

Accords-cadres et procédures adaptées : mode d'emploi

Les accords-cadres sont qualifiés de technique d'achat mais ils n'en demeurent pas moins des contrats dont la conclusion est soumise au respect des procédures de passation définies par le Code de la commande publique. Dès lors, il apparaît intéressant d'analyser les spécificités relatives aux conditions de recours et de mise en œuvre d'une procédure adaptée pour la conclusion de cette technique d'achat particulière que constitue l'accord-cadre.

Sous l'empire du Code des marchés publics et de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et de son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016, les accords-cadres constituaient une sous-catégorie particulière de marché public s'exécutant par l'émission de bons de commande ou la conclusion de marchés subséquents. L'adoption du Code de la commande publique n'a pas modifié les modalités de leur exécution. En revanche, le code a modifié leur qualification afin de se conformer à celle retenue par le droit européen⁽¹⁾. Ainsi, aux termes du 1° de l'article L. 2125-1 du Code de la commande publique, l'accord-cadre est désormais une « technique d'achat »⁽²⁾, au même titre que le concours ou le système d'acquisition dynamique⁽³⁾, qui « permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée ».

Toutefois, notwithstanding la circonstance que les accords-cadres ne constituent plus, *stricto sensu*, des marchés publics mais une technique d'achat, ils n'en constituent pas moins des contrats sur le fondement desquels sont attribués de tels marchés. Dès lors, leur conclusion s'effectue, selon la lettre de l'article L. 2125-1 du code précité, « dans le respect des règles applicables aux procédures définies » au titre II du livre 1^{er} de la 2^e partie dudit code. Le Code de la commande publique se veut, ici

Auteur

Laurent Bonnard
Avocat au barreau de Paris
Cabinet Seban et Associés

(1) Article 33 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE définissant la notion d'accord-cadre s'insère dans le chapitre II du Titre II de la directive précitée qui s'intitule « Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés ».

(2) CCP, art. L. 2125-1.

(3) *Ibid.*

encore, une exacte transposition de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après, la « Directive marchés publics ») dont l'article 33 prévoit que « les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres pour autant qu'ils appliquent les procédures prévues par la présente directive ».

La passation des accords-cadres s'opère donc en suivant les procédures prévues pour les marchés publics, lesquelles sont énumérées par l'article L. 2120-1 du Code de la commande publique, soit selon une procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables, selon une procédure formalisée ou encore selon une procédure adaptée⁽⁴⁾.

Au regard de la particularité des accords-cadres par rapport aux marchés publics, il apparaît nécessaire d'exposer la spécificité de la passation des accords-cadres selon une procédure adaptée et d'analyser les conditions d'exécution des accords-cadres conclus au terme d'une telle procédure.

La passation des accords-cadres selon une procédure adaptée

La passation des accords-cadres selon une procédure adaptée impose d'analyser les conditions de recours à une procédure adaptée pour la conclusion d'un accord-cadre et de détailler les modalités d'organisation de la procédure adaptée pour la conclusion d'un accord-cadre.

Les conditions de recours à une procédure adaptée pour la conclusion d'un accord-cadre

Dans ses versions antérieures à celle de 2006, le Code des marchés publics attribuait un caractère dérogatoire aux marchés à bons de commande, qu'il réservait aux hypothèses où, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne pouvaient être entièrement arrêtés dans le marché⁽⁵⁾. Depuis l'édiction du Code des marchés publics de 2006, les acheteurs peuvent librement recourir à la formule de l'accord-cadre sans avoir à faire état de conditions particulières. L'article R. 2162-1 du Code de la commande publique rappelle toutefois la limite fixée par le considérant 61 de la Directive marchés publics qui indique que les « acheteurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence ».

En conséquence, les conditions de recours à une procédure adaptée pour la conclusion d'un accord-cadre

se limitent aux conditions relatives à la seule procédure adaptée. Toutefois, il est nécessaire d'analyser dans quelles mesures l'appréciation de ces conditions doit être adaptée à la spécificité des accords-cadres.

Il résulte de l'article L. 2123-1 du Code de la commande publique que les acheteurs peuvent recourir à une procédure adaptée soit en raison de l'objet du marché soit en raison du montant de l'accord-cadre ou de certains de ces lots.

En premier lieu, quel que soit leur montant, les accords-cadres ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure à l'annexe 3 du Code de la commande publique, peuvent être passés selon une procédure adaptée. La spécificité des accords-cadres n'emporte aucune conséquence particulière quant à l'application de cette condition.

En second lieu, les acheteurs peuvent recourir à une procédure adaptée lorsque la valeur estimée hors taxe de leur besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans l'avis figurant à l'annexe 2 du Code de la commande publique.

Cette condition prohibait, antérieurement à l'adoption du décret n° 2021-1111 du 23 août 2021 *modifiant les dispositions du Code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité*, le recours à la procédure adaptée pour les accords-cadres sans maximum dès lors que l'ancien alinéa de l'article R. 2121-8 du Code de la commande publique disposait que lorsque « l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée ».

Cependant cette problématique n'est plus susceptible de se poser dès lors que le décret précité, tirant toutes les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 juin 2021⁽⁶⁾ au terme duquel la Cour impose d'indiquer dans l'avis de marché une quantité ou une valeur maximale des produits à fournir sur le fondement d'un accord-cadre, a mis un terme à la pratique des accords-cadres sans maximum.

Il n'en demeure pas moins que l'acheteur qui entend recourir à une procédure adaptée pour conclure un accord-cadre doit veiller à ce que le montant maximal de l'accord-cadre soit inférieur aux seuils européens mentionnés dans l'avis figurant à l'annexe 2 du Code de la commande publique. Afin de calculer la valeur de l'accord-cadre, il devra se référer à l'article R. 2121-8 du Code de la commande publique qui dispose qu'en matière d'accord-cadre « la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre ».

Enfin, le 3° de l'article L. 2123-1 du Code de la commande publique permet d'assurer la passation des lots

(4) P. Labayle-Pabet, Fasc. 65-15, « Accords-cadres », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, 17 juin 2021, § 17.

(5) Art. 72 du Code des marchés publics de 2001 et art. 71 du Code des marchés publics de 2004.

(6) CJUE 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S*, aff. C-23/20.

d'un accord-cadre alloti selon une procédure adaptée alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée. La spécificité des accords-cadres n'emportant pas de conséquence particulière en la matière, il incombera donc uniquement à l'acheteur de s'assurer que les lots en cause répondent aux conditions fixées par l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique.

Les modalités d'organisation de la procédure adaptée pour la conclusion d'un accord-cadre

L'article L. 2123-1 du Code de la commande publique prévoit que la procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique. Ainsi, dès lors que les conditions de recours à la procédure adaptée sont réunies, l'acheteur bénéficie de toute la souplesse que permet cette procédure pour assurer la passation de l'accord-cadre.

Ne sera pas abordée ici en détail la problématique de la définition des mesures de publicité adaptées à mettre en œuvre par l'acheteur dès lors que cette dernière ne présente pas de spécificité particulière en matière d'accord-cadre.

Il convient en revanche d'insister sur la nécessité de rédiger avec attention les documents de la consultation et les documents contractuels. En effet, si la rédaction d'un cahier des charges n'est pas obligatoire dans le cadre d'une procédure adaptée^[7], la spécificité de l'accord-cadre impose, à notre sens, des exigences plus importantes que pour les marchés publics et un acheteur pourra difficilement faire l'économie de la rédaction d'un cahier des charges, notamment lorsque l'accord-cadre est multi-attributaire.

Ainsi qu'il a été exposé, l'accord-cadre constitue une technique d'achat, et non un marché public, par lequel l'acheteur public s'engage à passer des marchés auprès du ou des titulaires de l'accord. L'accord-cadre impose donc une mise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre multi-attributaire et il est par conséquent indispensable que l'accord-cadre comporte un certain nombre d'informations sur les engagements des parties et les conditions de passation des marchés subséquents. Le 4° de l'article R. 2162-10 du Code de la commande publique prévoit à cet égard que lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le « marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'accord-cadre ». Et, la DAJ souligne que « ces critères d'attribution des marchés subséquents ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux appliqués pour la conclusion de

l'accord-cadre »^[8]. Aussi, apparaît-il quasiment obligatoire de rédiger un cahier des charges, nonobstant son caractère facultatif en procédure adaptée, afin d'exposer les critères d'attribution au titre desquels seront attribués les marchés subséquents.

En outre, cette recommandation nous semble devoir être étendue aux accords-cadres mono attributaire emportant l'attribution de marchés subséquents puisque le Conseil d'État a jugé qu'« il appartient au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats sur les conditions d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre mono-attributaire dès l'engagement de la procédure d'attribution de cet accord-cadre, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats »^[9]. La spécificité de l'accord-cadre et l'obligation d'informer les candidats sur les conditions d'attribution des marchés subséquents justifie la rédaction d'un cahier des charges même si la définition de ces conditions dans l'avis d'appel public à la concurrence pourrait se révéler suffisante.

Et, la circonstance que les accords-cadres s'exécutent par l'émission de bons de commande ne justifie pas davantage de faire l'économie d'un cahier des charges détaillant cette fois les modalités d'émission des bons de commande. Dans cette dernière hypothèse, l'article R. 2162-14 du Code de la commande publique prévoit que « l'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre » ce qui implique forcément que l'accord-cadre définisse ces modalités, et le cahier des charges constitue le document à privilégier pour se faire.

Ainsi, la nécessité de prévoir dans les accords-cadres, les conditions d'attribution des marchés subséquents ou les modalités d'émission des bons de commande doit, à notre sens, conduire l'acheteur à rédiger un cahier des charges dans lequel il détaillera ces éléments. Autrement dit, la souplesse offerte par la procédure adaptée trouve ici une limite relative à la logique des accords-cadres qui est de définir un cadre sur le fondement duquel sont octroyés des marchés. Et, les acheteurs auront tout intérêt à ne pas se contenter d'une rédaction relativement sommaire de l'accord-cadre au motif qu'il a été passé au titre d'une procédure adaptée.

Les conditions d'exécution des accords-cadres conclus au terme d'une procédure adaptée

Le recours à une procédure adaptée pour la passation des accords-cadres influe également sur leurs conditions d'exécution et tout particulièrement sur la

[7] DAJ, Fiche technique : Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant, 1^{er} avril 2019, § 2.

[8] DAJ, Fiche technique : Les accords-cadres, 1^{er} avril 2019, § 2.1.2.

[9] CE 6 novembre 2020, Métropole européenne de Lille, req. n° 437718.

passation des marchés subséquents d'un accord-cadre conclu au terme d'une procédure adaptée. En outre, il convient de tirer toutes les conséquences de la limitation du montant des accords-cadres conclus au terme d'une procédure adaptée en raison de leur montant.

La passation des marchés subséquents des accords-cadres conclus au terme d'une procédure adaptée

La passation des marchés subséquents d'un accord-cadre conclu au terme d'une procédure adaptée est impactée à deux égards par le choix de cette procédure.

Tout d'abord, il résulte des R. 2151-8 à R. 2151-11 du Code de la commande publique que les candidats pourront, sauf si l'acheteur s'est expressément opposé à cette faculté, présenter des variantes dans l'offre proposée au titre des marchés subséquents.

Ensuite, le recours à une procédure adaptée pour la conclusion d'un accord-cadre emporte une influence directe sur son exécution puisqu'elle permettra à l'acheteur de prévoir une négociation au stade de l'attribution des marchés subséquents si une telle faculté était prévue lors de la passation de l'accord-cadre de la procédure adaptée. En effet, à l'occasion d'une réponse ministérielle^[10], le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie avait indiqué qu'il peut y avoir une phase de négociation avec les titulaires d'un accord-cadre qui participent à la remise en concurrence dès lors que l'accord-cadre a été conclu selon une procédure ne permettant pas la négociation. La Direction des affaires juridiques [ci-après, la « DAJ »] du ministère de l'Économie s'inscrit dans cette interprétation puisqu'elle indique, dans sa fiche technique sur les accords-cadres, que la négociation directe avec les co-titulaires d'un accord-cadre est possible si cet accord a été passé selon une procédure adaptée dans laquelle la négociation était prévue^[11].

Il est intéressant de relever que, selon l'interprétation de la DAJ, il n'est pas nécessaire qu'une négociation ait été effectivement entreprise au stade de la procédure de passation de l'accord-cadre, il suffit que cette négociation fût prévue pour permettre la négociation des marchés subséquents. Il s'en déduit qu'il suffit en principe à l'acheteur de se réserver le droit de négocier l'accord-cadre au stade de la procédure adaptée pour pouvoir négocier les marchés subséquents alors, d'une part, qu'aucune négociation ne serait effectivement intervenue et, d'autre part, que l'accord-cadre serait silencieux sur la faculté d'engager des négociations pour l'attribution des marchés subséquents. Cependant, dans un souci de parfaite sécurité juridique, il nous semble que l'accord-cadre devrait utilement mentionner la faculté que se réserve l'acheteur de négocier les marchés

subséquents. En revanche, dès lors que l'acheteur n'aurait pas prévu une négociation durant la procédure adaptée portant sur la conclusion de l'accord-cadre, il ne pourra pas, à notre sens, prévoir une négociation des marchés subséquents.

Les conséquences des accords-cadres avec maximum conclus au terme d'une procédure adaptée en raison de leur montant

Ainsi qu'il a été exposé, à l'exception des accords-cadres ayant pour objet des prestations de services sociaux et autres services spécifiques, le recours à une procédure adaptée en raison du montant de l'accord-cadre suppose nécessairement que ce dernier ait été conclu avec un maximum et que ce maximum soit inférieur aux seuils européens mentionnés dans l'avis figurant à l'annexe 2 du Code de la commande publique.

Or, le montant maximum constitue la limite supérieure des obligations contractuelles des parties et l'atteinte de ce montant emporte l'échéance de l'accord-cadre ainsi que l'a expressément jugé la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt où elle relevait qu'« aux termes de l'article 32, paragraphe 3, de la directive 2004/18, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre doivent être attribués dans les limites des termes fixés par celui-ci. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre ne saurait s'engager, pour son propre compte et pour celui des pouvoirs adjudicateurs potentiels qui sont clairement désignés dans cet accord, que dans la limite d'un certain volume et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord aura épuisé ses effets »^[12].

Les juridictions nationales s'étaient déjà prononcées dans un sens similaire. Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris avait jugé qu'en cas de commande émise postérieurement à l'atteinte du montant maximum contractuellement fixé par un marché à bons de commande, son titulaire ne pouvait prétendre en obtenir le paiement sur un fondement contractuel, reconnaissant implicitement que l'atteinte du maximum emportait l'échéance du marché^[13].

La souplesse offerte par la procédure adaptée trouve donc une contrepartie dans la nécessaire limite, hors accords-cadres portant sur des services sociaux et autres services spécifiques, du montant de ces accords-cadres et donc de leur durée de validité. Ce dilemme est toutefois moins prégnant qu'antérieurement à l'adoption du décret n° 2021-1111 du 23 août 2021 *modifiant les dispositions du Code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité* puisque ce dernier met un terme, à compter du 1^{er} janvier 2022, à la possibilité de conclure des

[10] Rép. min. n° 25591, *JO Sénat*, 1^{er} mars 2007, p. 459.

[11] DAJ, Fiche technique : Les accords-cadres, 1^{er} avril 2019, § 2.1.2.1.

[12] CJUE 19 décembre 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, aff. C-216/17.

[13] CAA Paris 3 mars 2014, EURL Appligos, req. n° 11PA03721.

accords-cadres sans maximum. Ainsi, les acheteurs seront en tout état de cause confrontés à l'obligation de respecter le maximum défini par l'accord-cadre y compris lorsqu'ils ne recourent pas à une procédure adaptée.

Les acheteurs ne sont toutefois pas dénués de toute marge de manœuvre puisqu'ils pourront toujours recourir à la passation d'avenants pour modifier le montant des accords-cadres sous réserve, d'une part, de s'inscrire dans l'une des conditions prévues par l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique et, d'autre part, de ne pas excéder les seuils européens permettant le recours à la procédure adaptée.

En conclusion, la procédure adaptée conserve l'essentiel de ces caractéristiques y compris lorsqu'elle porte

sur la passation des accords-cadres. L'un de ces principaux avantages étant de permettre à l'acheteur de recourir à la négociation lors de la passation des marchés subséquents sous réserve qu'il se soit été réservé cette faculté dans le cadre de la passation de l'accord-cadre. Cependant, la particularité des accords-cadres emporte des conséquences sur la conduite de la procédure adaptée laquelle se révèle à cet égard, moins souple que pour les marchés publics. L'acheteur devra notamment veiller à la nécessité de déterminer dans l'accord-cadre les conditions de passation des marchés subséquents ou l'émission des bons de commande et à détailler ces conditions dans un cahier des charges nonobstant son absence de caractère obligation. Cette obligation se posant avec d'autant plus d'acuité lorsque l'accord-cadre est multi-attributaire.