



Fin des accords-cadres sans maximum... " et maintenant ?"

📅 26/11/21 👤 Mathieu Laugier

La fin des accords-cadres sans montant maximum conduit les pouvoirs adjudicateurs à revoir leurs pratiques dans la définition de leurs besoins. Et à s'interroger sur la façon de déterminer ce seuil, quitte à fixer un montant artificiel. Face à cette nouvelle incertitude juridique, l'approche du **Resah est intéressante. Retour sur des témoignages d'acheteurs...**



La décision « Simonsen & Weel A/S » secoue le monde de l'achat public. Par cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne met fin à la pratique des accords-cadres au montant sans maximum, au regard de la Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics. Un procédé qui était particulièrement apprécié par les acheteurs publics.

Mais selon la juridiction luxembourgeoise : « *l'indication par le pouvoir adjudicateur [...] d'une quantité et/ou d'une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre revêt une importance considérable pour un soumissionnaire, dès lors que c'est sur la base de cette estimation que celui-ci sera en mesure d'apprécier sa capacité à exécuter les obligations découlant de cet accord-cadre* ».

Des process de suivi d'exécution à revoir



Virginie Schirmer

Certes ! Mais cette approche conduit à de nouvelles problématiques.

D'abord, s'agissant du choix du montant maximum. Ensuite, sur le suivi des consommations : l'acheteur doit ou devra développer un process afin de pouvoir anticiper le renouvellement des contrats, suffisamment à l'avance, dès lors que le montant consommé s'approche du plafond, relève Virginie Schirmer, directrice des affaires juridiques liées à la commande publique du **Resah** (Réseau des Acheteurs Hospitaliers). Pour autant, la directrice considère que cette interdiction permet de favoriser et de renforcer le travail mené dans la définition du besoin.

“ Il existe des prestations pour lesquelles le pouvoir adjudicateur est confronté à de réelles incertitudes quant à la quantité ou aux dépenses qui devront être réalisées au cours de l'exécution ”

Il existe des prestations pour lesquelles le pouvoir adjudicateur est confronté à de réelles incertitudes quant à la quantité ou aux dépenses qui devront être réalisées au cours de l'exécution, reconnaît Arnaud Latrèche, vice-président de l'Association des acheteurs publics (AAP). Egalement adjoint au directeur commande publique du Conseil départemental de la Côte-d'Or, il constate néanmoins que cette situation ne représente pas la majorité des accords-cadres passés.

Attention au montant artificiel



Arnaud Latrèche

Cette obligation de définir un plafond recouvre deux risques.

Le premier, c'est de calquer l'estimatif de la prestation au montant maximum de l'accord-cadre. Ce qui peut annihiler l'attrait de cette technique d'achat. Comme le souligne Arnaud Latrèche, par définition, l'estimation des besoins dans un contrat-cadre est moins fine en comparaison des marchés ordinaires. Le détail quantitatif estimatif (DQE), qui représente le plus souvent une commande fictive, sert à départager les soumissionnaires sur le critère prix. Il ne faut pas connecter le DQE au montant maximum contractuel. Il est essentiel que l'acheteur public se laisse une marge de manœuvre, insiste le représentant de l'AAP.

“ Le risque, c’est la mention d’un montant maximum artificiel, qui au vu de la somme fixée, réduit toute probabilité d’atteinte de ce montant ”

Le second risque, à l’inverse, c’est la mention d’un montant maximum artificiel, qui au vu de la somme fixée, réduit toute probabilité d’atteinte de ce montant lors de la réalisation de la prestation. Mais ce choix est vivement déconseillé par les praticiens interrogés. Un requérant pourrait peut être tenter un recours en contentieux afin de contester la procédure ou le contrat en raison d’une mauvaise définition du besoin.

Une problématique de plus de vingt ans



Angélique Dizier

Angélique Dizier, adjointe à la directrice des affaires juridiques du **Resah** et ancienne avocate de droit public, imagine que le contrôle du juge se limitera à l’erreur manifeste d’appréciation. Autrement dit, à vérifier le caractère raisonnable du montant maximum.

Cette réflexion n’est pas en soi une nouveauté, rappelle Virginie Schirmer. L’article 72 du code des marchés publics de 2001 obligeait les pouvoirs adjudicateurs à fixer un minimum et un maximum, tout en précisant que le montant plafond ne pouvait être supérieur à quatre fois à celui du montant plancher.

Elle rappelle également l’instruction du 28 août 2001 : « *Des écarts trop importants ne reflétant aucune réalité des besoins mais n’ayant d’autre but que de minorer l’engagement initial de la personne publique et de maximiser l’engagement du fournisseur doivent être bannis [...]. Il appartient toutefois à la personne responsable du marché de fixer ces montants minimaux et maximaux en fonction de l’importance et de l’évolution possible des besoins et non par un recours systématique à l’écart maximal prévu par le code entre le minimum et le maximum* » (72.4.3.1.2).

Les recommandations des anciens textes sont peut-être une piste de réflexion afin de répondre aux enjeux de notre temps.

La clause de réexamen, une solution intéressante

Enfin, juridiquement, il serait possible de faire évoluer ce plafond en fonction des besoins au cours de l’exécution, notamment pour tenir compte de circonstances imprévues ou exceptionnelles. En optant par exemple pour l’insertion d’une clause de réexamen en bonne et due forme, conclut Angélique Dizier (en s’appuyant sur la fiche de la DAJ les modalités de modification des contrats en cours d’exécution).

à propos de l’auteur



Mathieu Laugier