

FICHE **7****Les marchés à bons de commande**

Avant le code de 2006, les marchés à bons de commande faisaient partie, avec les marchés à tranches conditionnelles, de la catégorie des « marchés fractionnés »<sup>1</sup>.

Si le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics<sup>2</sup> utilise encore la notion de marché fractionné, les marchés à bons de commande constituent une catégorie particulière de marchés publics.

## I. Qu'est-ce qu'un marché à bons de commande ?

### I.1. Définition

Les marchés à bons de commande sont définis à l'article 77 du code des marchés publics comme des marchés conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécutés au fur et à mesure de la survenance du besoin par l'émission de bons de commande.

Ils permettent aux acheteurs publics d'effectuer des achats à caractère répétitif auprès d'un ou plusieurs opérateurs économiques sélectionnés à la suite d'une seule procédure de publicité et de mise en concurrence. Les marchés à bons de commande permettent aux pouvoir adjudicateurs, lors de la survenance de leur besoin, de bénéficier au prix déterminé par le marché public d'une réactivité accrue des opérateurs sélectionnés.

### I.2. Distinction des marchés à bons de commande et des accords-cadres

Les directives européennes ne connaissent pas la notion de marché à bons de commande. L'article 33 de la directive 2014/24/UE<sup>3</sup> vise, par la notion « d'accord-cadre », deux situations différentes selon que le contrat fixe ou non tous les termes des marchés passés sur son fondement<sup>4</sup>. Le droit national tient compte de cette dualité en prévoyant, pour plus de clarté, une dénomination et des dispositions spécifiques pour chacune de ces deux catégories de contrats :

– Les marchés à bons de commande de l'article 77 du code des marchés publics correspondent, en droit européen, aux « accords-cadres qui fixent tous les termes » et qui sont désignés sous l'appellation de « contrats-cadres ». Ils déterminent les stipulations contractuelles applicables aux commandes qui seront passées sur leur fondement. L'utilisation de

1. Code de 2001, article 72 ; code de 2004, articles 71 et 72.

2. Voir le point 7.2. de ce guide : « Les marchés « fractionnés » et la planification des marchés dans le temps ».

3. 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.

4. Voir la fiche explicative de la Commission européenne sur les accords-cadres, CC/2005/03\_rev1 FR du 14 juillet 2005.

ce type de contrats ne nécessite pas la conclusion de nouveaux accords entre les parties. Ces contrats-cadres correspondent, en droit national, aux marchés à bons de commande ;

– Les accords-cadres de l'article 76 du code correspondent, en droit européen, aux « accords-cadres qui ne fixent pas tous les termes ». Ils sont incomplets, puisque certaines stipulations contractuelles doivent encore être fixées par la suite, dans le cadre de marchés subséquents (cf. fiche technique relative aux accords-cadres).

## 2. Quand recourir au marché à bons de commande ?

Depuis le code de 2006, le recours aux marchés à bons de commande n'est plus soumis à des conditions particulières<sup>5</sup>. La passation de ce type de marché est plus spécialement recommandée en cas d'incertitude sur le rythme ou l'étendue du besoin à satisfaire, mais cette circonstance ne saurait, en aucun cas, constituer une limitation de la liberté de choix du pouvoir adjudicateur.

Les marchés à bons de commande sont particulièrement adaptés aux achats répétitifs de fournitures ou services courants tels que, par exemple, les fournitures de bureaux, les denrées alimentaires, le gardiennage ou le nettoyage des locaux. Tous les types de prestations peuvent faire l'objet de tels marchés, y compris les marchés de travaux, les marchés industriels, les marchés informatiques ou de prestations intellectuelles.

Le recours au marché à bons de commande peut permettre aux acheteurs publics de réduire les coûts de procédure et de bénéficier de propositions financièrement plus avantageuses que s'ils passaient différents marchés successifs.

## 3. Que doit contenir un marché à bons de commande ?

### 3.1. Objet du marché

Si les marchés à bons de commande sont particulièrement indiqués lorsque l'acheteur public n'est pas en mesure de déterminer la quantité ou le rythme de ses besoins, la nature des prestations attendues doit être explicitement stipulée dans le marché. Les commandes subséquentes ne pourront porter que sur des prestations expressément identifiées dans les pièces constitutives du marché.

### 3.2. Nombre de titulaires

Un marché à bons de commande peut être mono-attributaire ou multi-attributaire. Ce choix relève de la libre appréciation du pouvoir adjudicateur. Toutefois, en cas de multi-attribution et sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres, il ne peut y avoir moins de trois titulaires. La multi-attribution, qui n'est soumise à aucune condition de recours, peut être motivée, par exemple, par l'impossibilité pour une seule entreprise

5. Réponse ministérielle n° 25456, JO Sénat du 15 février 2007, p. 346. Pour une application antérieure au code de 2006, voir l'arrêt CE, 7 juin 2010, Ville de Marseille, n°316528.

de réaliser la totalité des prestations ou par la nécessité d'assurer la sécurité des approvisionnements.

### 3.3. Prix des prestations

Les marchés à bons de commande sont soumis à la réglementation générale sur les prix, qui exige que les documents contractuels fixent un prix déterminé ou, à tout le moins, déterminable. Sont entachés de nullité les marchés stipulant que les prix seront indiqués dans les bons de commande<sup>6</sup>.

Ordinairement conclus à prix unitaires, aucun principe ne fait obstacle à ce que les marchés à bons de commande comportent, outre une part de prestations non programmable conclue à prix unitaire, une part de prestations prévisibles conclue à prix forfaitaire. Cette situation est fréquente dans les cas de marchés de gardiennage ou de nettoyage d'immeubles. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé « *qu'aucune disposition du code des marchés publics ni aucun principe n'interdisent d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations* », qui peuvent être rémunérées par un prix forfaitaire<sup>7</sup>. Si ces « marchés mixtes » ne sont pas interdits, leur passation est néanmoins soumise au respect de trois conditions :

- Les deux types de prestations doivent être clairement distingués ;
- Les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics ;
- La conclusion d'un marché global doit être permise par les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics.

### 3.4. Montants des commandes

#### 3.4.1. Liberté du pouvoir adjudicateur

L'article 77 du code des marchés publics pose le principe de la liberté totale confiée au pouvoir adjudicateur concernant le montant du marché. Les marchés à bons de commande peuvent prévoir un maximum et un minimum en valeur ou en quantité. Ils peuvent également être conclus sans maximum ou sans minimum, ou sans maximum ni minimum. Les entités adjudicatrices bénéficient de la même souplesse.

Cette liberté confiée aux acheteurs publics ne peut s'exercer que pour autant qu'elle ne constitue pas un obstacle à la définition des besoins, étape essentielle de la passation des marchés publics. Le Conseil d'Etat a ainsi exigé des pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre d'un marché à bons de commandes ne fixant pas de montant minimum ou maximum, qu'ils fassent figurer, à titre indicatif et prévisionnel, dans la rubrique « *quantité ou étendue globale* » du formulaire européen d'avis de marché, les quantités de prestations à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché tels que le montant ou le volume de prestations estimatif du marché<sup>8</sup>. Sans ces informations, il est en effet difficile pour un opérateur économique de répondre sauf à augmenter, par précaution, les prix offerts.

6. TA Versailles, 24 mars 1994, *Préfet de l'Essonne c/ président du conseil général de l'Essonne*, Lebon Tables, p. 1036.

7. CE, 29 octobre 2010, *Syndicat Mixte de la Région Ouest de Versailles*, n°340212.

8. CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, n°313600. CE, 18 juin 2010, *OPAC Habitat Marseille Provence*, n°335611 : le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de préciser la part de chaque prestation demandée.

Dès lors, si les acheteurs publics désirent obtenir des candidats des offres économiquement avantageuses, il leur est recommandé de s'engager sur des quantités minimales.

### 3.4.2. Conséquences sur les obligations contractuelles des parties

L'absence ou l'existence de montants minimum ou maximum détermine l'étendue des obligations contractuelles des parties.

#### 3.4.2.1. Absence de montant minimum ou maximum

Les marchés conclus sans montant minimum ne créent aucune obligation pour le pouvoir adjudicateur de passer des commandes<sup>9</sup>.

Par ailleurs, en l'absence de montant maximum, le titulaire du marché est tenu d'honorer toutes les commandes qui lui sont notifiées.

#### 3.4.2.2. Existence d'un minimum ou d'un maximum

Le montant maximum fixé dans le marché revêt un caractère obligatoire pour les parties. En l'absence d'avenant régulièrement intervenu pour en augmenter le montant<sup>10</sup>, un dépassement du maximum prévu par les stipulations du marché ne peut donner lieu au paiement d'un prix supplémentaire, le marché ayant pris fin. Néanmoins, le titulaire bénéficie d'un droit à réparation au titre de ses dépenses qui ont été utiles à l'administration, sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

L'engagement du pouvoir adjudicateur sur un montant minimum crée un droit à indemnisation au profit du titulaire dans l'hypothèse où ce montant ne serait pas atteint. Le montant de l'indemnité ne réside pas dans la différence entre le montant minimum et le montant des bons de commande émis, mais correspond à la marge bénéficiaire nette qu'aurait dégagée l'exécution des commandes manquantes<sup>11</sup>. La rémunération des employés de l'entreprise n'est indemnisable que s'il est démontré que cette rémunération constitue une charge qui aurait été couverte par le règlement du marché<sup>12</sup>. La jurisprudence a pu admettre également que les frais d'études engagés pour la réalisation de prestations spécifiques ou encore les frais inhérents à la mobilisation du personnel pour l'exécution du marché soient mis à la charge du pouvoir adjudicateur<sup>13</sup>.

En cas de multi-attribution, si le montant minimum du marché n'est pas atteint, les titulaires ne sont, en principe, pas fondés à demander une indemnisation dès lors que le montant minimum de commandes pour chacun des titulaires ne peut être déterminé avec certitude à la lecture du marché. En effet, seul le préjudice certain peut être indemnisé. En l'absence de telles précisions contenues dans le marché, si l'administration décide de ne plus passer de commandes, les sociétés titulaires ne peuvent déduire des commandes réalisées depuis la signature du marché les bénéfices qu'elles auraient dû réaliser si des prestations supplémentaires leur avaient été commandées. Ainsi le préjudice se fondant sur la perte de bénéfices résultant, pour chaque titulaire, de la non-exécution du marché ne peut être établi.

9. CAA Paris, 13 mars 2007, *Sté automobile Citroën*, n°04PA02721.

10. Cf. article 72 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

11. CE, 18 janvier 1991, *Ville d'Antibes c/ SARL Dani*, n° 80827 ; CAA Nancy, 23 mars 2006, *Commune de Sarreguemines*, n°03NC00173.

12. *Ibid.*

13. CAA Nancy, 23 mars 2006, *Commune de Sarreguemines*, n° 03NC00173 ; CAA Paris, 3 juin 2008, *UGAP c/ Tryonyx*, n°06PA02468.

### 3.5. Durée de validité des marchés à bons de commande

#### 3.5.1. Principe de la durée quadriennale des marchés à bons de commande

La durée de validité des marchés à bons de commande passés par les pouvoirs adjudicateurs ne peut dépasser quatre ans, toute période de reconduction comprise. Sauf justifications particulières, la conclusion d'un marché excédant cette durée est irrégulière (voir point 3.5.2).

L'indication de la durée d'un marché, élément essentiel de la mise en concurrence, doit être portée dans l'avis de marché<sup>14</sup>.

Il s'agit d'une durée maximale qui n'interdit pas aux acheteurs publics de retenir une durée plus courte. Ils peuvent également opter pour une formule de marché comprenant une période ferme reconductible, et bénéficier pleinement de la réactivité offerte par le régime des marchés à bons de commande.

Par ailleurs, dans l'hypothèse d'un marché à bons de commande assorti d'un montant maximum, ce montant constitue la limite supérieure des obligations contractuelles tant du pouvoir adjudicateur que du titulaire du marché. Ainsi, le marché prend fin de plein droit dès lors que le montant maximum est atteint et ce, quand bien même la durée de validité du marché ne serait pas encore expirée. En revanche, il s'avère impossible de mettre fin au marché avant son terme au seul motif que le montant minimum fixé aurait été atteint.

La durée maximale de quatre ans concerne la seule émission des bons de commande, qui doit avoir lieu pendant la durée de validité du marché. Un bon de commande émis alors que la durée de validité du marché est expirée ne peut faire naître aucune obligation contractuelle et n'ouvre donc pas droit au paiement du prix prévu par le marché au profit de son titulaire. Toutefois, celui-ci peut demander à être indemnisé sur le fondement de l'enrichissement sans cause<sup>15</sup>.

L'exécution des bons de commande peut néanmoins se poursuivre au-delà de cette durée, notamment pour assurer la continuité d'un approvisionnement durant le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant. Si un bon de commande est émis en fin d'exécution du marché, il restera valide après l'expiration du marché en application duquel il a été émis.

La durée d'exécution des bons de commande au-delà du terme du marché doit cependant être raisonnable. Les dispositions de l'article 77 II du code des marchés publics proscrivent une date d'émission et une durée d'exécution des bons de commande qui conduiraient à méconnaître l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques, c'est-à-dire dans des conditions faisant apparaître une manœuvre destinée à prolonger cette durée au-delà du raisonnable. Cette durée doit s'apprécier en fonction de l'objet et des caractéristiques de la prestation, mais ne devrait, en principe, pas dépasser le temps nécessaire pour sa réalisation.

#### 3.5.2. Dérogations à la règle quadriennale

L'article 77-II du CMP précise que le dépassement de la durée maximale de quatre ans peut être justifié par l'objet du marché ou par le fait que son exécution nécessite des investissements devant faire l'objet d'un amortissement sur une durée supérieure à quatre ans.

14. CE, 19 septembre 2007, *SDIS du Nord*, n°298294.

15. CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, *Sté Bull SA*, n°08BX00203.

L'acheteur public doit toujours pouvoir justifier se trouver dans une de ces hypothèses, lorsqu'il prévoit une durée de validité supérieure à quatre ans<sup>16</sup>. Cette justification doit être portée dans l'avis d'appel public à la concurrence<sup>17</sup> ainsi que dans le rapport de présentation demandé à l'article 79 du CMP.

### 3.5.3. Cas particuliers

- Aucune durée maximale n'est fixée pour les marchés à bons de commande passés par les entités adjudicatrices (article 169 du CMP). Il n'en reste pas moins que la fixation de la durée de ces marchés doit tenir compte de l'exigence d'une remise en concurrence périodique.
- Les marchés de défense ou de sécurité, passés en application de la troisième partie du CMP, ne peuvent excéder sept ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, déterminés en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur (article 251 du CMP).

## 4. Comment passer un marché à bons de commande ?

Les marchés à bons de commande constituent une forme particulière de marché public et non pas un mode spécifique de passation. De fait, ils obéissent aux règles de droit commun prévues par le code des marchés publics.

### 4.1. Montants et seuils

La procédure de passation d'un marché à bons de commande est déterminée en fonction de son montant, au regard des seuils prévus à l'article 26 du code. Si le marché prévoit des périodes de reconduction, le montant total du marché à prendre en compte sera déterminé en incluant celles-ci. Par ailleurs, lorsqu'un marché comporte des prestations à prix unitaires et forfaitaires, le pouvoir adjudicateur devra ajouter au montant maximum de la partie à bons de commande le montant des prestations forfaitaires afin de déterminer le montant total du marché.

Pour les marchés à bons de commande comportant un maximum, la valeur à prendre en compte pour la détermination de la procédure de passation applicable correspond à ce maximum multiplié, le cas échéant, par le nombre de périodes de reconduction. Toutefois, lorsque la durée initiale du marché est différente de celle de la période de reconduction (par exemple, la durée initiale est de un an, la durée du marché reconduit est de six mois), il conviendra alors d'ajouter au montant maximum initial, le maximum modifié au prorata de la nouvelle durée du marché.

Lorsque le marché ne fixe pas de montant maximum, la valeur estimée du besoin est réputée excéder le seuil de procédure formalisée et ce, même si la valeur estimée du

16. CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, n°364551.

17. Rubrique II.1.4 du modèle européen et rubrique 11 du modèle national.

marché est inférieure aux seuils européens<sup>18</sup>. L'article 27-VI du code fait ainsi obstacle à ce qu'un marché à bons de commande conclu sans maximum soit passé selon une procédure adaptée, sous réserve des marchés de services passés en application de l'article 30.

## 4.2. Publicité des marchés à bons de commande faisant l'objet d'une procédure formalisée

Tirant les conséquences de la dualité des accords-cadres au sens du droit de l'Union européenne, le Conseil d'Etat a précisé que « *les marchés à bons de commande au sens de l'article 77 du code des marchés publics, conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécutés au fur et à mesure de l'émission de bons de commande sans négociation ni remise en concurrence, doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la directive* »<sup>19</sup>. Il en résulte que, dans le cas d'un marché à bons de commande, la rubrique II.1.4 du formulaire standard européen d'avis de marché relative aux « informations sur l'accord-cadre » doit être renseignée.

# 5. Comment émettre des bons de commandes ?

## 5.1. Nature et fonction

Les bons de commande ont pour fonction de déterminer les prestations du marché dont l'exécution est demandée ainsi que leurs quantités. Ils ne sauraient avoir pour objet ou pour effet de modifier le contenu du contrat.

Le code des marchés publics n'impose pas de formalisme particulier pour l'émission des bons de commande, qui doivent cependant être des documents écrits<sup>20</sup>.

Les bons de commande constituent des décisions unilatérales de l'administration. Ils se rattachent aux actes d'exécution des contrats au sens de l'article L. 2122-22 4° du Code général des collectivités territoriales<sup>21</sup>. A ce titre, ils n'ont pas à être transmis au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité<sup>22</sup>.

Les bons de commande engagent, sous réserve de leur régularité, la responsabilité contractuelle du titulaire opposant un refus d'exécution<sup>23</sup>.

## 5.2. Modalités d'attribution des bons de commande

L'attribution des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence, même si le marché a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques.

Dans le cadre d'un marché à bons de commande multi-attributaires, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de répartition des commandes au regard des caractéristiques du marché. Celles-ci sont réparties entre les titulaires, selon les modalités fixées par le marché, qui doivent toujours être objectives, transparentes et non discriminatoires.

18. CE, 17 décembre 2014, *Communauté de communes du canton de Varilhes*, n°385033.

19. CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n°309136.

20. Article 77-I du code des marchés publics.

21. Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du 25 décembre 2008, p. 2607.

22. Réponse ministérielle n° 16892, JO Sénat du 31 mai 2005, p. 1154.

23. CAA Bordeaux, 14 novembre 2006, *SA IPC-Corporation*, n°03BX02221.

A cet égard et afin de donner aux opérateurs économiques une visibilité suffisante pour l'optimisation de la commande, le pouvoir adjudicateur doit informer clairement les candidats, dès le lancement du marché, des règles d'attribution des bons de commande.

Le fait pour un pouvoir adjudicateur de prévoir dans les pièces de son marché que « l'attribution des bons de commande sera faite librement par le pouvoir adjudicateur tout en respectant un équilibre financier entre les attributaires » ne suffit pas à définir les modalités d'émission des bons de commande. Il convient ainsi de fixer précisément les conditions dans lesquelles les bons de commandes seront attribués aux différents titulaires dans le cahier des clauses administratives particulières.

A cette fin, le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à différentes méthodes d'attribution des commandes. Celles-ci peuvent notamment être attribuées selon la méthode dite « en cascade »<sup>24</sup> qui consiste à faire appel en priorité aux titulaires les mieux-disant. Dans cette hypothèse, l'acheteur contacte le titulaire dont l'offre a été classée première. Si celui-ci n'est pas en mesure de répondre dans les délais exigés, l'acheteur pourra s'adresser au titulaire dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite.

L'attribution des bons de commandes peut également résulter de l'application de la règle dite du « tour de rôle » où, pour chaque bon de commande, le choix du titulaire s'effectue par roulement. Le premier titulaire peut, par exemple, être déterminé selon l'ordre alphabétique des noms de société ou l'ordre de classement des offres.

Le pouvoir adjudicateur peut également attribuer ses commandes à hauteur d'un maximum prévu pour chacun des titulaires. Dès lors, si un des titulaires atteint, selon la technique dite « en cascade » ou celle « du tour de rôle », le montant maximum fixé dans les documents du marché, celui-ci ne pourra plus se voir attribuer les commandes suivantes, lesquelles sont alors attribuées aux autres titulaires selon les mêmes modalités. L'association de cette dernière méthode de répartition à celle de la méthode « en cascade » ou « à tour de rôle » a pour finalité de garantir à chacun des titulaires une répartition équitable des commandes en termes de volume financier.

En tout état de cause, l'attribution du bon de commande doit résulter d'une application automatique des stipulations du cahier des clauses administratives particulières et ne doit pas relever d'un pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

### 5.3. Principe d'exclusivité

Les titulaires d'un marché à bons de commande bénéficient, par principe, d'une exclusivité sur les prestations objet du marché, alors même qu'aucune clause d'exclusivité ne figurerait dans le marché<sup>25</sup>.

Le pouvoir adjudicateur qui confie des prestations identiques à une autre entreprise engage sa responsabilité vis-à-vis du titulaire<sup>26</sup>.

Cette exclusivité tire son origine d'une interprétation *a contrario* de l'article 77-III du code des marchés publics qui autorise le pouvoir adjudicateur, pour des besoins occasionnels de faible montant, à s'adresser à un prestataire autre que le ou les titulaires du marché, pour autant que le montant cumulé de ces achats ne dépasse pas 1% du montant total du marché, ni la somme de 10 000 euros HT. Tout dépassement de ces seuils d'exclusivité est susceptible d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur. Le prestataire est alors

24. Réponse ministérielle n° 5530, JO Sénat du 18 décembre 2008, p. 2546.

25. Réponse ministérielle n° 75327, JOAN du 16 mai 2006, p. 5178.

26. CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, *Marcellin X*, n°08BX00239.



fondé à demander à être indemnisé au titre du manque à gagner résultant des prestations qui auraient dû lui être confiées.

Par conséquent, si le pouvoir adjudicateur souhaite confier des prestations faisant l'objet du marché à bons de commande à un tiers, il doit s'assurer que ces prestations répondent uniquement à un besoin occasionnel et de faible montant. Il n'est en revanche pas tenu de démontrer que le titulaire du marché à bons de commande serait incapable de réaliser cette prestation.

S'il appartient au pouvoir adjudicateur d'évaluer le dépassement du seuil d'exclusivité en fonction du montant des prestations réellement confiées au titulaire, dans le cadre d'un marché à bons de commande conclu sans minimum ni maximum, l'assurance que le pourcentage de 1% de commandes hors marché a été respecté ne sera acquise qu'en fin d'exécution. Le pouvoir adjudicateur peut cependant, dès le commencement d'exécution du marché à bons de commande conclu sans minimum ni maximum, calculer le pourcentage d'1% au regard du montant prévisionnel du marché. Au fur et à mesure de son exécution, le pouvoir adjudicateur pourra réévaluer ce montant estimatif au regard des commandes réellement passées (commandes déjà réalisées, en cours de réalisation ou pour lesquelles un bon de commande a été émis sans qu'aucun commencement d'exécution n'ait eu lieu)<sup>27</sup>. Par ailleurs, le recours à cette possibilité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du montant minimum lorsque celui-ci est prévu par le contrat.

L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et son décret d'application n°2005-1742 ne prévoyant pas un tel mécanisme, le principe d'exclusivité ne lie pas le pouvoir adjudicateur pour les marchés à bons de commande conclus sous l'empire de cette ordonnance. Dans cette hypothèse, et sauf stipulations contractuelles contraires, l'acheteur public peut passer des commandes à d'autres opérateurs, sous réserve d'appliquer les principes fondamentaux de la commande publique et de respecter les règles de passation des marchés publics. Cette faculté ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter son engagement de passer des commandes à hauteur du minimum prévu par le contrat le liant avec son ou ses fournisseurs.

Toutefois, le recours à d'autres marchés, pour un même type de prestations, ne doit pas être constitutif d'une faute contractuelle à l'égard du titulaire du marché à bons de commande. Tel pourrait être le cas si ce dernier était privé de l'exécution des prestations qu'il pouvait raisonnablement attendre au vu de l'estimation du marché à bons de commande<sup>28</sup>. De plus, les commandes passées en dehors du marché ne doivent pas avoir pour objet de constituer un détournement des règles relatives au marché à bons de commande multi-attributaire.

#### 5.4. Règlement des bons de commande

Dans le cadre des marchés à bons de commande, chaque commande donne lieu à des prestations propres pouvant faire l'objet d'une réception et d'un règlement dès leur réalisation. Dès lors, excepté si le contrat renvoie à un règlement définitif de l'ensemble des commandes au terme du marché, chaque commande peut également donner lieu à un règlement définitif. Le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé que les dispositions de l'article 92 du code des marchés publics, qui excluent les paiements partiels définitifs dans le cadre

27. Réponse ministérielle n°54167, JOAN du 29 juillet 2014, p.6472.

28. CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, *Marcellin X*, n°08BX00239.

des marchés de travaux, ne font pas obstacle à ce que soit considéré comme définitif le paiement d'une commande pour lequel un bon de commande a été émis<sup>29</sup>.

### **5.5. Le titulaire peut-il contester la décision d'interrompre l'exécution d'un bon de commande ?**

S'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence dite « Bézier II »<sup>30</sup>, le Conseil d'Etat a, dans une décision du 25 octobre 2013, a rejeté comme irrecevables les conclusions dirigées contre la décision de l'administration d'interrompre l'exécution d'une prestation prévue par l'un des bons de commande. Une telle décision, qui n'a pas pour objet de résilier le marché à bons de commande, constitue en effet une simple mesure d'exécution du contrat<sup>31</sup>.

Une telle mesure est toutefois susceptible de donner lieu à une demande indemnitaire de la part du cocontractant de l'administration, au titre du préjudice qu'elle lui a causé.

## **6. Peut-on combiner l'accord-cadre et le marché à bons de commande ?**

Les marchés fondés sur un accord-cadre peuvent être des marchés à bons de commande. Ils sont alors passés selon les règles prévues à l'article 76 du code des marchés publics, c'est-à-dire, le cas échéant, après consultation du titulaire ou remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre. Ils sont ensuite exécutés conformément aux dispositions de l'article 77, c'est-à-dire par l'émission de bons de commande lors de la survenance du besoin. Toutefois, les bons de commande ne peuvent être émis que pendant la durée de validité du marché subséquent, auquel ils se rattachent. Un tel dispositif permet de conjuguer la souplesse propre à l'accord-cadre et la réactivité permise par le marché à bons de commande.

## **7. Peut-on combiner le marché complémentaire de services ou de travaux et le marché à bons de commande ?**

L'article 35-II-5° du code des marchés publics est applicable à tout marché quel que soit sa forme, notamment aux marchés à bons de commande. Les conditions de recours aux marchés complémentaires de services ou de travaux s'apprécient toutefois strictement.

- Le marché complémentaire doit être attribué au titulaire du marché principal ;
- Il doit porter sur des prestations qui ne figurent pas dans le marché initial mais qui sont devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue. Ce marché ne doit pas être la réponse à une mauvaise évaluation préalable des besoins à satisfaire par le pouvoir adjudicateur. De même, une évolution prévisible, ou encore un fait imputable à l'adminis-

29. CE, 30 octobre 2012, *Société Eiffage travaux publics Méditerranée*, n°348476.

30. CE Sect. 21 février 2011, *Commune de Béziers*, n°304806.

31. CE, 25 octobre 2013, *Région Languedoc Roussillon*, n°369806.

tration, ne peut justifier le recours à cette procédure. Est imprévue la circonstance qui ne pouvait pas entrer raisonnablement dans les prévisions des parties, lors de la conclusion initiale du contrat.

– L'article 35 du code des marchés publics prévoit également que le recours à un marché complémentaire doit satisfaire l'une des deux conditions alternatives suivantes :

- les services ou les travaux complémentaires ne doivent pas pouvoir être techniquement ou économiquement séparés du marché principal, sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;
- ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont nécessaires à son achèvement.

– Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal, avenants éventuels compris.

Lorsque le marché initial est à bons de commande sans minimum ni maximum, il n'est pas possible de calculer le montant maximum du marché complémentaire par rapport au montant initial du marché. Il convient donc de calculer ce maximum au regard des commandes réellement passées. Le montant des commandes passées correspond au montant des commandes arrêté avant la conclusion du marché complémentaire, c'est-à-dire avant sa signature. Ce montant concerne les commandes déjà réalisées, en cours de réalisation ou pour lesquelles un bon de commande a été émis sans qu'aucun commencement d'exécution n'ait eu lieu.

– Les marchés à bons de commande sont passés, sauf cas exceptionnels justifiés, pour une durée maximale de quatre ans. Cette règle se justifie par l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

Juridiquement, le marché complémentaire est distinct du marché initial. Contrairement aux marchés complémentaires de fournitures, la durée des marchés complémentaires de services et de travaux est libre. Il est donc juridiquement possible, même si le marché initial est un marché à bon de commande d'une durée de 4 ans, de passer un marché complémentaire si l'ensemble des conditions pour y recourir sont réunies.