



L'accord-cadre à bon de commande sans estimatif, sujet à risque ?

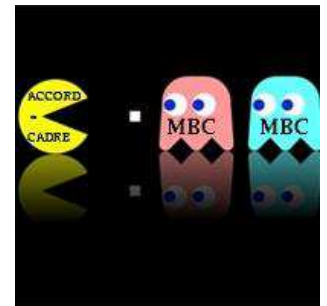
A propos de l'auteur

M. Jean-Marc Binot

[Voir les articles de cet auteur](#)

Devenu accord-cadre à bon de commandes, l'ancien marché à bon de commande reste un outil apprécié. Bien que la réglementation laisse entière liberté à l'acheteur, une CRC a critiqué une collectivité qui n'avait pas fourni de montant estimatif, ou indiqué des mini manifestement inférieurs à la réalité. De leur côté, les avocats interrogés rappellent que la technique du bon de commande ne doit pas conduire à restreindre la concurrence ou à recourir systématiquement à des MAPA.

La chambre régionale des comptes d'Île-de-France vient récemment de coller un carton jaune à la mairie d'Alfortville, friande de marchés à bons de commande dans plusieurs domaines (petits travaux dans les bâtiments communaux, reprographie, accueil de loisir sans hébergement, location de matériel événementiel). Le motif du courroux est double : la collectivité n'a pas fourni, dans les avis d'appel public à la concurrence, un montant estimatif des commandes sur toute la durée du marché. « Cette obligation, rappelée dans la fiche de la direction des affaires juridiques de Bercy consacrée aux marchés à bons de commande, relève d'une obligation jurisprudentielle désormais bien établie, si bien qu'en ne s'y conformant pas, la commune s'expose à un risque d'annulation par le juge administratif », argue le rapport qui s'appuie sur deux décisions du Conseil d'Etat (24 octobre 2008, Communauté d'agglomération de l'Artois, n° 313600 ; et 18 juin 2010, Office public d'aménagement et de construction Habitat Marseille Provence, n° 335611). Deuxième problème pour la CRC : certaines estimations correspondaient en réalité, selon ses calculs, au montant minimal annuel et étaient manifestement sous-évaluées, par rapport à l'historique des dépenses et au volume effectivement réalisé. Le rapport donne des exemples. Fin juin 2016, les commandes réelles dépassaient déjà de 41 % les estimations pour l'accueil de loisir sans hébergement, d'un facteur 3 à 10 pour les différents lots du marché d'impression et de reprographie, d'un facteur 10 pour la location de matériel événementiel et d'un facteur 26 en ce qui concerne les petits travaux dans les bâtiments communaux... Pour les magistrats financiers, « ce type de marché, qui accorde à la collectivité une grande liberté, est assorti de contreparties destinées à garantir la concurrence et à favoriser la qualité et l'adéquation des offres au besoin. »



Une liberté qui ne doit pas restreindre la concurrence

Antoine Woimant, du cabinet MCL, a du mal à cerner les fondements des critiques adressées par la CRC. Avant tout parce que la réglementation a lâché la bride en la matière. « Je ne comprends pas cette position. L'acheteur a une liberté totale, même s'il ne faut pas utiliser le système des bons de commande en lieu et place d'un marché global et forfaitaire. » Si « Le code 2001 obligeait à indiquer un mini/maxi avec un rapport de 1 à 4 », se souvient Me Ana Gonzalez du cabinet Alma Monceau, ce n'est plus du tout le cas aujourd'hui. Lorsqu'elle passe un accord-cadre, la personne publique est tout à fait libre de fixer un minimum et un maximum, un mini ou un maxi, ou de rien indiquer du tout, comme l'autorise l'article 78 du décret marchés. Faut-il considérer néanmoins que cette liberté est une souplesse accordée avant tout au pouvoir adjudicateur qui n'est pas capable d'évaluer ses quantités ? C'est en tout cas ce qu'on pourrait comprendre en lisant la fiche de la DAJ sur la définition du besoin : « en cas d'incertitude sur le rythme ou sur l'étendue du besoin à satisfaire, l'acheteur a la possibilité de recourir à des accords-cadres. » Avocat au cabinet Coupé, Peyronne & Associés, Cyril Coupé estime que la CRC, en s'adossant sur cette jurisprudence de 2008, a voulu rappeler que la marge de manœuvre de l'acheteur ne doit pas amoindrir la concurrence. « Elle ne dispense pas de fournir des indications fiables dans l'avis de publicité. Si on ne le fait pas, cela peut dissuader de candidater ». voire même favoriser le titulaire sortant qui lui connaît parfaitement les volumes commandés lors du précédent contrat. Le dispositif n'est donc pas « sans limite », note Ana Gonzalez qui rappelle que les acheteurs sont soumis à l'obligation de définir leurs besoins (article de l'ordonnance de juillet 2015).

Pas de maximum = dépassement du seuil

Autre danger : le détournement de procédure. « Il est évident que l'absence de fixation d'un maximum ne doit pas conduire à recourir à une procédure adaptée de manière systématique », prévient Me Gonzalez. « L'article 27 de l'ancien code prévoyait qu'un marché à bon de commande sans maxi était réputé excéder le seuil. Cette disposition a disparu avec la réforme », observe l'avocate qui incite pourtant les pouvoirs adjudicateurs à la prudence, au vu de l'article 21-III du décret de mars 2016. « Il est très recommandé, en attendant une confirmation de la jurisprudence sur ce point, de maintenir le mécanisme dans l'estimation du besoin et le calcul du seuil. » Autrement dit, pas de maximum = dépassement du seuil. Le danger d'une telle pratique est aussi économique, puisque les entreprises candidates, sans vision claire, auront tendance à se protéger en surenchérissant leur offre ou en proposant des prix très bas, s'ils tablent sur un gros volume de commandes. « La seule chose qu'on peut reprocher à cette collectivité, c'est de ne pas avoir tout mis en œuvre pour bien gérer les deniers publics. Si la quantité avait mieux été appréciée, les prix auraient sans doute baissé », considère Me Woimant. Un risque qu'il est possible de réduire en fixant au moins « une estimation non contractuelle des commandes », conclut sa consœur Ana Gonzalez.

