

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 » (code 2001, art. 72 ; code 2004, art. 71 et 72).

Même si la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics¹ (JO du 15 février 2012) utilise encore la notion de marché fractionné, les marchés à bons de commande constituent une catégorie spécifique de marchés publics.

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

1.1. 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, en organisant une seule procédure de mise en concurrence des fournisseurs potentiels et de bénéficier d'une réactivité accrue lors de la survenance de leur besoin, au prix déterminé par le marché public.

1.2. Distinction des marchés à bons de commande et des accords-cadres

Les directives communautaires ne connaissent pas la notion de marché à bons de commande. L'article 32 de la directive 2004/18 vise, sous le même vocable d'accord-cadre, deux situations différentes selon que le contrat fixe ou non tous les termes des marchés passés sur son fondement (voir la [fiche explicative de la Commission européenne sur les accords-cadres](#), CC/2005/03_rev1 FR du 14 juillet 2005). 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 communautaire, aux « accords-cadres qui fixent tous les termes » et qui sont désignés sous l'appellation de « contrats-cadres ». Ils fixent, de manière contraignante, les stipulations contractuelles applicables aux commandes qui seront passées sur leur fondement. L'utilisation de 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 (voir la [fiche explicative relative aux accords-cadres](#)).

2. Quand recourir au marché à bons de commande ?

Depuis le code 2006, le recours aux marchés à bons de commande n'est soumis à aucune condition particulière. 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 ([Rép. min. n° 25456, JO Sénat QE, 15 février 2007, p. 346](#)).

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.

¹ Cf. [point 7.2. de la circulaire](#) : « Les possibilités de marchés « fractionnés » et de planification des marchés dans le temps. »

Le recours au marché à bons de commande permet aux acheteurs publics de réduire les coûts de procédure et de bénéficier de propositions financièrement plus avantageuses, vu le volume susceptible d'être commandé, que par la passation de marchés distincts et successifs.

Il est également possible d'inclure dans un marché unique des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et 'autres prestations rémunérées par un prix forfaitaire. Les deux catégories de prestations doivent, toutefois, être clairement distinguées et les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission des bons de commande doivent respecter les dispositions de l'article 77 du code. En tout état de cause, la conclusion d'un tel marché global doit respecter les dispositions de l'article 10 du CMP relatives à l'allotissement ([CE, 29 octobre 2010, SMAROV](#), n°340212).

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 l'appréciation de l'acheteur public, à condition toutefois que, en cas de multi-attribution, le nombre de titulaires ne soit pas inférieur à trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres. La multi-attribution, qui n'est soumise à aucune condition de recours, peut être motivée, par exemple, par l'impossibilité pour une seule entreprise 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 (TA Versailles, 24 mars 1994, *Préfet de l'Essonne c/ Président du conseil général de l'Essonne*, Lebon Tables, p. 1036).

Ordinairement conclus à prix unitaires, rien 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 prévisible conclue à prix forfaitaire. Cette situation est fréquente dans les cas de marchés de gardiennage ou de nettoyage d'immeubles.

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 prestation à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché ([CE, 24 octobre 2008, Communauté d'agglomération de l'Artois](#), n° 313600). Sans ces informations, il est en effet difficile pour un opérateur économique de répondre, sauf à augmenter, par précaution, les prix offerts.

En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de préciser le montant de chaque prestation demandée lorsqu'il s'agit d'un marché à bons de commande assorti d'un minimum et d'un maximum en valeur ([CE, 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence](#), n°335611).

Les acheteurs publics sont encouragés à s'engager sur des quantités minimales et à préciser le montant des quantités envisagées afin d'obtenir, de la part de candidats en mesure d'estimer le niveau de mobilisation de leur outils de production, des offres économiquement plus avantageuses.

Les montants minimum et maximum peuvent être modifiés par avenant, sous l'expresse réserve de ne pas bouleverser l'économie du marché. Par exemple, le montant maximum d'un marché ne pourra pas être augmenté, par avenant de plus de 15 % en cas d'évolution des besoins en quantité.

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.

▪ Absence de montant minimum ou maximum

Les marchés conclus sans montant minimum ne créent aucune obligation pour le pouvoir adjudicateur de passer des commandes ([CAA Paris, 13 mars 2007, Sté automobile Citroën](#), n° 04PA02721).

En l'absence de stipulation concernant le montant maximum, le titulaire du marché est tenu d'honorer toutes les commandes qui lui sont notifiées.

▪ 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, 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 le cas où ce montant ne serait pas atteint. Le montant de l'indemnité ne consiste pas en la différence entre le montant minimum et le montant des bons de commande émis, mais équivaut à la marge bénéficiaire nette qu'aurait dégagée l'exécution des commandes manquantes ([CE, 18 janvier 1991, Ville d'Antibes c/ SARL Dani](#), n° 80827). 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 (même arrêt). 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 pris en charge par le pouvoir adjudicateur ([CAA Nancy, 23 mars 2006, Commune de Sarreguemines](#), n° 03NC00173 ; [CAA Paris, 3 juin 2008, UGAP c/ Tryonyx](#), n° 06PA02468).

En cas de multi-attribution, quand bien même le montant minimum du marché ne serait pas atteint, les titulaires ne sont pas fondés à demander une indemnisation. Seul le préjudice certain peut être indemnisé. Or, dans le cas d'un marché multi-attributaire, le montant minimum des commandes qui aurait dû revenir à chaque titulaire ne peut pas être déterminé avec certitude. En effet, l'administration peut décider, à tout moment, de ne plus passer de commandes et la circonstance qu'un certain volume de commandes ait été enregistré depuis la signature ne permet pas à la société requérante d'en déduire qu'elle pouvait escompter des bénéfices équivalents si le contrat avait continué à s'exécuter. Ainsi le préjudice résidant dans la perte de bénéfice résultant, pour chaque titulaire, de la non exécution du marché ne peut être établi.

3.5. Durée de validité des marchés à bons de commande

3.5.1 Principe de la durée quadriennale

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

De manière générale, l'indication de la durée d'un marché, élément essentiel de la mise en concurrence, doit être portée dans l'avis de marché ([CE, 19 septembre 2007, SDIS du Nord](#), n° 298294). Dès lors, la conclusion initiale d'un marché à bons de commande pour une durée supérieure à quatre ans est insusceptible d'être

régularisée rétroactivement par avenant (TA Versailles, 6 juin 1996, *Sté Aubettes c/ Président du conseil général de seine et Marne*, n° 935737).

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.

Le montant maximum du marché constituant la limite supérieure des obligations contractuelles tant du pouvoir adjudicateur que du titulaire du marché, le marché prend fin de plein droit dès que ce montant est atteint et quand bien même la durée de validité du marché ne serait pas encore expirée.

En revanche, il n'est pas possible de résilier un marché à bons de commande avant son terme au motif que le montant minimum a été atteint, car la durée de validité du marché constitue l'un des éléments déterminants de la mise en concurrence initiale.

3.5.2 Dérogations à la règle quadriennale

L'article 77-II 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 amortissables sur une durée supérieure à quatre ans.

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. Cette justification doit être portée dans l'avis d'appel public à la concurrence (rubrique II.1.4 du modèle européen et rubrique 11 du modèle national) 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 CMP). Il n'en reste pas moins que la fixation de la durée de tels 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. S'il prévoit des périodes de reconduction, le seuil qui détermine la procédure de publicité et de mise en concurrence doit prendre en compte la valorisation de l'ensemble des périodes.

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 par le nombre de période de reconduction.

Lorsque le marché ne fixe pas de montant maximum, la valeur estimée du besoin est réputée excéder le seuil de procédure formalisée. 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 communautaire, 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 » ([CE, 8 août 2008, Commune de Nanterre](#), n° 309136). 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 marchés 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 quantités des prestations ou des produits demandés. Ils ne sauraient avoir pour objet ou pour effet de modifier substantiellement le contenu du contrat, opération qui requiert l'intervention d'un avenant.

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 2122-22 4° du Code Général des Collectivités Territoriales ([Rép. min. n° 5532, JO Sénat QE 25 décembre 2008](#)). A ce titre, ils n'ont pas à être transmis au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité ([Rép. min. n° 16892, JO Sénat QE 31 mai 2005](#)).

Ils engagent, sous réserve de leur irrégularité, la responsabilité contractuelle du titulaire opposant un refus d'exécution ([CAA Bordeaux, 14 novembre 2006, SA IPC-Corporation](#), n° 03BX02221).

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.

Les commandes sont réparties entre les titulaires selon les modalités fixées dans le marché. Elles peuvent notamment être attribuées selon la méthode dite « en cascade », qui consiste à faire appel en priorité aux titulaires les moins disant, ou selon un tour de rôle prévu par le marché, ou encore à hauteur d'un maximum prévu pour chacun des titulaires ([Rép. min. n° 5530, JO Sénat QE, 18 décembre 2008](#)).

5.3. *Forme des bons de commande*

Le code des marchés publics n'impose pas de formalisme particulier pour l'émission des bons de commande.

Toutefois, les bons de commande, qui définissent la quantité des prestations à réaliser, constituent des pièces justificatives ; ils doivent être communiquées au comptable, qui ne peut se satisfaire de commandes passées par téléphone (CRC Bourgogne, 27 mars 2003, CCAS de Dijon, Rec. Cour des comptes 2003, p. 16). Ils doivent donc être établis sous forme écrite, sur support papier ou sur support électronique.

5.4. *Durée d'exécution des bons de commande*

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. Celui-ci peut, toutefois, demander à être indemnisé sur le fondement de l'enrichissement sans cause, sans que la faute qu'il a commise en déférant à ces commandes puisse lui être opposée ([CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, Sté Bull SA](#), n° 08BX00203).

L'*exécution* des bons de commande peut néanmoins se poursuivre au-delà de cette durée, notamment pour assurer la continuité d'un approvisionnement le temps de l'achèvement de la procédure de passation du marché suivant.

La durée d'exécution des bons de commande au-delà du terme du marché doit être raisonnable. Les dispositions de l'article 77 II alinéa 2 proscrirent 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.

5.5. 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 ([Rép. min. n° 75327, JOAN QE 16 mai 2006](#), p. 5178).

Le pouvoir adjudicateur qui confie des prestations identiques à une autre entreprise engage sa responsabilité vis-à-vis du titulaire ([CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, Marcellin X](#), n°08BX00239).

Toutefois, en vertu de l'article 77-III du code, l'acheteur public peut s'adresser à un prestataire, autre que le titulaire du marché, pour des achats correspondant à des besoins occasionnels, à condition que le montant cumulé de ces achats ne dépassant pas 1% du montant total du marché, ni la somme de 10 000 € HT. Dans un marché ne comportant pas de minimum, la contrainte réside essentiellement dans le seuil de 10 000 € HT, l'assurance que le pourcentage de 1% de commandes hors marché a été respecté ne sera acquise qu'en fin d'exécution.

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.