

# Préparer et passer un accord-cadre à marchés subséquents relatif à la fourniture d'électricité et de gaz

Face à l'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et de gaz et au vu des contraintes propres à l'achat de ces matières et à la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs français ont développé une pratique répandue consistant, d'une part, à recourir à l'accord-cadre à marchés subséquents multi-attributaire et, d'autre part, à mutualiser fréquemment leurs achats essentiellement en constituant des groupements de commandes. Ces pratiques ont toutefois été récemment perturbées par une évolution des règles textuelles et jurisprudentielles encadrant la passation des accords-cadres et par la crise du prix de l'électricité et du gaz, ce qui implique pour les acheteurs de s'adapter pour faire face à ces nouvelles contraintes.

Si les pouvoirs adjudicateurs français ont longtemps pu conclure leurs contrats portant sur l'achat d'électricité et de gaz en dehors des règles de la commande publique du fait de l'existence des tarifs réglementés, ils ont dû revoir leurs pratiques il y a maintenant presque vingt ans, cela du fait de l'ouverture à la concurrence des marchés de l'électricité et du gaz issue des directives 2003/55/CE et 2003/54/CE du 26 juin 2003.

Cette ouverture à la concurrence a en effet conduit, en France, à une disparition progressive des tarifs réglementés d'électricité et de gaz et à une application des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Toutefois, cela a présenté des difficultés, notamment à cause du caractère non stockable de l'électricité et du gaz et de la forte volatilité de leur prix, contraintes peu compatibles avec les règles applicables aux marchés publics.

Face à cette situation, le gouvernement a rapidement édicté des règles spécifiques aux contrats d'achat d'électricité et de gaz dans le Code des marchés publics.

En effet, dans sa version issue du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, le Code des marchés publics contenait un article 81 dédié aux « marchés conclus pour l'acquisition d'énergies non stockables ». Brièvement, rappelons que cet article prévoyait deux types de contrats, le marché à bons de commande et le marché non fractionné et, surtout, que les acheteurs étaient en droit de se limiter à une définition des modalités de la détermination du « prix unitaire des fournitures » et de fixer la quantité précise de l'énergie fournie uniquement « à l'issue de la durée de validité du marché ».

À l'occasion de la transposition de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, les rédacteurs du décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006 ont repris ces règles au point VIII de l'article 76 du Code des marchés publics tout en les

## Auteurs

**Yvonnick Le Fustec**  
Avocat à la Cour

**Thomas Rouveyran**  
Avocat à la Cour  
SCP Seban et Associés

adaptant à l'introduction des accords-cadres à marchés subséquents.

Les acheteurs et la doctrine<sup>(1)</sup> se sont alors emparés de ce cadre réglementaire et la pratique a essentiellement eu recours à l'accord-cadre à marchés subséquents multi-attributaires.

En effet, la procédure a consisté à sélectionner, au stade de l'accord-cadre, un nombre limité d'opérateurs économiques, après analyse des offres et sur la base de critères liés uniquement à la valeur technique, afin de consulter ensuite les seuls titulaires de l'accord-cadre pour l'attribution des marchés subséquents, cette fois sur la base soit d'un seul critère lié au prix, soit sur la base de ce critère et d'un critère valeur technique pour lequel était reprise la note obtenue au stade de la passation de l'accord-cadre. Et ce, dans le but de demander aux fournisseurs de s'engager sur une durée de validité de leur offre de quelques heures seulement pour tenir compte de la volatilité des prix et obtenir les meilleurs prix.

Cette pratique a même été recommandée par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des finances (DAJ) dans son *Guide sur l'achat public d'énergie*<sup>(2)</sup>.

En sus du recours à l'accord-cadre à marchés subséquents multi-attributaire, les acheteurs ont en outre fortement développé la mutualisation des achats d'énergie, essentiellement en constituant des groupements de commandes, cela dans le but de parvenir à une massification des besoins et des gains financiers et, surtout, de rendre l'achat d'électricité et de gaz plus efficace par la voie de l'intervention d'un seul acheteur, disposant de toutes les compétences et expertises nécessaires.

Si le recours à l'accord-cadre à marchés subséquents a pu être perçue comme étant balisée, de récents événements ont perturbé cette pratique.

En effet, la transposition de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 a donné lieu à une suppression des règles spécifiques précitées. Surtout, la jurisprudence tant nationale qu'europeenne a dégagé de nouvelles règles applicables aux accords-cadres qui ont aujourd'hui un impact sur l'achat d'électricité et de gaz.

Et, cette pratique est en outre aujourd'hui très fortement perturbée par la crise du prix de ces énergies, elle-même lourdement accentuée par les conséquences de la guerre en Ukraine.

Dans ces conditions, les acheteurs doivent s'adapter et il peut être utile de rappeler certaines étapes indispensables à la préparation et la passation des

accords-cadres à marchés subséquents multi-attributaires d'électricité et de gaz et de présenter, à cette occasion, les conseils et recommandations qui peuvent être aujourd'hui formulés.

Une précision importante : rappelons que les acheteurs d'électricité ou de gaz peuvent soit conclure deux contrats, un avec le gestionnaire du réseau auquel ses sites sont raccordés et un autre avec le fournisseur de leur choix, soit un contrat unique comprenant la fourniture et l'acheminement de l'électricité ou du gaz et que l'ensemble des développements suivants concerneront les accords-cadres à marchés subséquents correspondant à ce second cas, lequel est le plus répandu.

### Définition des besoins : une étape préalable indispensable pour l'achat d'électricité et de gaz

Au-delà d'être une obligation applicable à tout contrat de la commande publique, la définition des besoins, laquelle consiste notamment pour l'achat d'électricité et de gaz à recueillir, auprès du fournisseur historique ou du gestionnaire du réseau de distribution, les données de consommation de chaque point de livraison<sup>(3)</sup>, est une étape indispensable.

Tel est le cas, tout d'abord, au regard des obligations de fixer un montant estimatif et maximum de l'accord-cadre<sup>(4)</sup>.

Ensuite, cela permet aux fournisseurs de disposer d'informations fiables et, partant, de construire une offre pertinente vis-à-vis des fournisseurs.

Cela permet aussi aux acheteurs de préciser leurs besoins en électricité et gaz provenant de sources d'énergies renouvelables, étant ici rappelé qu'en vertu de l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique, la définition des besoins doit prendre en compte « des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale », et que les acheteurs seront bientôt soumis, de par la loi la loi du 22 août 2021<sup>(5)</sup> et le décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, à des obligations plus importantes en la matière.

Enfin, et pour l'achat d'électricité, le recensement des besoins est indispensable puisqu'il permet de définir si un allotissement est nécessaire et, dans l'affirmative, la définition de chaque lot, laquelle peut être faite en fonction des profils de consommation ou encore, par exemple dans un groupement de commandes, d'une répartition géographique.

(1) T. Rouveyran et C. Fontaine, « L'achat d'électricité par les collectivités publiques », *Contrats Publics - Le Moniteur*, n° 109, avril 2011.

(2) Ce Guide est toujours disponible via le lien suivant : [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/gem/equipement-durable-bat/achat-public-energie.pdf?v=1580282574](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/gem/equipement-durable-bat/achat-public-energie.pdf?v=1580282574).

(3) Il s'agit du point physique convenu entre le consommateur et le gestionnaire du réseau public de distribution auquel le site est raccordé pour le soutirage de l'énergie.

(4) Cf. *infra*.

(5) Il s'agit précisément de la loi n° 2021-1104 loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets a renforcé.

## Conseils et recommandations relatifs à la passation d'un accord-cadre ayant pour objet la fourniture d'électricité et de gaz

Seront présentés, ci-après, les aspects sur lesquels un acheteur doit faire preuve de vigilance lors de la passation d'un accord-cadre à marchés subséquents pour l'achat d'électricité et de gaz.

### L'utilisation de l'appel d'offres ouvert

Bien que qualifié de technique d'achat et non de marché public, un accord-cadre doit être conclu selon une des procédures de passation applicables aux marchés publics.

Et lorsque le montant estimatif de l'accord-cadre est supérieur aux seuils européens, seul l'appel d'offres est valable puisque l'achat de ces matières est qualifiable d'achat standardisé.

En outre, il doit être préconisé le recours à l'appel d'offres ouvert au vu du faible nombre de fournisseurs.

### La mention impérative du montant estimatif et du montant maximum

On l'a dit précédemment, le recensement des données de consommation est indispensable puisqu'il permet de satisfaire aux obligations applicables aux accords-cadres.

D'une part, la jurisprudence a rendu obligatoire la mention du montant estimatif de l'accord-cadre au moins dans l'avis de marché<sup>(6)</sup>.

En pratique, l'acheteur peut valablement faire mention du montant correspondant à la moyenne du prix de la fourniture d'électricité et/ou de gaz sur les dernières années.

D'autre part, il est une obligation, récente et retentissante, tenant à la fixation d'un montant maximum de l'accord-cadre.

En effet, par sa décision *Simonsen & Weel A/S* du 17 juin 2021<sup>(7)</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « CJUE ») a jugé qu'« il ne saurait être admis [qu'un acheteur] s'abstienne d'indiquer, dans l'avis de marché, une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre ».

(6) CE 24 octobre 2008, Communauté d'agglomération de l'Artois, req. n° 313600 ; CAA Marseille 28 novembre 2012, Côte d'Azur Habitat, req. n° 10MA01411 ; CE 12 juin 2019, Société Prezioso Linjebbygg, req. n° 427397.

(7) CJUE 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S c/ Region Nordjylland* et *Region Syddanmark*, aff. C-23/20.

Cette obligation a été rapidement prise en compte par certaines juridictions et elle est imposée, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2022, par l'article R. 2162-4 du Code de la commande publique.

En pratique, et car l'atteinte du montant maximum a pour effet de mettre un terme à l'accord-cadre, on recommandera pour l'achat d'électricité et de gaz de fixer un maximum en quantité, lequel correspondra à un volume maximum de consommation supérieur au volume estimatif de consommation. En effet, fixer un montant maximum en valeur pour ces matières est particulièrement difficile au vu de la forte volatilité de leur prix ; il sera donc déconseillé.

### L'utilisation obligatoire d'un critère lié au prix

Face à la forte contrainte de la volatilité des prix de l'énergie, lesquels peuvent évoluer d'heure en heure, les acheteurs ont recouru à l'accord-cadre à marchés subséquents multi-attributaire pour fixer des prix dans de très courts délais au stade des marchés subséquents et, ainsi, juger les offres sur le critère prix uniquement à ce stade.

La DAJ avait même fortement recommandé cette méthode dans son *Guide sur l'achat public d'énergie*.

Toutefois, alors que l'article 53 du Code des marchés publics n'imposait pas l'utilisation d'un critère prix en cas de pluralité de critères, l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique impose désormais ce critère et la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé qu'il devait trouver à s'appliquer dès la passation de tout accord-cadre et pas seulement lors de la passation des marchés subséquents<sup>(8)</sup>.

Certes, cette solution peut être discutée car, d'une part, rien n'oblige un acheteur à fixer, au stade de l'accord-cadre, les stipulations financières de sorte qu'il n'est pas évident d'imposer un critère prix à ce stade et, d'autre part, car il est une réelle difficulté, pratique, à utiliser ce critère lors de la passation d'un accord-cadre à marchés subséquents portant sur la fourniture d'électricité et/ou de gaz.

Cela a incontestablement engendré une complexification de la passation de ces accords-cadres. Une nouvelle méthode doit donc être mise en œuvre pour utiliser ce critère au stade de l'accord-cadre tout en tenant compte des contraintes liées à la volatilité des prix. À cet effet, deux solutions nous paraissent envisageables, sans toutefois être idéales.

D'une part, il peut être envisagé de demander aux opérateurs de présenter des prix unitaires « plafonds » au stade de l'accord-cadre.

Toutefois, au vu de la forte volatilité des prix de l'électricité et de l'importante hausse des prix de l'énergie

(8) CAA Bordeaux 2 décembre 2021, Département de la Dordogne, req. n° 21BX01447.

actuelle, les opérateurs seraient fort probablement contraints de présenter des prix plafonds excessivement élevés. Cela reviendrait donc à analyser les offres sur la base de prix ne reflétant pas la réalité du marché. De plus, dans le cas où un opérateur n'aurait pas prévu des prix unitaires plafonds suffisamment élevés, il pourrait se retrouver à devoir déposer une offre de prix, pour l'attribution du marché subséquent, qui soit non respectueuse des prix plafonds ; ce qui devrait conduire l'acheteur à l'éliminer pour irrégularité.

D'autre part, il peut être demandé aux opérateurs de remettre une offre de prix simplement indicatifs.

Néanmoins, cela présente le risque pour l'acheteur d'analyser des prix théoriques et les opérateurs pourraient être tentés de présenter des prix particulièrement bas en sachant qu'ils ne seront pas engagés contractuellement à les maintenir lors de la passation du marché subséquent.

À défaut d'une décision de jurisprudence contraire à celle de la cour administrative de Bordeaux, tout particulièrement de la part du Conseil d'État, il pourrait être réfléchi aux adaptations de la réglementation nationale en la matière, dans le respect bien évidemment des directives européennes.

En tout état de cause, que ce soit au stade de l'accord-cadre ou du marché subséquent, on recommande vivement aux acheteurs de juger le critère prix sur la base d'un détail quantitatif estimatif (DQE).

Absent du Code de la commande publique et peu traité par la jurisprudence, le DQE est pourtant un outil indispensable pour analyser le critère prix d'un accord-cadre en appliquant les prix unitaires aux quantités estimatives.

Il n'est d'ailleurs pas exclu que son utilisation puisse devenir obligatoire pour la passation d'accords-cadres traités, en partie ou en totalité, à prix unitaires, cela au vu de la récente décision *Société Sanguinède di Frenna et associés* du Conseil d'État dans laquelle ce dernier a censuré une méthode de notation du critère prix d'un accord-cadre ayant consisté à additionner les prix unitaires des prestations de l'accord-cadre sans leur appliquer aucune pondération ni tenir compte des quantités prévisionnelles des prestations demandées<sup>[9]</sup>.

## Conseils et recommandations relatifs au contenu d'un accord-cadre portant sur l'achat d'électricité et de gaz

Seront présentées, ci-après, les clauses d'un accord-cadre à marchés subséquents pour l'achat d'électricité ou de gaz qui nécessitent une attention particulière.

### L'identification précise des pièces contractuelles

Dans un tel accord-cadre, la pratique consiste à définir, dans les pièces contractuelles de l'accord-cadre, la quasi-intégralité des conditions qui s'appliqueront pour l'exécution des marchés subséquents.

Ainsi, on recommandera vivement aux acheteurs, d'une part, de prévoir dans l'accord-cadre que les documents qui le composent soient applicables aux marchés subséquents et, d'autre part, de préciser dans le marché subséquent que ces documents sont bien applicables pour les rendre opposables au titulaire du marché subséquent.

### Les clauses relatives au prix

La détermination des modalités de fixation et de variation du prix de la fourniture d'électricité et de gaz présente une certaine complexité.

Pour prendre l'exemple de l'achat d'électricité, il importe en effet de prévoir des clauses de fixation de prix spécifiques à l'approvisionnement dit « 100 % marché » et à l'approvisionnement « ARENH ». Pour ce second cas, l'acheteur doit en outre prévoir des conditions d'exécution permettant de gérer les risques liés à l'évolution du prix de l'ARENH. Ces clauses doivent aussi tenir compte des tarifs d'utilisation des réseaux publics d'électricité (TURPE), des tarifs des prestations réalisées par le gestionnaire du réseau, du prix des services associés et des taxes et impôts liés à la fourniture d'électricité.

Ces clauses sont donc d'une importance cruciale et les acheteurs doivent y accorder une attention particulière lors de la rédaction des documents particuliers de l'accord-cadre.

Surtout, au vu du contexte actuel marqué par la flambée des prix de ces matières, on ne peut que recommander aux acheteurs de prévoir des modalités qui, tout en préservant l'équilibre des relations contractuelles, permettent de préserver leurs intérêts financiers.

Cela peut se traduire notamment par l'insertion d'une clause de révision, laquelle est d'ailleurs imposée par l'article R. 2112-13 du Code de la commande publique pour les marchés et les accords-cadres dans lesquels « les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations ».

Il peut également être utile de prévoir la possibilité, en cours d'exécution, de modifier la structure du prix ou, autrement dit, d'opérer un swap d'un prix « 100 % marché » à un prix « ARENH » ou l'inverse. Cela nécessite toutefois d'insérer dans l'accord-cadre une clause de réexamen conforme aux exigences posées par l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique.

Dans ces conditions, on recommandera vivement aux acheteurs de disposer d'une expertise spécifique en la matière soit en interne soit en ayant recours à un bureau d'étude spécialisé dans l'achat d'électricité et de gaz.

[9] CE 13 novembre 2020, req. n° 439525.

## L'évolution des points de livraison

On l'a dit, les acheteurs doivent recenser leurs données de consommation et lister à cet effet les points de livraison. Cependant, ces derniers connaissent des évolutions du fait, le plus souvent, de suppressions dues la disparition de sites de consommation ou encore de la création de nouveaux sites.

Il importe donc de prévoir, dès l'accord-cadre, une clause de réexamen permettant de gérer cette évolution des points de livraison.

## Les obligations spécifiques du fournisseur d'électricité

À titre d'exemple, l'accord-cadre doit préciser que le fournisseur exerce la mission de responsable d'équilibre, laquelle consiste pour ce dernier à s'engager auprès du gestionnaire de réseau de transport d'électricité à financer le coût des écarts constatés entre les volumes de l'électricité injectée et ceux consommés<sup>[10]</sup>.

## Les services associés à la fourniture et l'acheminement d'électricité et de gaz

L'objet principal de l'accord-cadre et surtout des marchés subséquents porte sur la fourniture et l'acheminement de l'électricité et/ou du gaz. Cependant, les acheteurs ont souvent besoin de services associés à ces prestations (gestion de la bascule des points de livraison et de la facturation ; optimisation des coûts d'accès au réseau de distribution ; relation client...).

Ces services ont une réelle importance et l'acheteur a donc tout intérêt à définir précisément, dans l'accord-cadre, ses exigences et les obligations du titulaire.

C'est aussi sur la base de ces éléments que l'acheteur pourra procéder à l'analyse des offres remises au stade de l'accord-cadre sur la base du critère de la valeur technique. Étant précisé ici qu'une note éliminatoire peut être prévue pour ces critères, comme l'a admis la jurisprudence<sup>[11]</sup>.

## Les conditions de remise en concurrence des titulaires pour l'attribution des marchés subséquents

Ces conditions sont en partie définies par l'article R. 2162-10 du Code de la commande publique et doivent donc être impérativement précisées dans les pièces contractuelles de l'accord-cadre.

Il s'agit notamment de prévoir la période à laquelle les titulaires seront consultés ainsi que les modalités de

transmission par l'acheteur des documents de la consultation du marché subséquent et celles de dépôt des offres.

Surtout, l'acheteur doit y définir les critères de jugement des offres ainsi que leur pondération, cela afin de se conformer à la solution ayant été dégagée par le Conseil d'État<sup>[12]</sup>.

## Les pénalités

Brièvement, on rappellera que les acheteurs, s'ils souhaitent pouvoir les appliquer, doivent définir des pénalités dans les documents contractuels de l'accord-cadre et/ou du marché subséquent<sup>[13]</sup>.

Certes, le CCAG-FCS, lequel est très souvent appliqué dans les accords-cadres d'achat d'électricité et de gaz, prévoit une pénalité pour retard. Cela peut s'avérer insuffisant et nous recommandons aux acheteurs publics d'en prévoir d'autres.

Pour l'achat d'électricité et de gaz, il peut en être utilement prévu en cas par exemple de retard dans la mise en œuvre de la bascule, pour non-respect des obligations de facturation ou encore pour une non-remise d'offre au stade du marché subséquent.

## Les stipulations relatives à la résiliation

La résiliation peut être mise en œuvre notamment pour motif d'intérêt général et pour faute du titulaire avec éventuellement, dans ce dernier cas, une exécution des prestations aux frais et risques du titulaire, étant rappelé que, pour les contrats ayant la nature de contrat administratif, ces pouvoirs sont valables y compris sans clause<sup>[14]</sup>.

Elles sont également prévues dans le CCAG-FCS dont on a dit qu'il est très souvent appliqué pour l'achat d'électricité et de gaz.

Si le CCAG-FCS, dans sa version de 2009 comme de 2021, est assez complet en ce qui concerne les cas de résiliation, les acheteurs peuvent avoir intérêt à les compléter, par exemple pour prévoir expressément que le marché subséquent et/ou l'accord-cadre peut être résilié pour faute et aux frais et risques si le titulaire se voit retirer son autorisation de fourniture d'électricité et/ou de gaz.

En revanche, bien que le juge administratif ait reconnu le droit de supprimer tout droit à indemnisation en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, on recommandera aux acheteurs, dans le contexte actuel de la crise des prix de l'électricité et du gaz, de ne pas s'engager en ce sens afin de ne pas dissuader les fournisseurs de soumissionner.

[12] CE 5 juillet 2013, UGAP, req. n° 368448 et CE 6 novembre 2020, Métropole européenne de Lille, req. n° 437718.

[13] CE 17 avril 1985, OPHLM Meuse c/ Amiel et a., RDP 1985, p. 1706 ; CE 23 février 2004, Région Réunion, req. n° 246622.

[14] Voir, au titre de la résiliation aux frais et risques, la récente décision CE 18 décembre 2020, Société Treuils et Grues Labor, req. n° 433386.

[10] Cette mission vise à garantir l'équilibre entre l'offre et la demande compte tenu du caractère non stockable de cette énergie.

[11] Voir notamment TA Paris 4 mai 2018, Société Eni Gas & Power France, req. n° 1805516/4.

### **Le rôle du coordonnateur concernant l'exécution des prestations dans un accord-cadre conclu par un groupement de commandes**

Pour les achats d'électricité et de gaz effectués dans le cadre de groupements de commandes, on recommandera aux coordonnateurs de bien définir, dans les documents particuliers de l'accord-cadre et des marchés subséquents, les décisions et les pouvoirs qui peuvent être pris et mis en œuvre par le coordonnateur.

En effet, si l'article L. 2113-7 du Code de la commande publique autorise le coordonnateur à prendre en charge tout ou partie de l'exécution, de sorte que, à titre d'exemple, la convention constitutive peut confier au coordonnateur le pouvoir de résiliation de l'accord-cadre et/ou des marchés subséquents, encore faut-il que ce pouvoir soit expressément prévu dans les documents contractuels pour être valablement appliqué.

### **Conseils et recommandations relatifs à la passation des marchés subséquents**

Seront présentés, ci-après, les points d'attention concernant un marché subséquent ayant pour objet la fourniture et l'acheminement d'électricité et de gaz.

#### **La fixation des critères de jugement des offres et de leur pondération**

Si les critères de jugement des offres utilisés pour l'attribution des marchés subséquents et leur pondération doivent être prévus dès l'accord-cadre, il reste indispensable de les mentionner dans la lettre de consultation de chaque marché subséquent.

À ce titre, on notera que les acheteurs sont en droit de réutiliser la note technique et peuvent ainsi continuer à attribuer les marchés subséquents dans des délais très courts après la remise des offres de prix puisque la cour administrative d'appel de Bordeaux, dans la décision précitée<sup>(15)</sup>, a validé cette pratique – en infirmant la décision du tribunal administratif de Bordeaux<sup>(16)</sup>.

(15) CAA Bordeaux 2 décembre 2021, Département de la Dordogne, req. n° 21BX01447.

(16) La Cour a précisément jugé que « la seule circonstance que la remise en concurrence, au stade de la passation du marché subséquent, s'effectue, de facto, sur le fondement du seul critère du prix, les notes obtenues par chacune des entreprises retenues à l'issue de l'accord-cadre leur étant conservées, ne contrevient pas en elle-même aux dispositions précitées de l'article R. 2162-10 du Code de la commande publique et n'est pas davantage de nature à conduire au choix d'une offre qui ne serait pas économiquement la plus avantageuse ».

En revanche, la Cour a conditionné la validité de cette méthode à une absence de modification des caractéristiques des prestations lors de la passation du marché subséquent. La solution reste intéressante car elle signifie que, même si les offres peuvent techniquement évoluer entre la notification de l'accord-cadre et la passation des marchés subséquents, l'acheteur n'est pas tenu de permettre aux titulaires de l'accord-cadre de modifier leur offre technique.

#### **Le choix de la date de lancement de la consultation des titulaires pour l'attribution des marchés subséquents**

L'acheteur doit aussi veiller à lancer la consultation des marchés subséquents d'électricité et de gaz au bon moment et ce, pour deux raisons.

D'une part, il s'avère que les acheteurs ont tendance à faire débiter la fourniture de l'électricité à compter du 1<sup>er</sup> janvier et, ainsi, à lancer la consultation des marchés subséquents l'année qui précède. Or, pour être en mesure de proposer des offres de prix basées sur un approvisionnement ARENH, les fournisseurs doivent se rendre au guichet ARENH qui a lieu en novembre de chaque année et l'acheteur doit donc s'assurer d'un lancement de la consultation du marché subséquent avant la fermeture de ce guichet.

D'autre part, il importe de lancer la consultation du marché subséquent plusieurs semaines – voire plusieurs mois – avant la date de début de fourniture d'électricité et de gaz car, en cas de changement de titulaire, le nouveau fournisseur doit pouvoir disposer du temps suffisant pour effectuer les démarches auprès du gestionnaire du réseau nécessaires à la bascule des points de livraison.

#### **La détermination de la durée du marché subséquent**

S'il est possible de fixer la durée du ou des marchés subséquents dès la passation de l'accord-cadre, il est tout aussi valable de la déterminer lors de la passation de chaque marché subséquent. La seconde option est à privilégier car elle offre plus de liberté.

Ceci étant, la définition de la durée doit être mûrement réfléchie. En effet, une durée d'une année est peu pratique puisqu'elle implique de relancer rapidement une consultation pour un nouveau marché subséquent et de s'exposer à un éventuel nouveau changement de titulaire. Aussi, une durée de deux à trois ans nous semble pouvoir être privilégiée, d'autant plus qu'elle peut avoir un effet positif sur le niveau des prix.

Au total, la prise en compte de l'ensemble de ces préconisations par les acheteurs publics devrait être de nature à leur permettre de disposer de contrats de fourniture d'électricité et de gaz compatibles avec les contraintes actuelles particulièrement fortes sur la disponibilité de l'énergie et plus encore de son prix.