoins, cette limite imposera au pouvoir adjudicateur d'anticiper ses besoins futurs et ainsi de s'efforcer de planifier et de programmer ses achats sur une période longue. Le dispositif de l'accord-cadre contribue, de fait, à une rationalisation du processus d'achat.

L'opportunité de fixer certains éléments non mentionnés dans l'accord-cadre au stade de la conclusion des marchés publics confirme également la volonté d'accorder une plus grande flexibilité au pouvoir adjudicateur dans la détermination de ses besoins.

Enfin, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'un pouvoir d'appréciation concernant la durée des marchés conclus sur la base de l'accord-cadre. Même si sa liberté d'action reste encadrée, il dispose d'une marge de manœuvre certaine en la matière.

Si la souplesse conférée au pouvoir adjudicateur dans la détermination du contenu de l'accord-cadre est essentiellement confirmée lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics, il est nécessaire de présenter dans quelles mesures la procédure de conclusion des marchés publics confirme, complète ou nuance les éléments de flexibilité et de réactivité introduits par le fractionnement de la procédure.

Chapitre 2 La conclusion des marchés publics : entre souplesse, réactivité et rigidité procédurale

Les marchés publics conclus sur le fondement d'un accord-cadre peuvent prendre différentes formes : marché simple, marché fractionné de type marché à tranches ou marché à bons de commande. De même, un accord multi-attributaire, qu'il soit ou non alloti, peut donner lieu à la conclusion de marchés publics eux-mêmes allotis. Plusieurs combinaisons sont ainsi envisageables lors de la mise en place du système d'achat de l'accord-cadre.

La dissociation de la procédure de conclusion de l'accord-cadre et des marchés publics passés sur le fondement de cet accord a pour objectif d'apporter de la souplesse et de la réactivité au profit du pouvoir adjudicateur. Ainsi, après avoir énoncé les obligations contractuelles pesant sur les parties à l'accord (I), il conviendra d'analyser dans quelles mesures la procédure de conclusion des marchés publics répond à cette volonté de souplesse et de réactivité, que ce soit au stade du lancement de la procédure (II), de la remise en concurrence dans les accords-cadres multi-attributaires (III) ou de l'achèvement de la procédure (IV).

I. Les obligations contractuelles pesant sur les parties à l'accord-cadre

La conclusion de l'accord-cadre crée un lien contractuel entre le pouvoir adjudicateur et le(s) titulaire(s) de l'accord. Ce lien fait naître un ensemble d'obligations réciproques.

D'une part, l'existence d'un principe d'exclusivité (A) et la fermeture du système d'achat (B) font que le pouvoir adjudicateur est dans l'obligation de ne commander qu'au(x) titulaire(s) initial(aux) de l'accord-cadre pour des prestations relevant de l'objet de cet accord.

D'autre part, si le pouvoir adjudicateur s'engage à consulter son(ses) cocontractant(s) pour les achats portant sur l'objet de l'accord-cadre, ce(s) dernier(s) s'engage(nt), *a priori*, à honorer les commandes du pouvoir adjudicateur (C).

A. L'existence d'un principe d'exclusivité

La question se pose de savoir si le pouvoir adjudicateur a la possibilité de commander hors accord-cadre des prestations relevant de l'objet de l'accord-cadre. En effet, aucune disposition de la directive communautaire ou du Code des marchés publics n'indique expressément que la relation entre le pouvoir adjudicateur et le(s) titulaire(s) soit exclusive.

Pour autant, cette même interrogation est intervenue concernant les marchés à bons de commande et, plus largement les marchés fractionnés, aboutissant à la

reconnaissance d'une relation d'exclusivité. En effet, une circulaire du 24 janvier 2000⁹⁶ relative aux marchés fractionnés dispose que « **Il doit être en effet mis fin à une pratique consistant à conclure parallèlement et pour des prestations identiques, plusieurs marchés sans minimum ni maximum avec différents cocontractants [...]. Ce principe [...] ne fait que reformuler le principe général d'interdiction des multi-attributions en matière de passation des marchés publics** ». Par ailleurs, le Code des marchés publics de 2004⁹⁷ a introduit la possibilité, pour des besoins occasionnels de faible montant représentant moins de 1 % du montant total du marché et moins de 10 000 € hors taxes, de s'adresser à un prestataire autre que le titulaire du marché à bons de commande. Cette disposition du Code de 2004, si elle ne fait pas explicitement référence à un principe d'exclusivité, le consacre *a contrario* par l'introduction d'une exception à ce principe. Enfin, la jurisprudence administrative s'est également prononcée en faveur de l'existence d'un lien d'exclusivité implicite⁹⁸.

Un raisonnement similaire peut être conduit concernant les accords-cadres, et ce d'autant plus que l'article 76 du Code des marchés publics consacre lui-même, *a contrario*, l'existence d'un principe général d'exclusivité. En effet, l'article 76-VII indique, dans des termes similaires à ceux introduits dans le Code de 2004, que « **Pour des besoins occasionnels de faible montant, le pouvoir adjudicateur peut s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires de l'accord-cadre, pour autant que le montant cumulé de tels achats ne dépasse pas la somme de 10 000 € HT** ». A noter que la durée de calcul du montant cumulé de ces achats doit correspondre à la durée de l'accord-cadre.

Il importe également de souligner que la circulaire portant manuel d'application du Code des marchés publics, dans son article 6.2.2 énonce expressément que ce contrat accorde une « **exclusivité unique ou partagée aux prestataires ainsi retenus pour une durée déterminée** ».

Par ailleurs, plusieurs éléments à la fois économiques et réglementaires agissent en faveur d'une relation exclusive entre le pouvoir adjudicateur et le(s) titulaire(s) de l'accord-cadre.

En effet, d'un point de vue économique, il apparaît peu opportun de conclure un accord-cadre pour en définitive s'adresser à des fournisseurs hors accord-cadre. L'optimisation du système implique donc cette notion de relation exclusive.

De plus, d'un point de vue réglementaire, l'obligation de computation des seuils en vue du lancement des procédures implique d'intégrer l'ensemble des achats envisagés. A cet égard, l'article 27-I précise que « **Le pouvoir adjudicateur ne peut se soustraire à l'application du présent code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés ou accords-cadres autres que celles prévues par le présent article** ».

⁹⁶ Circulaire du 24 janvier 2000 relative aux marchés fractionnés (aujourd'hui abrogée).

⁹⁷ Article 71-I du Code des marchés publics de 2004.

⁹⁸ Exemple : CAA Paris, 11 décembre 1999, SA Imprimerie Chambord, publié au Recueil Lebon.

En définitive, le pouvoir adjudicateur est lié par une relation d'exclusivité avec son(ses) titulaire(s). La seule exception à ce principe étant tolérée pour les achats de faible montant.

B. Un système clos, juridiquement sécurisé, mais pouvant porter atteinte au libre jeu de la concurrence

Si le pouvoir adjudicateur a une possibilité limitée de recourir à des fournisseurs hors accord-cadre, il ne peut non plus permettre à des opérateurs non initialement parties à l'accord-cadre d'intégrer le système d'achat.

En effet, la circulaire européenne, dans son interprétation de l'article 32-2 de la directive, dispose que « **Les accords-cadres ne sont utilisables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originaires parties à l'accord-cadre [...]. En d'autres termes, les accords-cadres constituent un système clos dans lequel personne ne peut entrer, ni du côté des acheteurs, ni du côté des fournisseurs** ».

Ainsi, de nouveaux opérateurs ne peuvent entrer dans le système de l'accord-cadre. Parallèlement, il est impossible pour de nouveaux pouvoirs adjudicateurs de participer au système.

Cette impossibilité d'intégrer le système d'achat, une fois l'accord conclu, provient de l'exigence de respect des règles de publicité et de mise en concurrence permettant de répondre aux impératifs d'égalité d'accès des candidats à la commande publique, d'égalité de traitement de ces candidats et de transparence des procédures. De fait, un système clos permet au pouvoir adjudicateur de bénéficier, au moment de la conclusion des marchés publics passés sur le fondement de l'accord-cadre, d'un outil juridiquement sécurisé étant donné que ne vont être consultés que les opérateurs qui ont été admis dans le système d'achat au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Pour autant, il ne bénéficie d'aucune flexibilité lui permettant d'intégrer de nouveaux opérateurs, ce qui peut être préjudiciable dans un contexte fortement concurrentiel ou lorsque des entreprises nouvelles entrent sur le marché. Il n'est donc pas possible d'adapter totalement le système à l'évolution de la concurrence du secteur économique sur lequel porte le marché.

Par ailleurs, la combinaison du principe général d'exclusivité et de la fermeture du système à l'entrée de nouveaux cocontractants peut présenter certains risques, en particulier économiques, pour le pouvoir adjudicateur.

En effet, le pouvoir adjudicateur apparaît dans l'obligation de commander, lors de la survenance du besoin ou en fonction d'une périodicité préétablie, au(x) seul(s) titulaire(s) de l'accord-cadre. De fait, cette relation exclusive et fermée peut avoir des conséquences non négligeables sur les prix dans la mesure où ces derniers ne sont fixés qu'au stade de la conclusion des marchés passés sur la base de l'accord-cadre.

Ce risque est particulièrement présent concernant les accords-cadres conclus avec un seul titulaire. Dans ces hypothèses, le pouvoir adjudicateur se trouve dans une situation de dépendance par rapport au fournisseur présélectionné. Il est donc possible

que ce dernier profite de cette position pour majorer ses prix.

Le risque est moindre concernant les accords-cadres conclus avec plusieurs attributaires, le jeu de la concurrence devant logiquement permettre de réguler les hausses de prix lors de la passation des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins craindre une entente entre les différents titulaires de l'accord-cadre.

C. Un ensemble d'engagements réciproques ?

L'accord-cadre crée un système d'achat visant à organiser les consultations futures et donc à conclure des marchés publics sur la base de cet accord.

Pour autant, la directive communautaire et le Code des marchés publics n'indiquent pas de façon expresse que le pouvoir adjudicateur soit dans l'obligation de conclure des marchés publics sur la base de l'accord-cadre ni que le(s) titulaire(s) de l'accord-cadre soit(ent) dans l'obligation de répondre aux sollicitations du pouvoir adjudicateur.

1. L'obligation du pouvoir adjudicateur de consulter ou de remettre en concurrence le(s) titulaire(s)

Il apparaît envisageable pour le pouvoir adjudicateur de ne pas conclure de marchés publics portant sur l'objet de l'accord-cadre et donc de ne pas solliciter le(s) titulaire(s) pendant toute la durée de l'accord.

Par contre, si le pouvoir adjudicateur souhaite conclure un marché public concernant l'objet de l'accord-cadre, le principe d'exclusivité l'oblige à passer par l'accord-cadre, exception faite des marchés de faible montant.

2. L'obligation de réponse du(des) titulaire(s)

Concernant le(s) titulaire(s) de l'accord-cadre, aucune disposition explicite des textes n'indique qu'il(s) est(sont) dans l'obligation de répondre à la consultation du pouvoir adjudicateur.

Au niveau des accords-cadres mono-attributaires, la logique induit une obligation du titulaire d'honorer les commandes passées par le pouvoir adjudicateur. De plus, le fait que le pouvoir adjudicateur demande au titulaire de compléter son offre sur la base des spécifications introduites dans le cahier des charges du marché à conclure, et n'appelle pas la présentation d'une nouvelle offre, laisse supposer que le titulaire soit dans l'obligation de répondre à la sollicitation du pouvoir adjudicateur. Ainsi, le titulaire complète simplement l'offre sur laquelle il s'est engagé dans l'accord-cadre.

Concernant les accords-cadres multi-attributaires, la réponse semble moins tranchée. L'intérêt de ce type d'accord-cadre est de pouvoir déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse aux termes d'une mise en concurrence. Or, les titulaires de l'accord-cadre ne semblent nullement dans l'obligation de déposer une offre. Le pouvoir adjudicateur pourrait éventuellement envisager d'introduire un dispositif coercitif dans le cahier des charges de l'accord-cadre (sanctions, pénalités...). Pour autant, cette obligation de réponse peut entraîner la présentation d'offres inappropriées des titulaires et

présente donc un intérêt limité.

Parallèlement à ces différentes considérations, il semble ici envisageable d'appliquer un principe dégagé par la jurisprudence établie en droit commercial selon lequel **le débiteur d'une relation d'exclusivité est tenu de satisfaire aux demandes de son cocontractant**⁹⁹.

II. Le lancement de la procédure de conclusion des marchés publics : une marge de manœuvre réduite pour le pouvoir adjudicateur

Le lancement de la procédure de conclusion des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre est non seulement encadré par les textes mais également conditionné par les choix précédemment effectués par le pouvoir adjudicateur au stade de la conclusion de l'accord-cadre. Ainsi, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge de manœuvre réduite quant au moment du lancement de la procédure (A) ainsi qu'au niveau des modalités de consultation du(des) titulaire(s) (B).

A. Une reconsultation à période fixe ou variable

L'article 76-II du Code des marchés publics précise que « *La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre* ». Ce choix est donc effectué par le pouvoir adjudicateur lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre.

1. Une reconsultation lors de la survenance du besoin

La première possibilité ouverte par le Code est une reconsultation lors de la survenance du besoin.

A noter que, dans l'hypothèse d'un accord-cadre alloti, la circulaire européenne et l'article 76-III-1° du Code des marchés publics prévoient que seuls sont consultés les titulaires des lots concernés.

2. Une reconsultation à période fixe

Lorsque le pouvoir adjudicateur fixe une reconsultation périodique, il est lié par cet engagement contractuel sur l'ensemble de la durée du système.

Le choix d'une consultation ou d'une remise en concurrence en fonction d'une périodicité intervient plutôt dans le cas de fournitures et de prestations présentant une certaine continuité. Cette périodicité est donc à établir en fonction de l'objet de l'accord, de l'environnement concurrentiel ou encore des renouvellements de gammes ou de catalogues.

Enfin, dans l'hypothèse d'un accord-cadre alloti, l'article 76-III-2° précise que la consultation ou la remise en concurrence porte sur tous les lots.

⁹⁹ Cour de cassation, chambre commerciale, 14 mai 1991, n° 89-18 093.

B. Consultation ou remise en concurrence du(des) titulaire(s) de l'accord-cadre ?

Lors de la conclusion de l'accord-cadre, le pouvoir adjudicateur choisit librement le nombre de titulaires. Ce choix lie le pouvoir adjudicateur au stade de la conclusion des marchés publics, les modalités de conclusion des marchés imposées par les textes variant en fonction du nombre de titulaires. Celles-ci peuvent alors consister soit en une consultation, soit en une remise en concurrence.

1. Accord-cadre mono-attributaire : la consultation du titulaire

Concernant les accords-cadres mono-attributaires, la directive classique précise, dans son article 32-3, alinéa 2, que « *Pour la passation de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent **consulter par écrit l'opérateur partie à l'accord-cadre**, en lui **demandant de compléter, si besoin est, son offre** [...] » ». Dans le même sens, l'article 76-IV du Code des marchés publics dispose que « *Lorsqu'un accord-cadre est attribué à un seul opérateur économique, le pouvoir adjudicateur peut, préalablement à la conclusion des marchés fondés sur l'accord-cadre, **demandeur au titulaire de l'accord-cadre de compléter, par écrit, son offre*** » ».*

La conclusion des marchés publics passés sur la base d'un accord-cadre mono-attributaire permet ainsi au pouvoir adjudicateur de reconsulter le titulaire de l'accord-cadre. Ce dernier complète son offre en fonction du besoin précis exprimé par le pouvoir adjudicateur. Rappelons que ces compléments doivent intervenir dans la limite des modifications substantielles apportées à l'objet de l'accord-cadre.

2. Accord-cadre multi-attributaire : la remise en concurrence des titulaires

Concernant les accords-cadres multi-attributaires, la directive précise, dans son article 32-4, alinéa 2, que l'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres peut se faire, « *lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, **après avoir remis en concurrence les parties sur la base des mêmes termes, si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre** [...] » ». A ce titre, l'article 76-III du Code des marchés publics dispose que « *Les marchés qui sont passés sur le fondement de cet accord sont précédés **d'une mise en concurrence organisée entre les titulaires de l'accord-cadre*** » ».*

Ainsi, les titulaires de l'accord-cadre sont remis en concurrence par le pouvoir adjudicateur lors de la survenance du besoin ou en fonction de la périodicité fixée dans l'accord-cadre. Il ne peut donc s'agir d'une simple consultation par le pouvoir adjudicateur du(des) titulaire(s) de son choix.

A noter que les textes sont muets sur les modalités précises de cette remise en concurrence.

Par ailleurs, il est nécessaire de préciser que la remise en concurrence est obligatoire quelque soit le montant du marché. Or, cette obligation va à l'encontre de la volonté des rédacteurs du Code d'introduire des éléments de souplesse et de réactivité au sein de la

procédure des accords-cadres. Il aurait sans aucun doute été opportun de prévoir un certain allègement de la procédure pour les marchés présentant de faibles montants.

La remise en concurrence se fait également dans la limite des modifications substantielles de l'objet défini dans l'accord-cadre.

III. Accord-cadre multi-attributaire : quels éléments de souplesse et de réactivité dans le déroulement de la remise en concurrence ?

L'organisation de la remise en concurrence, dans le cas d'un accord-cadre multi-attributaire, résulte du cahier des charges de l'accord-cadre et non du règlement de la consultation du marché conclu sur la base de cet accord, celui-ci ne pouvant que compléter les dispositions contenues dans l'accord-cadre.

Pour autant, si le pouvoir adjudicateur ne dispose que d'une marge de manœuvre limitée quant au choix de la procédure utilisée (A), des éléments de souplesse et de réactivité se dégagent concernant la sélection du titulaire du marché (B).

A. L'impossibilité de choix de la procédure de conclusion des marchés passés sur la base de l'accord-cadre

Si l'article 76 du Code des marchés publics énonce les procédures utilisables pour la conclusion des accords-cadres, il ne donne aucune indication concernant la procédure de passation des marchés conclus sur la base de cet accord, laissant supposer une certaine liberté du pouvoir adjudicateur en la matière.

Pour autant, la directive communautaire est plus précise sur ce point. En effet, dans son article 32-2, elle dispose que « *Aux fins de la conclusion d'un accord-cadre, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles de procédure visées par la présente directive dans toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur cet accord-cadre* ».

Cette disposition énonce clairement que si le pouvoir adjudicateur a utilisé la procédure d'appel d'offres pour conclure l'accord-cadre, il devra conclure les marchés publics selon cette même procédure. Idem si l'accord-cadre a été conclu au moyen d'autres procédures telles que la procédure négociée ou encore la procédure de dialogue compétitif. Aucune combinaison de procédures ne semble ici envisageable.

B. La sélection du titulaire du marché : l'identification d'éléments de souplesse et de réactivité

La procédure de remise en concurrence des titulaires débute au stade de l'analyse des offres et permet d'identifier plusieurs éléments contribuant à la flexibilité et à la réactivité du processus d'achat. Ces éléments sont présentés sous forme de calendrier dans l'annexe n° 2¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Voir infra, Annexe n° 2, page 137.

1. Une procédure débutant au stade de la sélection des offres : l'introduction d'une plus grande réactivité

La publicité ainsi que l'analyse et la sélection des candidatures ayant d'ores et déjà été réalisées au stade de la conclusion de l'accord-cadre, ces obligations ne sont pas renouvelées lors de la seconde phase de conclusion des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre. Cette exonération permet au pouvoir adjudicateur de bénéficier d'une procédure de passation plus réactive¹⁰¹.

Ainsi, la procédure redémarre au stade de l'analyse des offres. En effet, les offres présentées lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre porte sur un cahier des charges non exhaustif. Or, les marchés conclus sur la base de l'accord-cadre présente un cahier des charges complété et précis. C'est pourquoi, il convient de reprendre la procédure à ce stade.

Néanmoins, les délais de remise des offres imposés sont épuisés lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre et ne sont pas réintroduits lors de la passation des marchés publics basés sur cet accord, laissant de fait une marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur lors de la seconde phase de la procédure.

Pour autant, il convient de souligner que, sur une durée maximale de quatre ans, la satisfaction des titulaires aux conditions minimales d'honorabilité et de solvabilité ainsi que leurs capacités techniques, professionnelles et financières sur lesquelles ont été jugées leurs candidatures peuvent avoir évolué.

Ainsi, s'il apparaît envisageable pour le pouvoir adjudicateur d'introduire une clause au sein de l'accord-cadre permettant une mise à jour de la régularité des titulaires, il ne semble pas possible de revenir, lors de la conclusion des marchés publics, sur la question des capacités des titulaires à honorer les commandes passées sur la base de l'accord-cadre.

2. Le délai de présentation des offres : une liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur

Comme il a été énoncé précédemment, les délais minimums imposés par le Code des marchés publics concernant le dépôt des offres sont expirés lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre. Ces délais ne sont donc pas réinitialisés lors du dépôt des offres au stade de la conclusion des marchés publics fondés sur l'accord-cadre.

Ainsi, le Code des marchés publics précise, dans son article 76-III-4°, alinéa 1^{er}, que « *Le pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres* ». Le délai accordé aux titulaires pour la présentation des offres leur est précisé dans le règlement de la consultation du marché.

Cette disposition permet au pouvoir adjudicateur de bénéficier d'un large pouvoir d'appréciation en la matière et d'introduire une plus grande réactivité dans la procédure

¹⁰¹ Voir supra, Première partie, Chapitre 2, page 48.

de conclusion des marchés publics.

En effet, les délais de dépôt des offres peuvent être considérablement réduits en comparaison des délais imposés lors de la conclusion de l'accord-cadre. Ce délai doit simplement être suffisant et proportionné aux exigences spécifiques contenues dans le cahier des charges du marché à conclure.

Les gains de temps possibles pour le pouvoir adjudicateur peuvent être présentés de la manière suivante :

	Accord-cadre	Marché public
	Objet : achat de photocopieurs et de consommables	Objet : commande de consommables
Délai de présentation des offres dans le cadre de la procédure de l'appel d'offres ouvert	52 jours	10 jours soit une réduction de 42 jours .

3. L'analyse des offres et la sélection du titulaire : l'introduction d'une certaine flexibilité

La remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre a pour objet de susciter le dépôt d'offres répondant au cahier des charges de l'accord-cadre complété et précisé par les documents de la consultation du marché à passer sur la base de l'accord-cadre.

A ce titre, l'article 76-III-4°, alinéa 2 précise que « *Ces offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché fondé sur l'accord-cadre* ».

a) L'analyse des offres

Les offres de base

Conformément à l'article 76-III-5° du Code des marchés publics, « *Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté **les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés*** ». Cet article reprend les dispositions de la directive qui dans son article 32-4, alinéa 2, d) précise que « *Les pouvoirs adjudicateurs attribuent chaque marché au soumissionnaire ayant présenté **la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre*** ».

En effet, comme il a été annoncé dans la partie précédente¹⁰², l'accord-cadre doit énoncer sur quels critères et selon quelle pondération seront jugées les offres lors de la

¹⁰² Voir supra, Première partie, Chapitre 1, page 35.

Deuxième partie. Quels éléments de souplesse et de réactivité introduits dans la phase de conclusion des marchés publics passés sur la base de l'accord-cadre ?

passation des marchés publics conclus sur la base de l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur apparaît donc lié aux dispositions fixées dans l'accord-cadre.

Ces critères peuvent être différenciés en fonction de la nature des marchés à passer sur la base de l'accord-cadre. Par exemple, si l'accord-cadre porte sur l'achat de photocopieurs et de consommables, les critères d'attribution des marchés fixés dans l'accord-cadre peuvent être différents selon que le marché portera sur une commande de photocopieurs ou de consommables.

Néanmoins, si les critères de sélection des offres peuvent être énoncés de manière précise dès l'accord-cadre, il est également envisageable pour le pouvoir adjudicateur d'énoncer ces critères de façon assez générale. Ainsi, il peut les préciser, dans le règlement de la consultation du marché à conclure, par l'établissement de sous-critères et d'une sous-pondération. Cette possibilité permet donc au pouvoir adjudicateur de bénéficier d'une certaine souplesse et d'adapter les critères de sélection et leur pondération en fonction de l'objet du marché. Pour autant, les précisions apportées au stade de la conclusion des marchés publics ne doivent pas avoir pour conséquence une remise en cause des critères énoncés dans l'accord-cadre ni de leur pondération ¹⁰³.

Cette hypothèse peut être illustrée de la manière suivante :

Accord-cadre portant sur la fourniture d'imprimantes	Marché public conclu sur la base de l'accord-cadre
Critères de sélection des offres lors de la remise en concurrence : Valeur technique (60 %) Coût (40 %)	Possibilité de précision du critère de la valeur technique : Rapidité en nombre de pages/minute (30 %) qualité d'impression (30 %)

A noter qu'au stade de la conclusion des marchés publics passés sur le fondement de l'accord-cadre, le pouvoir adjudicateur peut « *exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché ainsi que d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix* » ¹⁰⁴. L'objectif est de permettre au pouvoir adjudicateur de disposer d'éléments supplémentaires pour apprécier les offres des titulaires de l'accord-cadre.

Les variantes

Des variantes peuvent être présentées par les candidats dans la mesure où le pouvoir adjudicateur exprime cette possibilité dans les documents de la consultation ¹⁰⁵. Cette disposition du Code des marchés publics de 2006 présente une logique inversée par rapport au Code de 2004 ¹⁰⁶ qui indique que les variantes sont admises, sauf

¹⁰³ CJCE, 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl et Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia et Commune di Venezia*, affaire C-331/04.

¹⁰⁴ Article 49 du Code des marchés publics.

¹⁰⁵ Article 50 du Code des marchés publics.

dispositions contraires dans les documents de la consultation.

Les variantes sont proposées avec l'offre de base et comportent des exigences minimales fixées par le pouvoir adjudicateur. Le jugement des variantes se déroule selon les mêmes modalités que les offres de base.

L'utilisation d'enchères électroniques

Le dispositif des enchères électroniques est prévu à l'article 54 du Code des marchés publics, le définissant comme « *une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique, et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre* »¹⁰⁷. Cependant, cet outil ne peut être utilisé que dans le cas des marchés de fournitures conclus au terme d'une procédure formalisée¹⁰⁸. Le recours aux enchères électroniques dans le cadre du jugement des offres lors de la conclusion des marchés publics doit être annoncé dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

b) La sélection du titulaire et l'attribution du marché

La sélection du titulaire

Le pouvoir adjudicateur procède dès lors à l'examen des offres. Les offres incomplètes et/ou non recevables sont éliminées.

En fonction de la pondération des critères, les offres conformes sont classées par ordre décroissant. Ensuite, le pouvoir adjudicateur attribue le marché au candidat dont l'offre est la mieux classée¹⁰⁹ lorsque les offres ne comportent pas de variantes. Si les offres présentent une offre de base et des variantes, l'offre économiquement la plus avantageuse est alors déterminée par comparaison entre l'offre la mieux classée et la variante la plus intéressante.

L'attribution du marché

Une fois le titulaire désigné, il est envisageable pour le pouvoir adjudicateur d'exiger de ce dernier la production de justificatifs attestant qu'il satisfait toujours aux conditions d'honorabilité et de solvabilité. En cas de non production de ces justificatifs par le titulaire, le pouvoir adjudicateur peut alors procéder à une demande identique au candidat classé second.

Par la suite, conformément à l'article 80 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur informe, par un avis motivé, les candidats dont l'offre a été rejetée¹¹⁰.

¹⁰⁶ Article 50 du Code des marchés publics de 2004.

¹⁰⁷ Article 54-I du Code des marchés publics.

¹⁰⁸ Article 54-II, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics.

¹⁰⁹ Article 53-III du Code des marchés publics.

¹¹⁰ Article 80-I-1°, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics.

Un délai de dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché conclu sur la base de l'accord-cadre ¹¹¹. Ce délai minimum doit permettre aux candidats qui s'estimeraient irrégulièrement écartés d'introduire une procédure de référé précontractuel ¹¹². Les marchés conclus selon une procédure adaptée bénéficient des mêmes allègements que ceux évoqués concernant la conclusion de l'accord-cadre ¹¹³.

IV. L'achèvement de la procédure de conclusion des marchés publics : le maintien d'une rigidité procédurale ?

Les dernières étapes de la conclusion des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre présentent des spécificités en fonction du pouvoir adjudicateur concerné. Ainsi, si l'achèvement de la procédure pour les marchés conclus par les administrations décentralisées témoigne généralement du maintien d'une certaine rigidité procédurale (A), l'État et les administrations déconcentrées bénéficient de plusieurs allègements (B).

A. Le maintien d'une certaine rigidité procédurale pour les marchés conclus par les administrations décentralisées

La conclusion des marchés publics passés par les administrations décentralisées obéit aux mêmes formalités que la conclusion de l'accord-cadre. Le respect des dispositions relatives à la conclusion des marchés publics révèle ainsi le maintien d'une rigidité de la procédure au sein du dispositif des accords-cadres. Pour autant, certaines obligations peuvent être accomplies en amont de la procédure, introduisant une plus grande réactivité de la procédure.

1. Établissement du rapport de présentation et mise au point du marché

Une fois le titulaire choisi, le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation conformément à l'article 79 du Code des marchés publics.

Lorsque le marché est passé selon la procédure de l'appel d'offres, l'article 59-II, alinéa 2 du Code des marchés publics prévoit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de procéder, avec le candidat retenu, à la mise au point du marché.

2. Approbation de l'assemblée délibérante

Les marchés publics conclus selon une procédure formalisée, ainsi que les marchés conclus selon une procédure adaptée pour lesquels l'exécutif local ne bénéficie d'aucune délégation, doivent faire l'objet de l'approbation de l'assemblée délibérante.

¹¹¹ Article 80-I-1°, alinéa 2 du Code des marchés publics.

¹¹² Article L 551-1 à L 551-4 du Code de la justice administrative.

¹¹³ Voir supra, Première partie, Chapitre 2, page 45.

Le juge administratif avec l'arrêt du Conseil d'État « *Commune de Montélimar* »¹¹⁴ a en effet établi qu'une délibération d'une assemblée délibérante autorisant l'exécutif à signer un marché doit être prise en toute connaissance des éléments essentiels du contrat à intervenir. Au nombre de ces éléments figurent notamment son objet, son montant exact et l'identité de son attributaire.

Or, cette obligation constitue le principal élément contraignant de la phase de conclusion des marchés publics. En effet, comme il a été évoqué précédemment, l'organisation interne des administrations décentralisées implique parfois des délais importants entre chaque réunion de leur assemblée délibérante. Ainsi, cette étape procédurale va à l'encontre d'une réactivité de la procédure de conclusion des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre.

Pour autant, cette difficulté peut, dans une certaine mesure, être surmontée par les administrations décentralisées. En effet, l'ordonnance du 6 juin 2005¹¹⁵, codifiée dans le Code général des collectivités territoriales¹¹⁶, est venue modifier la situation. Désormais, l'assemblée délibérante a la possibilité de ne prendre qu'une décision en amont (avant même l'engagement de la procédure de passation) autorisant à la fois le lancement de la procédure et la signature du marché par l'exécutif. La seule condition est que les éléments essentiels du contrat à intervenir soient connus, à savoir la définition du besoin à satisfaire ainsi que le montant prévisionnel du marché à passer. Dans le cas contraire, une délibération en aval de la procédure autorisant l'exécutif à signer le marché reste impérative.

L'ordonnance du 6 juin 2005 ouvre donc la possibilité au pouvoir adjudicateur de se conformer à cette obligation d'approbation de l'assemblée délibérante en amont de la procédure de passation des marchés publics. En effet, en fonction des crédits votés pour ces différents achats en début d'exercice budgétaire, le pouvoir adjudicateur est en mesure de programmer, pour partie, les commandes à effectuer au cours de cet exercice. La définition des besoins à satisfaire ainsi que le montant prévisionnel des marchés à passer peuvent ainsi être établis en début de chaque exercice budgétaire. Il est donc tout à fait envisageable pour l'assemblée délibérante de prendre une décision autorisant la conclusion de l'ensemble des marchés publics qui satisfont aux conditions de précisions énoncées en amont de la procédure.

En faisant jouer cette disposition, le pouvoir adjudicateur peut ainsi éviter une obligation procédurale particulièrement contraignante lorsqu'elle intervient en aval de la procédure. Cette possibilité constitue, de fait, un véritable élément en faveur de la réactivité de la procédure de conclusion des marchés publics.

Enfin, les marchés publics conclus selon une procédure adaptée, pour lesquels

¹¹⁴ CE, 13 octobre 2004, Commune de Montélimar, requête n° 254 007, publié au Recueil Lebon.

¹¹⁵ Ordonnance n°2005-645 du 6 juin 2005 relative aux procédures de passation des marchés publics des collectivités territoriales, publiée au Journal Officiel de la République Française du 7 juin 2005, page 9 999.

¹¹⁶ Articles L 2122-21-1 (communes), L 3221-11-1 (départements) et L 4231-8-1 (régions) du Code général des collectivités territoriales.

l'exécutif local bénéficie d'une délégation conformément aux dispositions du Code général des collectivités territoriales¹¹⁷, sont exemptés de l'approbation de l'assemblée délibérante et bénéficie, de fait, d'une plus grande réactivité de la procédure.

3. Signature et notification du marché

Le pouvoir adjudicateur doit respecter le délai imposé entre la notification de rejet aux candidats non retenus et la signature du marché dans le cas d'un accord-cadre multi-attributaire.

Par la suite, le marché conclu selon une procédure formalisée doit faire l'objet d'une transmission au contrôle de légalité, conformément aux dispositions de l'article L.2131-2 du Code général des collectivités territoriales.

Enfin, le marché est notifié au titulaire, date à laquelle il prend effet. Contrairement à la procédure de conclusion de l'accord-cadre, la passation des marchés publics ne donne pas lieu à une obligation de publication d'un avis d'attribution. En effet, l'article 35-4, alinéa 2 de la directive classique précise que « *Dans le cas d'accords-cadres conclus conformément à l'article 32, les pouvoirs adjudicateurs sont exonérés de l'envoi d'un avis sur les résultats de la passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre* ».

B. Des obligations allégées pour l'État et les administrations déconcentrées

L'État et les administrations déconcentrées bénéficient des mêmes allègements que ceux énoncés concernant l'achèvement de la procédure de conclusion de l'accord-cadre¹¹⁸.

Ainsi, les marchés publics conclus par l'État et les administrations déconcentrées bénéficient de l'absence de transmission au contrôle de légalité mais aussi, et surtout, de l'absence d'approbation d'une assemblée délibérante. La principale contrainte en terme d'achèvement de la procédure ne trouvant pas à s'appliquer, ces pouvoirs adjudicateurs jouissent donc d'une fin de procédure simplifiée et plus réactive, et ce, pour l'ensemble de leurs marchés. **Les administrations centrales et déconcentrées sont, de fait, les pouvoirs adjudicateurs pour lesquels le dispositif des accords-cadres présente la procédure la plus souple et la plus réactive.**

Schéma n°2 : Synthèse de la procédure de conclusion des marchés publics passés sur le fondement de l'accord-cadre

Le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments de souplesse et de réactivité variables au stade de la conclusion des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre.

Ainsi, les modalités de lancement de la procédure de conclusion des marchés publics ne présente aucun élément de flexibilité pour le pouvoir adjudicateur. En effet, ces modalités sont non seulement encadrées par les textes mais également conditionnées par les choix effectués au stade de la conclusion de l'accord-cadre.

¹¹⁷ Articles L. 2122-22 (communes), L.3221-11 (départements) et L. 4231-8 (régions) du Code général des collectivités territoriales.

¹¹⁸ Voir supra, Première partie, Chapitre 2, page 47.

Pour autant, le déroulement de la consultation du(des) titulaire(s) présente différents éléments de souplesse et de réactivité. En effet, la consultation, dans le cas d'un accord-cadre mono-attributaire, ne présente pas de formalisme particulier. De même, la remise en concurrence des titulaires, dans les accords-cadres multi-attributaires, se voit allégée par comparaison à une mise en concurrence classique.

Par ailleurs, l'achèvement de la procédure présente une rigidité variable en fonction de la nature du pouvoir adjudicateur. Ainsi, si l'État et les administrations déconcentrées sont soumis à des obligations allégées, cette étape de la procédure peut s'avérer particulièrement contraignante pour les administrations décentralisées.

En définitive, la seconde phase de conclusion des marchés publics ne permet pas de répondre pleinement aux attentes de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs en matière de simplification, de flexibilité et de réactivité de la procédure.

Conclusion

La phase de conclusion des marchés publics passés sur le fondement d'un accord-cadre permet de confirmer ou de nuancer les éléments de souplesse et de réactivité annoncés lors de la phase de conclusion de l'accord-cadre.

Ainsi, l'opportunité conférée au pouvoir adjudicateur de pouvoir faire évoluer et préciser ses besoins lors de la phase de conclusion des marchés publics représente un élément de souplesse majeur du dispositif des accords-cadres. De fait, les éléments de flexibilité introduits au stade de la conclusion de l'accord-cadre se voient confirmés sur ce point. Certes, cette liberté accordée au pouvoir adjudicateur se veut encadrée. Elle n'en constitue pas moins l'attractivité principale de ce nouvel outil.

L'analyse de la procédure de conclusion des marchés publics passés sur la base de l'accord-cadre conduit à un bilan plus mitigé. Alors que le fractionnement de la procédure laisse entrevoir des éléments de flexibilité et de réactivité, le constat est que la procédure de passation présente parfois un caractère contraignant. Certes, le déroulement de la consultation et de la remise en concurrence du(des) titulaire(s) apparaît simplifié et allégé. Néanmoins, les marchés conclus sur la base de l'accord-cadre demeurent des marchés publics au sens strict et sont, par conséquent, soumis à l'ensemble des formalités procédurales concernant l'achèvement de la procédure de passation. Si ces formalités sont moindres pour l'État et les administrations déconcentrées, les administrations décentralisées subissent davantage le formalisme imposés par le Code des marchés publics. Ainsi, les différentes obligations procédurales imposées aux pouvoirs adjudicateurs vont parfois à l'encontre des attentes des acheteurs publics en matière de simplification, de souplesse et de réactivité de la procédure.

Ces différents constats amènent à nous interroger sur la place de ce nouveau mécanisme dans notre système d'achat. Il apparaît donc nécessaire d'identifier les spécificités du dispositif des accords-cadres par rapport à d'autres outils mis en place par le Code afin de déterminer les types d'achats pour lesquels les accords-cadres présentent

Deuxième partie. Quels éléments de souplesse et de réactivité introduits dans la phase de conclusion des marchés publics passés sur la base de l'accord-cadre ?

une réelle opportunité pour le pouvoir adjudicateur.

Troisième partie Quelle place pour les accords-cadres dans notre système d'achat ?

Introduction

Dans la mesure où l'acheteur public n'est pas en mesure, au stade de la passation, de définir avec exactitude toutes les modalités de ses besoins (quantité, fréquence, nature), il peut avoir recours à des dispositifs spécifiques en deux temps, distinguant une phase de présélection des fournisseurs et une phase d'attribution des marchés ou commandes.

L'accord-cadre est un nouveau dispositif permettant cette planification des achats dans le temps. Pour autant, il n'est pas l'unique outil ouvert par le Code des marchés publics présentant cette caractéristique. En effet, les marchés à bons de commande et le système d'acquisition dynamique¹¹⁹ permettent également une programmation des achats à caractère répétitif sur une durée longue. Il convient donc d'effectuer une analyse comparative de ces différents systèmes d'achat à disposition du pouvoir adjudicateur afin de situer les accords-cadres par rapport aux différents outils ouverts par le Code des marchés publics (Chapitre 1).

¹¹⁹ Les marchés à bons de commande et le système d'acquisition dynamique sont introduits dans les articles 77 et 78 du Code des marchés publics. Voir infra, Annexe n° 3, page 139.

Au regard des conclusions de cette analyse comparative mais également de la nature des prestations susceptibles d'être commandées ainsi que du secteur économique concerné, il sera possible de dégager les domaines d'intervention potentiels du dispositif des accords-cadres (Chapitre 2).

Certes, l'accomplissement de ces différentes démarches analytiques par l'acheteur public intervient nécessairement en amont de la mise en place du processus d'achat. Pour autant, dans une volonté « pédagogique » du présent mémoire, il apparaissait opportun de faire une présentation exhaustive du dispositif des accords-cadres avant d'évoquer ces problématiques.

Chapitre 1 Les accords-cadres : un nouveau dispositif dans la boîte à outils des acheteurs publics

L'outil des accords-cadres se juxtapose aux différents instruments permettant une programmation des achats à caractère répétitif sur une durée longue, à savoir les marchés à bons de commande et le système d'acquisition dynamique. Or, ces différents dispositifs présentent des spécificités tant concernant leur contenu qu'au niveau des modalités procédurales imposées pour leur mise en œuvre.

Il ne s'agit pas ici de faire une présentation exhaustive des marchés à bons de commande et du système d'acquisition dynamique mais de mettre en perspective certaines originalités de ces dispositifs avec les particularités identifiées dans le système des accords-cadres. A ce titre, un tableau comparatif des différents systèmes est joint dans l'annexe n°4¹²⁰. De cette démarche comparative se dégageront les principaux atouts et contraintes spécifiques à chaque outil. Ainsi, en fonction des caractéristiques des commandes éventuelles et du secteur économique concerné, le pouvoir adjudicateur sera en mesure de se tourner vers le dispositif qui répondra le mieux à ses attentes.

Par conséquent, il convient d'établir une comparaison croisée de ces trois outils selon les paramètres susceptibles d'orienter le choix du pouvoir adjudicateur vers l'un ou l'autre de ces systèmes d'achat : le champ d'application du dispositif (I), la souplesse accordée au pouvoir adjudicateur dans la définition de ses besoins (II) et enfin la flexibilité et la réactivité de la procédure de mise en œuvre (III).

I. Des domaines d'intervention variables en fonction du dispositif mis en œuvre

Les accords-cadres sont un dispositif pouvant être utilisé pour l'ensemble des achats du pouvoir adjudicateur, et ce, de façon discrétionnaire.

Il en est de même pour les marchés à bons de commande. En effet, si nous

¹²⁰ Voir infra, Annexe n° 4, page 142.

repreons la définition des marchés publics énoncée par le Code, dans son article 1^{er}-I, alinéa 2, celle-ci précise que « *Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de **travaux, de fournitures ou de services*** ». Rappelons que le Code des marchés publics, dans sa version 2006, a supprimé la condition de recours à ce type de marché, à savoir une incertitude du pouvoir adjudicateur concernant le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire.

Au contraire, le système d'acquisition dynamique, s'il a vocation à donner lieu à la conclusion de marchés publics, dispose d'un champ d'application restreint. En effet, l'article 78-I-1°, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics précise que « *Un système d'acquisition dynamique est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des **fournitures courantes** [...]* ». Ses capacités d'adaptation aux besoins du pouvoir adjudicateur se voient donc limitées. A noter que le recours au système d'acquisition dynamique fait également l'objet d'un choix discrétionnaire du pouvoir adjudicateur dans la limite du champ d'intervention ouvert par le Code.

Schéma n° 3 : Comparaison de l'adaptation des différents dispositifs aux types d'achat

II. Une souplesse graduée concédée au pouvoir adjudicateur dans la définition de ses besoins

Le principal atout du dispositif des accords-cadres vient de la possibilité ouverte au pouvoir adjudicateur de définir son besoin en deux temps. L'objet de l'accord-cadre ainsi que les éléments financiers correspondants peuvent ne pas être déterminés de façon précise et contraignante lors de la conclusion de cet accord. Le pouvoir adjudicateur dispose alors d'une faculté d'adaptation de ces différents éléments au contexte de l'achat, lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics.

Il convient donc d'établir dans quelles mesures le dispositif des marchés à bons de commande et le système d'acquisition dynamique présentent des opportunités d'adaptation similaires que ce soit au niveau de la définition de l'objet des commandes à venir (A) ou des éléments financiers correspondants (B).

A. Une exigence de précision évolutive concernant la définition de l'objet des commandes à intervenir

La précision des spécifications concernant l'objet des commandes susceptibles d'être passées par le pouvoir adjudicateur varie en fonction du dispositif mis en œuvre. Ainsi, lors de la seconde phase de passation des commandes, la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur se voit conditionnée par les différents éléments fixés au stade de la mise en place du système d'achat.

1. Les modalités de définition de l'objet lors de la mise en place du système

d'achat

L'outil des marchés à bons de commande impose au pouvoir adjudicateur de fixer l'objet du marché de manière précise dès la mise en place du dispositif d'achat. Au contraire, le système d'acquisition dynamique permet au pouvoir adjudicateur de ne pas déterminer l'objet des commandes de façon contraignante à ce stade de la procédure.

a) Marchés à bons de commande : une fixation précise de l'objet du marché

Comme il a été précisé en introduction ¹²¹, la circulaire européenne interprétant la directive classique distingue deux situations concernant la notion d'accords-cadres : les accords-cadres qui fixent tous les termes (contrats cadres correspondant au dispositif des marchés à bons de commande) et ceux qui ne les fixent pas tous (accords-cadres *stricto sensu*).

Or, la circulaire européenne dispose que « *Les accords-cadres qui fixent tous les termes (les contrats-cadres) sont des instruments juridiques par lesquels **les stipulations contractuelles applicables aux commandes (éventuelles) fondées sur ce type d'accord-cadre sont fixées de manière contraignante pour les parties à l'accord – en d'autres termes, l'utilisation (éventuelle) de ce type d'accord-cadre ne nécessite pas la conclusion de nouveaux accords entre les parties par exemple par des négociations, de nouvelles offres etc.*** ».

Par conséquent, et à la différence des accords-cadres introduits à l'article 76 du Code des marchés publics, les marchés à bons de commande fixent tous les termes du marché. La première phase de conclusion du marché à bons de commande détermine donc de façon précise à la fois les spécifications et la consistance des prestations susceptibles d'être commandées.

Seules les quantités peuvent ne pas être fixées au stade de la conclusion du marché. En effet, l'article 77-I, alinéa 4 du Code précise que « *Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. **Ils précisent celles des prestations décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en détermine la quantité*** ».

Enfin, il convient de préciser que les marchés à bons de commande ouverts par le Code de 2006, tout comme les accords-cadres, peuvent être conclus sans montants minimum ni maximum en quantité. En effet, l'article 77-I, alinéa 2 du Code dispose que « *Il peut prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou **être conclu sans minimum ni maximum*** ». Les remarques énoncées concernant les conséquences de l'absence d'indication de montants minimum et maximum ainsi que l'opportunité d'une réintroduction de ses informations lors de la conclusion de l'accord-cadre ¹²² sont applicables de façon similaire aux marchés à bons de commande.

¹²¹ Voir supra, Introduction, page 10.

¹²² Voir supra, Première partie, Chapitre 1, page 23.

b) Système d'acquisition dynamique : la préservation de marges de manœuvre dans la définition de l'objet

La définition de l'objet des commandes à passer est particulièrement souple dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique.

En effet, l'article 78-I-1° du Code des marchés publics dispose que les opérateurs économiques sont sélectionnés sur la base d'une **offre indicative**. Ainsi, les termes concernant l'objet des commandes éventuelles énoncés au stade de la mise en place du système d'acquisition dynamique ne sont pas fixés de façon contraignante. L'objet des marchés ne sera donc établi définitivement qu'au stade de la remise en concurrence.

De fait, comme le dispositif des accords-cadres, le système d'acquisition dynamique permet une définition de l'objet en deux temps.

2. Les possibilités d'évolution de l'objet lors de la passation des commandes

Le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une marge de manœuvre variable en fonction des éléments fixés au stade de la mise en place du système d'achat. Ainsi, si l'objet défini dans le marché à bons de commande connaît des capacités d'adaptation limitées aux circonstances de l'achat, le système d'acquisition dynamique présente davantage de souplesse.

a) Marchés à bons de commande : une possibilité d'adaptation limitée de l'objet du marché

L'objet du marché à bons de commande est figé dans sa nature et sa substance dès la première phase de conclusion du marché. Il ne peut être complété ou précisé lors d'une négociation ou d'une remise en concurrence préalable à l'émission des bons de commande. Ainsi, le pouvoir adjudicateur dispose uniquement de la possibilité de préciser celles des prestations décrites dans le marché qu'il souhaite commander ainsi que leurs quantités.

Par conséquent, le marché à bons de commande ne permet pas une adaptation des commandes à l'évolutivité du secteur économique concerné. En effet, pour intégrer les évolutions en termes d'offres, il est nécessaire pour le pouvoir adjudicateur de conclure un avenant au contrat.

Pour autant, les marchés à bons de commande permettent, dans une certaine mesure, une adaptation des commandes aux besoins du pouvoir adjudicateur. En effet, lorsque le besoin est exprimé en terme de fonctionnalité, le bordereau des prix unitaires peut comporter différents produits ou prestations avec lesquels le pouvoir adjudicateur compose au moment de la survenance du besoin. Néanmoins, comme il a été énoncé précédemment, l'intégration de nouveaux produits au système d'achat requiert la conclusion d'un avenant au contrat.

Le dispositif des accords-cadres apporte donc une flexibilité supplémentaire étant donné qu'il permet au pouvoir adjudicateur de faire évoluer l'objet, dans la limite des modifications substantielles évoquées. L'accord-cadre permet ainsi une meilleure

adaptation des commandes à la fois aux évolutions du secteur économique concerné mais également aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur.

b) Système d'acquisition dynamique : une capacité d'adaptation de l'objet aux circonstances de l'achat

Contrairement au dispositif des marchés à bons de commande, le système d'acquisition dynamique permet une adaptation de l'objet à l'évolution du marché ainsi qu'aux besoins du pouvoir adjudicateur.

En effet, l'article 78-I-3° du Code des marchés publics précise que « **Les offres indicatives peuvent être améliorées à tout moment à condition qu'elles demeurent conformes aux documents de la consultation** ». Ainsi, l'objet peut être adapté entre la présentation de l'offre indicative et l'offre définitive déposée par les candidats lors de la remise en concurrence. La limite à cette évolutivité de l'objet est la nature des achats envisagés précisée dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur bénéficie, de fait, d'une réelle opportunité d'adaptation de l'objet des commandes au contexte de l'achat.

Il convient de souligner que cette souplesse conférée par le système d'acquisition dynamique va au-delà de celle permise par le dispositif des accords-cadres. En effet, dans un accord-cadre, l'objet du marché est fixé dès la phase de conclusion de cet accord, même si cette définition peut être incomplète. Parallèlement, le système d'acquisition dynamique ne fixe aucun terme de façon contractuelle lors de la mise en place du système, ce qui confère davantage de liberté d'action au pouvoir adjudicateur lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics.

Schéma n° 4 : Comparaison de la souplesse accordée par les différents dispositifs au pouvoir adjudicateur dans la définition de ses besoins

B. Des modalités de détermination des éléments financiers différenciées

Les modalités de détermination des éléments financiers sont également variables en fonction du système d'achat. Ainsi, les marges de manœuvre du pouvoir adjudicateur dépendent des éléments fixés contractuellement au stade de la mise en place du dispositif.

1. Les éléments financiers fixés lors de la mise en place du système d'achat

Si le dispositif des marchés à bons de commande impose au pouvoir adjudicateur de fixer l'ensemble des éléments financiers de manière précise dès la mise en place du dispositif d'achat, le système d'acquisition dynamique présente davantage de souplesse en la matière.

a) Marchés à bons de commande : des éléments financiers déterminés dès la phase de conclusion du marché

Comme l'objet, le prix fait partie des mentions substantielles qui doivent figurer dans le

marché à bons de commande. Rappelons que les marchés à bons de commande ouverts par l'article 77-I, alinéa 2 du Code des marchés publics précité, tout comme les accords-cadres, peuvent être conclus sans montants minimum ni maximum en valeur.

Par conséquent, les pièces constitutives du marché doivent mentionner le prix où les modalités de sa détermination. Sur ce point, le juge administratif a estimé que les dispositions applicables aux marchés à bons de commande « *n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle au principe selon lequel un contrat administratif ne saurait être régulièrement conclu que pour autant que l'accord des parties porte sur le prix ; que par suite, les documents contractuels doivent, à défaut de fixer un prix, préciser les éléments de référence à partir desquels il sera ultérieurement fixé* »¹²³.

En règle générale, les marchés à bons de commande sont conclus à prix unitaires. Dans ce cadre, les documents contractuels comportent un bordereau des prix unitaires. Le prix est ainsi déterminé au moment de l'émission du bon de commande en fonction des quantités commandées par le pouvoir adjudicateur. De même, le marché peut fixer des taux de remises de fidélité, des rabais sur catalogue en fonction des quantités commandées, etc. Ces taux seront ainsi appliqués au prix déterminé au moment de l'émission du bon de commande.

Il est également admis que certains marchés portant sur des prestations programmables soient conclus à prix forfaitaires.

Ainsi, l'ensemble des éléments financiers est fixé contractuellement au stade de la conclusion du marché à bons de commande. Au contraire, le dispositif des accords-cadres permet de ne pas fixer les prix de façon contraignante mais de déterminer contractuellement certains éléments permettant de les déterminer ultérieurement. Le dispositif des accords-cadres permet ainsi au pouvoir adjudicateur de se réserver davantage de marges de manœuvre en prévision des commandes éventuelles.

b) Système d'acquisition dynamique : la présentation d'offres indicatives

Le système d'acquisition dynamique présente une certaine souplesse quant aux modalités de fixation des prix.

En effet, l'offre déposée par les candidats lors de la première phase de mise en place du système comporte bien une offre de prix, vraisemblablement sous la forme d'un bordereau des prix unitaires. Néanmoins, conformément aux dispositions de l'article 78-I-1° précité, cette offre n'est qu'indicative. De fait, les prix ne sont pas fixés de façon définitive lors de cette première phase. La même remarque peut intervenir concernant les éléments financiers tels que les taux de remises de fidélité, les rabais sur catalogue en fonction des quantités commandées, etc.

Ainsi, l'intérêt du système d'acquisition dynamique provient en partie de cette faculté pour le pouvoir adjudicateur de ne pas figer les prix au stade de la mise en place du système.

¹²³ TA Versailles, 24 mars 1994, *Préfet de l'Essonne c/ Président du conseil général de l'Essonne*, publié au Recueil Lebon.

2. Les possibilités d'évolution des éléments financiers lors de la passation des commandes

L'opportunité d'évolution des éléments financiers varie en fonction des dispositions mentionnées au stade de la mise en place du système d'achat.

a) Marchés à bons de commande : une possibilité d'adaptation contenue des éléments financiers

Les éléments financiers contenus dans l'accord-cadre permettent de prendre en considération l'évolutivité du marché en termes de prix.

A priori, le dispositif des marchés à bons de commande ne semble pas permettre au pouvoir adjudicateur de bénéficier de ces évolutions. En effet, les éléments financiers sont fixés dans le marché et ne peuvent faire l'objet ni d'une négociation ni d'une remise en concurrence avant l'émission de chaque bon de commande.

Pour autant, le marché à bons de commande permet, dans une certaine mesure, une adaptation des prix contractualisés dans le marché. En effet, le marché peut contenir une clause de révision des prix dans les conditions prévues à l'article 18 du Code des marchés publics. Ainsi, cette possibilité permet d'établir une correspondance entre les prix des prestations ou produits commandés et les prix constatés sur le segment de marché concerné.

Par ailleurs, le système du marché à bons de commande permet une maîtrise des risques en terme d'évolution des prix. En effet, comme il a été démontré précédemment, la combinaison du principe général d'exclusivité et de la fermeture du système d'achat dans le cas d'un accord-cadre peut conduire à un abus dans la fixation des prix par le(s) titulaire(s) de l'accord ¹²⁴. Ce risque n'est pas présent concernant le marché à bons de commande étant donné que l'ensemble des éléments financiers est fixé dans le marché. Or, si la révision des prix permet de refléter la réalité du marché, elle n'a pas pour conséquence d'exposer le pouvoir adjudicateur à des majorations non contrôlées. L'outil des marchés à bons de commande apporte donc une sécurité financière supérieure par rapport au dispositif des accords-cadres.

b) Système d'acquisition dynamique : un ajustement des éléments financiers par le libre jeu de la concurrence

Le système d'acquisition dynamique permet une adaptation des éléments financiers à l'évolution des prix déterminés par le libre jeu de la concurrence sur le segment de marché concerné. Ainsi, le prix et les différents éléments permettant sa détermination (taux de rabais, etc.) sont évolutifs durant toute la durée de validité du système d'achat. Le pouvoir adjudicateur bénéficie donc des avantages économiques permis par une remise en concurrence continue des opérateurs économiques.

Ainsi, le système d'acquisition dynamique confère une souplesse supplémentaire par

¹²⁴ Voir supra, Deuxième partie, Chapitre 2, page 66.

rapport au dispositif des accords-cadres. En effet, si le prix peut ne pas être fixé dans le cahier des charges de l'accord-cadre, celui-ci contractualise un minimum d'éléments financiers qui ne pourront évoluer lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics.

Par ailleurs, le système d'acquisition dynamique permet une maîtrise des risques de majoration des prix par les opérateurs économiques admis à participer au système d'achat. En effet, contrairement au dispositif des accords-cadres, le système d'acquisition dynamique présente l'avantage d'être un système ouvert. Ainsi, l'entrée d'opérateurs économiques pendant toute la durée de validité du système permet une concurrence active et permanente, permettant au pouvoir adjudicateur de bénéficier des meilleures offres tout en limitant les risques de dérapages en termes de prix. De fait, cette ouverture du système présente incontestablement le principal atout du dispositif.

Schéma n° 5 : Comparaison de la souplesse accordée par les différents dispositifs dans la fixation des prix			Schéma n° 6 : Comparaison de la maîtrise des risques de majoration des prix par les différents dispositifs		

III. Une réactivité de la procédure variable en fonction du dispositif mis en oeuvre

La conclusion de l'accord-cadre obéit, d'une part, à l'ensemble des règles procédurales édictées par le Code des marchés publics. La phase de passation de l'accord-cadre ne présente donc aucun élément de souplesse ou de réactivité qui lui soit spécifique. D'autre part, la phase de conclusion des marchés publics passés sur le fondement de cet accord présente différentes contraintes procédurales, celles-ci variant en fonction du montant des commandes et de la nature du pouvoir adjudicateur. De fait, la seconde étape de conclusion des marchés publics ne permet pas de répondre pleinement aux attentes de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs en termes de simplification, de souplesse et de réactivité de la procédure.

Face à ce constat, il est nécessaire de déterminer dans quelles mesures le dispositif des marchés à bons de commande et le système d'acquisition dynamique présentent une procédure souple et réactive tant au stade de la mise en place du système d'achat (A) qu'au niveau de son exécution (B).

A. Les éléments de souplesse et de réactivité identifiés lors de la mise en place du système d'achat

Si la conclusion d'un marché à bons de commande est soumise à l'ensemble des règles procédurales édictées par le Code des marchés publics, la mise en place du système d'acquisition dynamique présente une procédure allégée.

1. Marchés à bons de commande : la soumission stricte à l'ensemble des règles procédurales énoncées par le Code des marchés publics

Les marchés à bons de commande peuvent être conclus en recourant à toutes les procédures ouvertes par le Code des marchés publics. Le choix de la procédure de conclusion du marché est donc déterminé en fonction de son objet et du montant total des achats envisagés sur la durée du système d'achat¹²⁵. A noter que dans l'hypothèse d'un marché alloti, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de recourir à des procédures différenciées pour chaque lot¹²⁶.

Le marché à bons de commande, comme l'accord-cadre peut être mono ou multi-attributaire. Cette opportunité diffère des possibilités ouvertes par le Code de 2004. En effet, la multi-attribution d'un marché à bons de commande n'était ouverte que dans des situations dérogatoires¹²⁷.

La conclusion d'un marché à bons de commande présente les mêmes étapes procédurales que la passation d'un accord-cadre. A procédure similaire, le déroulement et la durée de la procédure sont donc identiques pour les deux dispositifs¹²⁸. Ainsi, la représentation sous forme de calendrier des différents éléments de procédure de conclusion de l'accord-cadre, référencée dans l'annexe n°2¹²⁹, est transposable au dispositif du marché à bons de commande.

2. Une procédure allégée pour la mise en place du système d'acquisition dynamique

L'article 78-I-1°, alinéa 3 du Code des marchés publics dispose que « *Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur suit toutes les phases de l'appel d'offres ouvert* ». Le pouvoir adjudicateur n'a donc aucune liberté de choix quant à la procédure à utiliser.

Pour autant, ses différentes étapes sont fractionnées selon les deux temps de la procédure, à savoir la mise en place du système et la remise en concurrence des opérateurs économiques lors de la survenance du besoin.

Ainsi, la première phase de mise en place du système d'acquisition dynamique présente une procédure allégée par comparaison aux procédures de conclusion des accords-cadres et des marchés à bons de commande. En effet, une partie des formalités procédurales ne seront accomplies que lors de la seconde phase de remise en

¹²⁵ Article 27-II du Code des marchés publics.

¹²⁶ Article 27-III, alinéa 2 du Code des marchés publics.

¹²⁷ Article 71 du Code des marchés publics de 2004.

¹²⁸ Voir supra, Première partie, Chapitre 2, page 36.

¹²⁹ Voir infra, Annexe n°2, page 137.

concurrence.

De fait, de l'avis d'appel public à la concurrence à la sélection des opérateurs économiques admis à participer au système d'achat, le déroulement de la procédure de mise en place du système d'acquisition dynamique se présente de façon identique à celui de la procédure de conclusion par appel d'offres ouvert des accords-cadres et des marchés à bons de commande.

Pour autant, les offres n'étant qu'indicatives, la phase de mise en place du système ne donne pas lieu à l'établissement d'un cahier des charges sur lequel s'engagent les parties. De fait, l'achèvement de la procédure n'interviendra qu'au stade de la conclusion des marchés publics, suite à la sélection du titulaire sur la base d'une offre définitive.

Par ailleurs, le système d'acquisition dynamique est, par définition, une procédure entièrement électronique de passation des marchés publics.

Par conséquent, les délais de réception des offres et des candidatures peuvent être réduits par le pouvoir adjudicateur selon les modalités suivantes :

Délai minimal de réception des candidatures et des offres ¹³⁰	Envoi électronique de l'avis d'appel public à la concurrence ¹³¹	Accès libre, direct et complet par voie électronique aux documents de la consultation ¹³²
52 jours	- 7 jours Le délai est ainsi ramené à 45 jours	- 5 jours Le délai est ainsi ramené à 40 jours ¹³³

La dématérialisation de la procédure permet ainsi au pouvoir adjudicateur de bénéficier d'une réduction de délais non négligeable. Pour autant, il convient de préciser que cette possibilité de dématérialisation est également ouverte aux procédures de conclusion des accords-cadres et des marchés à bons de commandes. Cette pratique tend, par ailleurs, à se généraliser. Par conséquent, la réduction des délais ouverte par la dématérialisation de la procédure de mise en place du système d'acquisition dynamique ne devrait pas constituer, à terme, un élément de réactivité propre à ce dispositif.

Schéma n° 7 : Comparaison de la souplesse et de la réactivité de la procédure de mise en place des différents dispositifs

B. Les éléments de souplesse et de réactivité identifiés lors de la passation

¹³⁰ Article 57-II-1° du Code des marchés publics.

¹³¹ Article 57-II-4° du Code des marchés publics.

¹³² Article 57-II-5° du Code des marchés publics.

¹³³ Article 57-II-6° du Code des marchés publics : « Les réductions de délais mentionnés au 4° et 5° peuvent être cumulés sauf si le pouvoir adjudicateur a réduit le délai minimal à vingt-deux jours du fait de la publication d'un avis de préinformation en application du 2° ».

de commandes par le pouvoir adjudicateur

La procédure de passation des différentes commandes par le pouvoir adjudicateur présente une souplesse et une réactivité variables selon le système d'achat mis en place.

1. Marché à bons de commande : les modalités d'attribution des bons de commande

Si la phase de conclusion d'un marché à bons de commande est similaire à celle d'un accord-cadre, la seconde phase du dispositif présente de nombreuses spécificités.

a) Un choix du titulaire sans négociation ni remise en concurrence

Lors de la survenance du besoin, les bons de commande déterminent les prestations faisant l'objet de la commande ainsi que leurs quantités.

L'article 77-I, alinéa 2 du Code des marchés publics énonce que « *L'émission de bons de commande s'effectue **sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires**, selon des modalités expressément prévues par le marché* ». Même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques, les bons de commande sont donc émis sans négociation ni mise en concurrence.

Le cahier des charges du marché à bons de commande peut ainsi prévoir que, lors de la survenance du besoin, le pouvoir adjudicateur consulte le titulaire dont l'offre a été la mieux classée au stade de la conclusion du marché. En cas d'incapacité de celui-ci à honorer la commande, le pouvoir adjudicateur s'adresse alors au second, etc.

Il est également envisageable pour le pouvoir adjudicateur de déterminer, avant l'émission de chaque bon de commande, l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des prestations faisant l'objet de la commande. Ainsi, le pouvoir adjudicateur consulte le titulaire dont l'offre est la mieux classée pour cette commande spécifique. En cas d'incapacité de celui-ci à honorer la commande, le pouvoir adjudicateur s'adresse au candidat classé second, etc.

b) L'émission des bons de commande : simplicité et réactivité de la procédure

Le bon de commande n'est pas un marché public. Il n'est donc soumis à aucun formalisme particulier si ce n'est sa signature par la personne habilitée.

Par conséquent, l'ensemble des modalités d'achèvement de la procédure imposées lors de la conclusion d'un marché public passé sur le fondement d'un accord-cadre ne trouve pas à s'appliquer au stade de l'émission des bons de commande. Ainsi, la seconde phase d'établissement des bons de commande présente un allègement considérable par rapport à la conclusion des marchés passés sur la base de l'accord-cadre. En définitive, l'outil des marchés à bons de commande reste incontestablement plus simple et plus réactif que le dispositif des accords-cadres.

2. Système d'acquisition dynamique : les modalités d'attribution des

marchés spécifiques

La mise en place du système d'acquisition dynamique révèle une procédure allégée par comparaison à celle mise en œuvre pour la conclusion de l'accord-cadre ou du marché à bons de commande.

Pour autant, la conclusion des marchés publics passés sur le fondement du système d'acquisition dynamique présente de nombreuses exigences procédurales.

a) La remise en concurrence des opérateurs économiques admis dans le système d'achat

L'article 78-II, alinéa 1^{er} du Code des marchés publics énonce que « *Les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, dits marchés spécifiques, font l'objet d'une mise en concurrence* ».

Pour autant, l'article 78-II-1° du Code précise que « *Avant de procéder à cette mise en concurrence le pouvoir adjudicateur publie un avis de marché simplifié [...], invitant tous les opérateurs économiques, qui n'auraient pas déjà présenté une offre indicative dans le cadre de la mise en place du système d'acquisition dynamique, à présenter une offre indicative dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis simplifié. Le pouvoir adjudicateur ne procède à la mise en concurrence qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives présentées dans ce délai* ». Par conséquent, alors que la phase de conclusion de l'accord-cadre permet au pouvoir adjudicateur de s'exonérer d'une nouvelle publicité lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics, le système d'acquisition dynamique impose une publicité avant chaque remise en concurrence. Or, cette obligation implique un délai supplémentaire de quinze jours de présentation des candidatures et des offres, auquel s'ajoute le délai maximum de quinze jours d'analyse de candidatures et des offres indicatives.

Par la suite, le déroulement de la procédure se déroule de façon similaire à la conclusion d'un marché public passé sur la base d'un accord-cadre.

Le pouvoir adjudicateur invite les candidats à présenter une offre définitive pour le marché à conclure dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur¹³⁴. Le marché est alors attribué, après mise en concurrence, à l'offre économiquement la plus avantageuse conformément aux critères énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence publié lors de la mise en place du système, ces critères pouvant avoir fait l'objet de précision dans l'invitation adressée aux candidats¹³⁵.

b) L'achèvement de la procédure de conclusion des marchés spécifiques : une souplesse et une réactivité limitées

¹³⁴ Article 78-II-2° du Code des marchés publics.

¹³⁵ Article 78-II-3° du Code des marchés publics.

Le système d'acquisition dynamique et l'accord-cadre donnent lieu à la conclusion de marchés publics.

Les règles concernant l'achèvement de la procédure dans un système d'acquisition dynamique sont donc identiques à celles observées concernant le dispositif de l'accord-cadre ¹³⁶. De plus, les marchés conclus sur la base d'un système d'acquisition dynamique doivent faire l'objet d'un avis d'attribution ¹³⁷.

La seconde phase de conclusion des marchés publics apparaît donc particulièrement longue et contraignante. De fait, la nécessité d'une publicité avant chaque remise en concurrence impose une contrainte et des délais supplémentaires par comparaison à la procédure mise en œuvre dans le dispositif des accords-cadres.

Schéma n° 8 : Comparaison de la souplesse et de la réactivité de la procédure de passation des commandes observées dans les différents dispositifs

Les dispositifs évoqués présentent des caractéristiques propres quant à leur contenu ainsi qu'au niveau des règles procédurales imposées pour leur mise en œuvre. Un comparatif graphique de ces outils est établi dans l'annexe n° 5 ¹³⁸.

Il est nécessaire de souligner que l'attribution d'une souplesse dans la définition des besoins par le pouvoir adjudicateur est automatiquement compensée par le maintien d'une certaine rigidité procédurale, et inversement. En effet, dans un souci de sécurisation des procédures de passation mais également de respect des principes de la commande publique, les rédacteurs du Code ont souhaité établir un compromis entre souplesse et efficacité de la commande publique et rigueur des procédures de passation. Par conséquent, chacun des dispositifs ouverts par le Code présente soit une souplesse dans la définition des besoins par le pouvoir adjudicateur, soit une réactivité des procédures de passation, sans pour autant parvenir à allier totalement ces deux éléments. Selon les caractéristiques des commandes éventuelles, le pouvoir adjudicateur orientera donc son choix vers le dispositif le mieux à même de répondre à ses attentes et aux contraintes auxquelles il se voit confronté.

Ainsi, le dispositif des marchés à bons de commande présente peu de souplesse quant aux capacités d'adaptation de son contenu lors de la passation des différentes commandes. Parallèlement, l'émission des bons de commande se matérialise de façon simple, souple et témoigne d'une véritable réactivité de la procédure. Les marchés à bons de commande sont donc particulièrement adaptés à des achats à caractère répétitif, qui évoluent peu dans leur substance et dans leur prix.

Par opposition, le système d'acquisition dynamique et le dispositif des accords-cadres présentent davantage de souplesse dans leur contenu. Cette souplesse est néanmoins contrebalancée par différentes contraintes procédurales, induisant une réactivité limitée de ces processus d'achat. Ces outils sont particulièrement adaptés aux

¹³⁶ Voir supra, Deuxième partie, Chapitre 2, page 79.

¹³⁷ Article 78-II-3°, alinéa 4 du Code des marchés publics.

¹³⁸ Voir infra, Annexe n° 5, page 146.

achats présentant des besoins évolutifs et/ou intervenant sur des segments de marchés fortement concurrentiels et évolutifs. Pour autant, si les accords-cadres peuvent être conclus en tout domaine, le système d'acquisition dynamique voit son champ d'application restreint, limitant les effets potentiels du système.

Il apparaît ainsi nécessaire d'illustrer par quelques exemples les domaines d'intervention potentiels du dispositif des accords-cadres.

Chapitre 2 Les domaines d'intervention potentiels des accords-cadres

L'analyse des principales caractéristiques des différents outils ouverts par le Code permet d'identifier les types d'achats pour lesquels leur utilisation présente une pertinence particulière et donc de positionner les accords-cadres au sein de notre système d'achat.

L'opportunité d'une utilisation du dispositif des accords-cadres doit être illustrée par des exemples d'application concrets établis selon différents paramètres tels que la structure du milieu concurrentiel (I) et l'évolutivité des besoins du pouvoir adjudicateur (II). Par ailleurs, cet outil peut se voir un instrument d'inspiration privilégié pour la mise en place de systèmes de référencement en procédures adaptées (III).

I. Un outil présentant des capacités d'adaptation à la structure et à la dynamique du milieu concurrentiel

Le choix du type de procédure utilisée par le pouvoir adjudicateur dépend en partie de la structure et de la dynamique du milieu concurrentiel sur lequel interviennent les achats envisagés. Ainsi, si le recours aux accords-cadres présente une simple opportunité pour des achats courants (A), il apparaît particulièrement adapté à des achats caractérisés par des évolutions techniques régulières (B).

A. Une opportunité d'utilisation pour les achats courants

Les accords-cadres peuvent être mis en œuvre pour les achats à caractère répétitif intervenant dans un secteur fortement concurrentiel tels que l'achat de fournitures, de travaux ou de services courants.

Pour autant l'utilisation des accords-cadres n'apparaît pas comme une évidence. En effet, la gestion de ces achats peut passer par différents dispositifs tels que les marchés à bons de commande ou le système d'acquisition dynamique. Néanmoins, si ces outils permettent une consultation unique pour l'ensemble de ces achats sur la durée totale du système, leurs spécificités induisent des résultats variables qu'il convient d'évoquer.

Utilisation du dispositif des marchés à bons de commande :

Ce type d'outil permet de contractualiser dans le marché un ensemble de références

en terme de produits ou de prestations. Dans la mesure où les catalogues et prestations des fournisseurs de même que les besoins du pouvoir adjudicateur évoluent peu, ce qui est généralement le cas concernant les achats courants, la fixation de l'objet des commandes éventuelles dès la mise en place du système n'apparaît pas comme une contrainte majeure.

Par ailleurs, les marchés à bons de commande permettent, dans une certaine mesure, d'adapter les prix aux évolutions du secteur concurrentiel par l'intégration au contrat d'une clause de révision des prix.

Enfin, l'outil des marchés à bons de commande présente l'atout majeur d'une simplicité et d'une réactivité dans la procédure d'émission des bons de commande.

Ce dispositif semble donc tout à fait adapté à ce type d'achats.

Utilisation de l'outil des accords-cadres :

Dans un milieu fortement concurrentiel, le principal atout du dispositif des accords-cadres se situe dans la possibilité de remettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre avant la conclusion de chaque marché public. Cette opportunité permet ainsi au pouvoir adjudicateur d'obtenir les meilleures offres, non seulement en termes de produits ou de prestations, mais également en termes de prix. Par ailleurs, il est possible d'adapter l'objet des commandes à l'évolution des besoins exprimés.

Or, dans un contexte d'achats courants pour lesquels les besoins du pouvoir adjudicateur, de même que les offres des opérateurs économiques, évoluent finalement peu, le dispositif semble présenter un intérêt moindre par rapport aux marchés à bons de commande pour les raisons évoquées ci-dessus.

Pour autant, l'outil des accords-cadres dispose d'un atout supplémentaire par rapport aux marchés à bons de commande. En effet, les accords-cadres présentent l'opportunité pour le pouvoir adjudicateur de constituer un vivier d'opérateurs économiques autour de ses projets d'achat. La possibilité de remettre en concurrence les opérateurs titulaires de l'accord contribue ainsi à une stimulation du tissu économique.

Par conséquent, l'utilisation du dispositif des accords-cadres pour ce type d'achats présente un certain intérêt. Cependant, le système ne sera véritablement optimisé que dans un contexte d'évolutivité de l'offre et des besoins du pouvoir adjudicateur. De même, l'hypothèse d'achats subissant de fortes variations de prix apportera un intérêt supplémentaire à l'utilisation d'un accord-cadre. En effet, les achats faisant l'objet de fréquentes variations de prix du fait, par exemple, de leur sensibilité aux événements internationaux comme c'est le cas pour les achats de carburants, rendent difficile une gestion de ces évolutions dans le cadre d'un marché à bons de commande. L'accord-cadre se verra ici un outil plus approprié aux circonstances de l'achat.

Utilisation du système d'acquisition dynamique :

Le système d'acquisition dynamique permet une adaptation maximale à l'évolution de la concurrence sur le segment de marché concerné ainsi qu'aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur.

A l'image du dispositif des accords-cadres, ce système permet de constituer un vivier

d'opérateurs économiques qui seront remis en concurrence lors de la survenance du besoin. L'opportunité de stimuler le tissu économique va même au-delà des possibilités admises par les accords-cadres étant donné que le système d'acquisition dynamique est ouvert pendant toute sa durée.

Le recours à ce dispositif présente ainsi des intérêts similaires à l'utilisation de l'outil des accords-cadres. Pour autant, l'utilisation de ce système se heurte à deux inconvénients majeurs, à savoir un champ d'application restreint et une procédure de passation des commandes présentant peu d'éléments de souplesse et de réactivité.

B. Une utilisation propice dans le cadre d'achats caractérisés par des évolutions techniques régulières

Les accords-cadres sont un outil privilégié pour des achats caractérisés par des évolutions techniques régulières.

L'exemple couramment utilisé pour illustrer ce type d'achats est l'acquisition de matériels informatiques. En effet, les gammes de produits présentées par les opérateurs économiques évoluent régulièrement.

Or, la conclusion d'un marché à bons de commande pour l'acquisition de ce type de matériels présente une pertinence limitée dans la mesure où les modèles susceptibles d'être commandés doivent être précisés dans le marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc intégrer les nouveaux produits présents sur le segment de marché concerné, sauf avenant au contrat.

Dans ce contexte, la conclusion d'un accord-cadre multi-attributaire permet au pouvoir adjudicateur, lors de la remise en concurrence des titulaires, de prendre en considération les derniers modèles intégrés dans les gammes de produits des opérateurs présélectionnés.

D'autres exemples tels que l'achat de matériels scientifiques présentent la même problématique d'une évolution rapide des gammes de produits des fournisseurs et peuvent être traités de manière similaire.

II. Un outil présentant des capacités d'adaptation à l'évolutivité des besoins du pouvoir adjudicateur

Contrairement aux marchés à bons de commande, les accords-cadres permettent une définition de l'objet en deux temps. Il est donc possible pour le pouvoir adjudicateur d'adapter l'objet des commandes à l'évolution de ses besoins. Ce système d'achat présente donc un intérêt particulier dans la mesure où le pouvoir adjudicateur ne dispose pas de l'intégralité des éléments lui permettant de définir ses besoins avec précision lors de la conclusion de l'accord-cadre.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de conclure un accord-cadre lui permettant, outre de bénéficier des avantages économiques introduits par une publicité unique pour quatre années et par l'opportunité d'une remise en concurrence des titulaires, de préciser et de compléter son besoin avant chaque prestation commandée.

Exemple n° 1 : le service de transport d'œuvres d'art

Le pouvoir adjudicateur organise une exposition culturelle par an, nécessitant un transport d'œuvres d'art prêtées par différents musées ou particuliers. Or, le besoin en matière de transport d'œuvres d'art dépend des œuvres en question (type d'œuvre, provenance et destination, valeur, etc.). Ces différents paramètres ne sont connus qu'une fois le thème et le programme de l'exposition arrêtés. Par ailleurs, ces précisions peuvent être apportées tardivement. De fait, la conclusion d'un marché classique ne permet pas toujours au pouvoir adjudicateur d'organiser ce service dans les délais impartis entre la détermination précise du besoin et le début de l'exposition.

La conclusion d'un accord-cadre multi-attributaire pour ce type de service permet au pouvoir adjudicateur d'apporter les précisions nécessaires à l'objet du marché avant chaque remise en concurrence. Ainsi, l'objet de la prestation se voit adapté au besoin précis du pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une plus grande réactivité de la procédure par comparaison avec la conclusion d'un marché classique.

Schéma n° 9 : Modalités de précision de l'objet concernant un accord-cadre portant sur le service de transport d'œuvres d'art

Exemple n° 2 : La réalisation de prestations graphiques

Les administrations sont régulièrement amenées à conclure des marchés de prestations intellectuelles, notamment pour l'achat de prestations graphiques. Ce type d'achat peut constituer un domaine d'intervention privilégié du dispositif des accords-cadres.

En effet, ces prestations présentent des caractéristiques similaires, par exemple, la conception d'affiches pour un ensemble de manifestations culturelles organisées par le pouvoir adjudicateur. Néanmoins, la réalisation de la prestation doit être adaptée au besoin précis du pouvoir adjudicateur, celui-ci évoluant d'une commande à l'autre. Pour reprendre l'exemple de conception d'affiche, le contenu de la prestation varie nécessairement en fonction de la manifestation en question.

Schéma n° 10 : Modalités de précision de l'objet concernant un accord-cadre portant sur la réalisation de prestations graphiques

Exemple n° 3 : L'achat de produits et de fournitures de recherche

L'acquisition de certains matériels et produits de recherche peuvent comporter des caractéristiques nécessitant d'être précisées en fonction du déroulement d'une mission de recherche scientifique ou technologique. Sous l'empire du Code des marchés publics de 2004, ce type d'achats pouvait être géré dans le cadre d'une situation dérogatoire prévue aux marchés à bons de commande¹³⁹. L'objet du marché à bons de commande pouvait faire l'objet de précision avant l'émission de chaque bon de commande. De plus, il était possible de conclure un marché multi-attributaire avec une remise en compétition des

¹³⁹ Article 71-V du Code des marchés publics de 2004.

titulaires lors de la survenance du besoin ¹⁴⁰. Or, cette situation dérogatoire a été supprimée par la réforme du Code des marchés publics de 2006.

L'accord-cadre se présente donc comme un outil privilégié « de substitution » pour ce type d'achats. L'objet des commandes sera ainsi adaptable en fonction du déroulement des recherches.

Par ailleurs, il convient de préciser que les pouvoirs adjudicateurs concernés par ce type d'achats sont essentiellement des services centraux ou déconcentrés d'un ministère, des établissements publics à caractère scientifique (EPST) ainsi que des établissements d'enseignement supérieur. Or, comme il a été énoncé précédemment, l'État et les administrations déconcentrées bénéficient de certains allègements en termes de procédure de conclusion des accords-cadres et des marchés passés sur le fondement de ces accords ¹⁴¹. Par conséquent, les pouvoirs adjudicateurs susceptibles d'être concernés par ce type d'achats disposeront d'une procédure relativement souple et réactive.

III. Un outil d'inspiration des systèmes d'achat mis en œuvre en procédures adaptées

En procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités d'organisation de la mise en concurrence des opérateurs économiques.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut mettre en place des procédures de référencement inspirées des différents outils ouverts par le Code des marchés publics.

Dans la mesure où il ne peut définir avec précision toutes les modalités de son besoin, le pouvoir adjudicateur peut alors composer avec l'outil des accords-cadres, le dispositif des marchés à bons de commande et le système d'acquisition dynamique. En effet, ces différents dispositifs présentent une certaine complémentarité. Le pouvoir adjudicateur peut ainsi mettre au point un système d'achat empruntant les éléments de souplesse et de réactivité propre à chacun. Plusieurs combinaisons sont envisageables.

Exemple n°4 : Marché à procédure adaptée concernant l'achat de prestations de services pour l'organisation d'une manifestation culturelle

Anticipant sur la sortie du nouveau Code des marchés publics, la Ville de Villeurbanne a conclu un marché à procédure adaptée pour l'achat de prestations de services divers pour l'organisation de la « Fête du livre jeunesse ». La procédure mise en œuvre s'est inspirée à la fois du dispositif des accords-cadres et de l'outil des marchés à bons de commande ¹⁴².

Éléments inspirés du dispositif des accords-cadres :

¹⁴⁰ Philippe DE GERY, « *Les marchés à bons de commande* ». Éditions Le Moniteur, Quatrième édition, Septembre 2004, 119 pages. Pages 36 à 43.

¹⁴¹ Voir supra, Première partie, Chapitre 2, page 47 et Deuxième partie, Chapitre 2, page 82.

La mise en place du système d'achat correspond globalement à la phase de conclusion d'un accord-cadre.

La Ville de Villeurbanne a ainsi publié un avis public d'appel à la concurrence conformément aux dispositions de l'article 40 du Code des marchés publics.

A la différence d'un accord-cadre classique, les titulaires ont été sélectionnés uniquement sur candidatures. Aucune offre n'a été présentée par les candidats à ce stade de la procédure. **Le système mis en œuvre visait donc simplement à référencer un certain nombre d'opérateurs économiques en vue de la passation des commandes futures.**

Suite à la sélection des différents titulaires, le pouvoir adjudicateur a procédé à la signature du marché et à l'achèvement de la procédure.

Une fois le système d'achat mis en place, ses modalités d'exécution se sont également vues en partie empruntées au dispositif des accords-cadres.

Au fur et à mesure du déroulement de l'organisation de la manifestation, le pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins. **Ce système d'achat a ainsi permis la mise en œuvre du principal atout du dispositif des accords-cadres, à savoir la possibilité d'apporter des précisions à l'objet des commandes afin de l'adapter aux besoins précisés du pouvoir adjudicateur.**

Par la suite, le pouvoir adjudicateur a procédé à la consultation des titulaires. **Une nouvelle publicité n'était pas ici nécessaire, le pouvoir adjudicateur s'étant préalablement conformé à cette obligation lors de la mise en place du système d'achat.** De fait, seuls les titulaires référencés lors de la première phase ont été invités à déposer une offre. **Le pouvoir adjudicateur a ainsi pu bénéficier de l'avantage d'une remise en concurrence des titulaires présent dans le dispositif des accords-cadres.**

La commande a alors été attribuée au titulaire ayant proposé l'offre économiquement la plus avantageuse.

Éléments inspirés du dispositif des marchés à bons de commande :

Le dispositif des accords-cadres donne lieu à la conclusion de marchés publics, impliquant différentes contraintes en termes d'achèvement de la procédure lors de la phase de passation des commandes. Au contraire, **le principal atout du dispositif des marchés à bons de commande se situe dans la souplesse et la réactivité de la procédure d'émission des bons de commande.**

Les modalités de passation des commandes se sont donc vues logiquement calquées sur le dispositif du marché à bons de commande.

En définitive, le système d'achat mis en place a permis d'allier :

Les possibilités de réaliser des économies par la publication d'un seul avis d'appel public à la concurrence pour l'ensemble du système d'achat : *accords-cadres, marchés à bons de commande* ;

¹⁴² Exemple recueilli lors d'un entretien avec Madame Stéphanie BOGNER, Directrice de la Commande publique, Ville de Villeurbanne.

La souplesse apportée par la possibilité d'une définition du besoin en deux temps : *accords-cadres* ;

Les avantages économiques d'une remise en concurrence des titulaires : *accords-cadres* ;

La souplesse et la réactivité de la procédure de passation des commandes : *marchés à bons de commande*.

Schéma n° 12 : Marché à procédure adaptée conclu par la Ville de Villeurbanne pour l'organisation annuelle de la « Fête du livre jeunesse »

Ces différentes illustrations permettent d'identifier plusieurs domaines d'intervention potentiels du dispositif des accords-cadres.

Ainsi, l'utilisation de cet outil se verra privilégiée pour des achats caractérisés par une évolutivité de l'offre mais également des besoins du pouvoir adjudicateur.

Enfin, le dispositif de l'accord-cadre pourra être utilement combiné avec d'autres outils ouverts par le Code des marchés publics dans la mise en œuvre des systèmes de référencement en procédures adaptées.

Conclusion

Les dispositifs ouverts par le Code des marchés publics présentent des éléments de souplesse et de réactivité variables.

En fonction des circonstances de l'achat, le pouvoir adjudicateur orientera son choix vers le dispositif le mieux à même de répondre à ses attentes. L'intérêt d'un recours aux accords-cadres doit donc être apprécié de façon pragmatique, au regard de la nature des prestations susceptibles d'être commandées par la suite mais aussi du secteur économique concerné. De même, les contraintes en termes de délais vont jouer un rôle non négligeable dans le choix du pouvoir adjudicateur.

A la nécessité d'une sécurisation juridique s'ajoute ainsi une dimension organisationnelle et économique de l'achat public. Au-delà de l'application des règles procédurales imposées par le Code des marchés publics s'affirme une volonté de pratiquer des techniques d'achat permettant au pouvoir adjudicateur de répondre à ses besoins de façon rapide et appropriée.

Par conséquent, l'acte d'achat nécessite une connaissance et une anticipation de ses besoins par le pouvoir adjudicateur, permettant une planification et une programmation des achats dans le temps, mais également une bonne perception du milieu concurrentiel dans lequel s'inscrivent ces achats.

C onclusion

En application depuis le 1^{er} septembre 2006, le nouveau Code des marchés publics s'inscrit dans le prolongement des réformes entreprises en 2001 et 2004. Le texte reste « *familier, avec des nouveautés* » résume Alain MENEMENIS, Conseiller d'État et rapporteur du Code 2006¹⁴³. Le Code des marchés publics s'équilibre donc entre continuité et innovations dont les accords-cadres font partie. Ce « *vaisseau amiral de la réforme* » comme se plaît à les appeler Jérôme GRAND D'ESNON, Directeur des affaires juridiques de Bercy, est effectivement un outil nouveau pour les acheteurs publics¹⁴⁴.

Cet instrument original, qui permet de présélectionner plusieurs opérateurs économiques en vue de la passation de commandes futures pour une durée de quatre ans maximum, soulève d'ores et déjà nombre d'interrogations chez les praticiens de l'achat public auxquelles ce mémoire a tenté d'apporter quelques éléments de réponse.

Si l'heure du bilan est encore lointaine, l'analyse des textes permet en effet de dégager plusieurs tendances concernant les modalités de mise en œuvre de cet outil. Ces premiers constats doivent être mis en perspective avec les objectifs affichés par les rédacteurs du Code, à savoir satisfaire aux attentes des acheteurs publics par l'introduction d'un dispositif souple et réactif dans l'environnement balisé et souvent jugé rigide de la commande publique.

¹⁴³ Jean-Marc BINOT, « *Code 2006 : un texte à la fois familier et innovant* », Achatpublic.com, 16 mai 2006, 1 page.

¹⁴⁴ Bénédicte RALLU, « *Les accords-cadres, un outil flou selon les acheteurs* », Achatpublic.com, 28 juillet 2006, 1 page.

A cette volonté d'accorder plus de souplesse et de réactivité dans les procédures mises à disposition des acheteurs publics, les accords-cadres répondent par l'introduction d'un dispositif fractionné en deux temps.

Ainsi, le dispositif des accords-cadres présente différents éléments de souplesse concernant le contenu même de ces accords.

En effet, le principal atout de cet outil réside dans la possibilité offerte au pouvoir adjudicateur d'établir un cahier des charges non exhaustif au stade de la conclusion de l'accord-cadre. La phase de mise en place du système permet donc de poser les bases essentielles du contenu des marchés publics à venir, tout en laissant au pouvoir adjudicateur différentes possibilités d'adaptation du contenu des commandes aux circonstances de l'achat envisagé avant la conclusion de chaque marché passé sur le fondement de cet accord.

Bien que celle-ci soit encadrée, la possibilité de faire évoluer l'objet de l'accord-cadre lors de la seconde phase de conclusion des marchés publics confère indubitablement une réelle souplesse au profit du pouvoir adjudicateur. Cette caractéristique du dispositif des accords-cadres permet donc de répondre en grande partie aux attentes des acheteurs publics en la matière.

La procédure de mise en œuvre des accords-cadres, quant à elle, conduit à un constat plus nuancé en termes de souplesse et de réactivité.

Certes, la dissociation des phases de présélection des opérateurs économiques et de passation des commandes permet au pouvoir adjudicateur de se conformer, dès la conclusion de l'accord, à différentes contraintes procédurales qu'il ne sera pas dans l'obligation de renouveler avant la conclusion de chaque marché public. A cet égard, la conclusion d'un accord-cadre présente une flexibilité et une réactivité incontestable par comparaison avec la conclusion d'un marché simple.

Pour autant, la seconde phase de passation des commandes donne lieu à la conclusion de marchés publics au sens strict, induisant l'accomplissement de différentes démarches procédurales pouvant se révéler particulièrement longues et contraignantes.

La souplesse accordée au pouvoir adjudicateur dans la détermination des éléments contenus dans l'accord-cadre est ainsi contrebalancée par une certaine rigidité procédurale.

Sur ce point, il convient néanmoins de nuancer le propos. En effet, les étapes procédurales imposées par les textes diffèrent en fonction du montant des commandes en jeu mais également de la nature du pouvoir adjudicateur. Ainsi, si ces obligations présentent un caractère relativement contraignant pour les administrations décentralisées, l'État et les administrations déconcentrées bénéficient d'une plus grande souplesse et réactivité de la procédure. Les accords-cadres présentent donc un intérêt particulier pour ce type de pouvoir adjudicateur.

Quoiqu'il en soit, les accords-cadres n'apparaissent pas comme un outil complètement alternatif à d'autres dispositifs permettant des achats échelonnés dans le temps, au premier rang desquels les marchés à bons de commande.

Par ailleurs, le Code des marchés publics et sa circulaire d'accompagnement restent

imprécis sur plusieurs aspects de la mise en œuvre du dispositif, nourrissant une certaine inquiétude des acheteurs publics.

A ce titre, une remarque quelque peu philosophique de Jérôme GRAND D'ESNON à propos des marchés de définition peut trouver ici à s'appliquer : « *Il faut accepter un minimum de prise de risques. Le Code n'a pas vocation à tout prendre en compte* »¹⁴⁵.

De fait, la pratique et la jurisprudence à venir auront pour mission de préciser, au fil du temps, les contours encore vagues de certaines dispositions.

Pour autant, face à la présence de zones d'ombres, il apparaît légitime de craindre une certaine frilosité des acheteurs publics dans les premières mises en pratique des accords-cadres. Il conviendra pour les acheteurs d'apprivoiser et de s'approprier ce nouveau dispositif afin de pouvoir exploiter pleinement son potentiel.

Dans ce contexte mêlé de nouveautés et, parfois, d'incertitudes, les acheteurs publics s'interrogent également sur la nature des achats concernés par la mise en place de cet outil. L'analyse du dispositif des accords-cadres et la comparaison qui peut intervenir avec d'autres instruments ouverts par le Code des marchés publics permettent de situer le système de l'accord-cadre au sein de la boîte à outils des acheteurs publics. L'intérêt d'un recours à ce type de dispositif devra s'apprécier au regard de la nature des prestations susceptibles d'être commandées, de la structure et de la dynamique du secteur concurrentiel concerné par les commandes éventuelles, mais aussi des contraintes en termes de délais avec lesquelles le pouvoir adjudicateur doit composer.

Vraisemblablement, les accords-cadres trouveront à s'appliquer essentiellement dans un contexte d'évolutivité de l'offre et des besoins du pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, l'accord-cadre devrait s'avérer un outil d'inspiration particulièrement intéressant pour les acheteurs publics dans la mise en place de systèmes de référencement en procédures adaptées.

En définitive, le pouvoir adjudicateur devra, d'une part, anticiper ses besoins futurs et s'efforcer de planifier et de programmer ses achats sur une période longue. Le dispositif des accords-cadres contribue de fait à une rationalisation du processus d'achat. D'autre part, une bonne connaissance du milieu concurrentiel sur lequel porte ces achats sera indispensable au pouvoir adjudicateur dans l'objectif d'une optimisation du système.

Le dispositif des accords-cadres contribue ainsi à développer, aux côtés de la dimension juridique d'application des procédures, une dimension économique et organisationnelle de l'achat public.

¹⁴⁵ Jean-Marc BINOT, « *Code 2006 : un texte à la fois familier et innovant* », Achatpublic.com, 16 mai 2006, 1 page.

Sources bibliographiques

Ouvrages

ALONSO Antoine, « *La passation des marchés publics locaux* », Les Guides juridiques de la Gazette, Éditions Le Moniteur, Avril 2004, 168 pages.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, VIRASSAMY Georges, « *Les contrats de la distribution* », Traité des contrats, sous la direction de GHESTIN Jacques, LGDJ, Éditions Montchrestien, Janvier 1999, 938 pages.

DE GERY Philippe, « *Les marchés à bons de commande* ». Éditions Le Moniteur, Quatrième édition, Septembre 2004, 119 pages.

Articles

BINOT Jean-Marc, « *Jérôme Grand d'Esnon : « L'accord-cadre est un outil intelligent qui va répondre à la critique permanente de la lenteur de la commande publique » »* »,

Achatpublic.com, 2 juillet 2005, 4 pages.

BINOT Jean-Marc, « *Code 2006 : un texte à la fois familier et innovant* », Achatpublic.com, 16 mai 2006. 1 page.

CISMARU Maria-Daniela, « *Transposition des directives : où en est-on ?* », Revue Contrats Publics, n° 49 de novembre 2005, 90 pages.

GROUPE MONITEUR, Bulletin européen du moniteur, n° 751, 23 janvier 2006, 22 pages.

PASQUIER Sarah, « *Futur code des marchés publics : bienvenue aux accords-cadres* », Marchéspublics.net, 8 juillet 2005. 2 pages.

RALLU Bénédicte, « *Les accords-cadres, un outil flou selon les acheteurs* », Achatpublic.com, 28 juillet 2006, 1 page.

Sources juridiques

Textes juridiques

Textes communautaires

Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 24 juillet 1992, page 1.

Directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 9 août 1993, page 1.

Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 9 août 1993, page 54.

Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, publiée au Journal Officiel des Communautés Européennes du 9 août 1993, page 84.

Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne du 30 avril 2004, page 1.

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne du 30 avril 2004, page 114.

Textes législatifs

Ordonnance n° 2005-645 du 6 juin 2005 relative aux procédures de passation des marchés publics des collectivités territoriales, publiée au Journal Officiel de la République Française du 7 juin 2005, page 9 999.

Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, Journal Officiel de la République Française du 7 juin 2005, page 10 014.

Textes réglementaires

Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 portant préparation et passation des marchés – Cahiers des charges – travaux sur mémoires et achats sur factures – Dispositions diverses, publié au Journal Officiel « Lois et Décrets » du 16 mars 1956, page 2 562, pour les marchés de l'État.

Décret n° 62-473 du 13 avril 1962 portant modification des articles 5, 10, 26, 27, 31, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 50, 51, 62, 77, 95 du décret 60724 du 25 juillet 1960 (Marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux), publié au Journal Officiel « Lois et Décrets » du 18 avril 1962, page 4 018, pour les marchés des collectivités locales.

Décret n° 83-1013 du 24 novembre 1983 modifiant le code des marchés publics pour adapter ses dispositions aux termes de la loi 82213 du 02-03-1982 sur la décentralisation, publié au Journal Officiel « Lois et Décrets » du 30 novembre 1983, page 3 446, pour les marchés des collectivités locales.

Décret n° 92-1025 du 17 septembre 1992 relatif aux marchés fractionnés et modifiant le code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 25 septembre 1992.

Décret n° 93-733 du 27 mars 1993 relatif à la transparence des procédures dans les marchés publics et modifiant le code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 30 mars 1993.

Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 8 mars 2001, page 37 003.

Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics et abrogeant le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, publié au Journal Officiel de la République Française du 8 janvier 2004, page 37 003.

Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 22 octobre 2005, page 16 752.

Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés

passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés publics passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 31 décembre 2005, page 20 782.
Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, publié au Journal Officiel de la République Française du 4 août 2006, page 11 627.
Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, publiée au Journal Officiel de la République Française du 4 août 2006, page 11 665.

Codes

Code général des collectivités territoriales
Code de justice administrative
Code des marchés publics

Jurisprudence

Jurisprudence communautaire

CJCE, 28 octobre 1999, Alcatel Austria, affaire C-81/98.
CJCE, 5 octobre 2000, Commission c/ France, affaire C-337/98.
CJCE, 24 novembre 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl et Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia et Commune di Venezia, affaire C-331/04.

Jurisprudence commerciale

Cour de cassation, chambre commerciale, 14 mai 1991, n° 89-18 093.

Jurisprudence administrative

CE, 22 avril 1983, Auffret et Dumoulin, requête n° 21509, publié au Recueil Lebon.
CE, 13 octobre 2004, Commune de Montélimar, requête n° 254 007, publié au Recueil Lebon.
CE, 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, requête n° 278732, publié au Recueil Lebon.
CE, 10 mai 2006, Département de Meurthe et Moselle, requête n° 288435, publié au Recueil Lebon.
CAA Paris, 11 décembre 1999, SA Imprimerie Chambord, publié au Recueil Lebon.

CAA de Versailles, 6 décembre 2005, Association PACTE, requête n° 03VE04081, publié au Recueil Lebon.

TA Versailles, 24 mars 1994, Préfet de l'Essonne c/ Président du conseil général de l'Essonne, publié au Recueil Lebon.

Sources orales

Interventions colloques et conférences

DEBIEVE Christian, Consultant, « *Différencier accords-cadres et marchés à bons de commandes : objet du marché, procédure, avantages comparés* », Conférence « Accords-cadres : Appropriiez-vous l'innovation majeure du Code 2006 », 21-22 juin 2006.

KRAMARZ Pierre, Consultant, « *Comment assurer la sécurité juridique de l'accord-cadre malgré l'absence de certaines stipulations contractuelles* », Conférence « Accords-cadres : Appropriiez-vous l'innovation majeure du Code 2006 », 21-22 juin 2006.

MENEMENIS Alain, Conseiller d'État et rapporteur du Code des marchés publics 2006, « *Le contexte réglementaire des Accords-cadres : une innovation introduites par les Directives Européennes de 2004* », Conférence « Accords-cadres : Appropriiez-vous l'innovation majeure du Code 2006 », 21-22 juin 2006.

ROMAN-SEQUENSE Brigitte, Directeur des marchés publics au Conseil général du Var, « *La structure de l'achat : les accords-cadres, les marchés à bons de commandes, les groupements d'achats* », Intervention au Colloque de Poitiers, 5 avril 2006.

SCHMIDT Philippe, Avocat au barreau de Lyon, Cabinet Deporcq-Schmidt-Vergnon, Intervention lors du Colloque organisé par l'IEP de Lyon en partenariat avec le Groupe Moniteur, 20 janvier 2006.

SCHMIDT Philippe et THIERRY Laure, Avocats au barreau de Lyon, Cabinet Deporcq-Schmidt-Vergnon, « *Comment prévenir tout risque de litiges avec vos fournisseurs dans l'accord-cadre* », Conférence « Accords-cadres : Appropriiez-vous l'innovation majeure du Code 2006 », 21-22 juin 2006.

TRINH Florence, Directeur des marchés publics, Conseil régional de Bourgogne, « *Retour d'expérience : pourquoi adopter les Accords-cadres au sein de votre collectivité* », Conférence « Accords-cadres : Appropriiez-vous l'innovation majeure du Code 2006 », 21-22 juin 2006.

Entretiens

BOGNER Stéphanie, Directrice de la commande publique, Mairie de Villeurbanne.
CANOVA Claudia, Responsable du Service Informations-Stratégies-Prospectives,
Mairie de Lyon.
GENEVOIS Laure, Acheteuse, Mairie de Lyon.

Liens Internet

<http://www.legifrance.gouv.fr>
[http:// www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)
[http:// www.marchéspublics.net](http://www.marchéspublics.net)
[http:// www.achatpublic.com](http://www.achatpublic.com)
[http:// www.lexisnexis.fr](http://www.lexisnexis.fr)
[http:// www.minefi.gouv.fr](http://www.minefi.gouv.fr)
[http:// www.lamyline.com](http://www.lamyline.com)
[http:// www.lemoniteur-expert.com](http://www.lemoniteur-expert.com)
[http:// www.localjuris.com](http://www.localjuris.com)
<http://europa.eu.int>
[http:// simap.eu.int](http://simap.eu.int) .

Annexes

Annexe n° 1 : Article 76 du Code des marchés publics relatif aux accords-cadres

Annexe n° 2 : Calendrier de mise en œuvre d'un accord-cadre

Annexe n° 3 : Articles 77 et 78 du Code des marchés publics relatifs aux marchés à bons de commande et au système d'acquisition dynamique

Annexe n° 4 : Tableau comparatif : Accord-cadre / Marché à bons de commande / Système d'acquisition dynamique

Annexe n° 5 : Présentation graphique des principales caractéristiques identifiées au sein des Accords-cadres / Marchés à bons de commande / Système d'acquisition dynamique

Pour ces documents, consulter la version papier au Centre de Documentation Contemporaine l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon