

Ordre de service, bon de commande, avenant, ne pas se tromper !

Lors de l'exécution du marché, trois possibilités s'offrent au pouvoir adjudicateur pour intervenir sur son déroulement, l'ordre de service, le bon de commande ou l'avenant.

Mais quelles sont les conditions formelles et contractuelles d'utilisation de l'ordre de service et du bon de commande ? Peut-on utiliser le bon de commande pour passer des consignes au titulaire ?

Autant de questions auxquelles nous allons répondre, en revenant sur la définition de chaque instrument contractuel (I), puis en abordant les confusions d'utilisations possibles entre ordre de service et bon de commande (II), puis celles entre ordre de service et avenant (III).

I. Définitions

L'ordre de service est un acte d'exécution du marché, unilatéral et écrit du pouvoir adjudicateur notifiant une information ou une décision au titulaire d'un marché public dans les conditions prévues par ce dernier, et ne nécessitant pas l'accord des deux parties. Les cahiers des clauses administratives générales pour les marchés de fournitures courantes et services (CCAG-FCS), de propriété intellectuelle (CCAG-PI), et de technologies de l'information et de la communication (CCAG-TIC) en donnent la définition suivante en leurs articles 2 : « L'ordre de service est la décision du pouvoir adjudicateur qui précise les modalités d'exécution des prestations prévues par le marché ».

Le cahier des clauses administratives générales pour les marchés de travaux (CCAG-travaux) en donne une définition similaire en son article 3.8.1 mais précise la forme que doit prendre l'ordre de service : « Les ordres de service sont écrits ; ils sont signés par le maître d'œuvre, datés et numérotés. Le titulaire en accuse réception datée. » Pourtant, il convient dans tous les marchés de respecter les mêmes règles de forme hormis, bien sûr, l'émission par le maître d'œuvre.

Le bon de commande est lui aussi un acte d'exécution du marché, unilatéral et écrit du pouvoir adjudicateur mais son objet se limite à commander des prestations décrites au marché. L'article 77 du Code des marchés publics le définit ainsi : « Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires du marché. Ils précisent celles des prestations, décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité. »

L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses, comme le définit le guide des bonnes pratiques en son point 21.8.1. L'article 20 du Code des marchés publics donne des limites à ce pouvoir de modification du contrat : « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet (CMP, art. 20). L'avenant doit être transmis au contrôle de légalité, si le marché initial a été transmis au contrôle. De plus, l'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 dispose que : « Tout

projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis ; ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés qui, conformément aux dispositions du Code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis ».

II. Ordre de service ou bon de commande

La première des confusions pouvant exister est celle entre ordre de service et bon de commande. En principe, on ne parle de bons de commande que pour l'exécution d'un marché à bons de commande. Or cette forme de marché est envisageable pour tous types d'achats, c'est pourquoi tous les CCAG en parlent, y compris le CCAG-travaux. D'autant que certains marchés ont une partie réglée à prix global et forfaitaire et une autre partie réglée à prix unitaires et exécutée au moyen de bons de commande. À la différence de l'ordre de service utilisable dans n'importe quel marché afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'exprimer son pouvoir de direction du marché et d'information du titulaire, le bon de commande ne sert qu'à commander des prestations.

III. Ordre de service ou avenant

La deuxième confusion pouvant apparaître est celle entre ordre de service et avenant. Normalement, l'ordre de service a pour objet de transmettre les prescriptions du pouvoir adjudicateur dans les limites des stipulations contractuelles prévues soit au cahier des clauses administratives particulières, soit au cahier des clauses administratives générales applicable. Celui-ci prévoit notamment à l'article 14 du CCAG-travaux la possibilité de prescrire, par ordre de service, des prestations supplémentaires ou modificatives dont la réalisation est nécessaire au bon achèvement de l'ouvrage et pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix. Néanmoins, le même CCAG prévoit en commentaires que : « Lorsque le représentant du pouvoir adjudicateur et le titulaire sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet d'un avenant au marché. »

Il est vrai que le Code des marchés publics ne prévoit pas que les dispositions contractuelles puissent être modifiées par ordre de service.

Cependant, de façon exceptionnelle, la doctrine considère que l'ordre de service permet la modification du marché sans le consentement du titulaire du marché par la puissance publique, nécessaire dans le cadre de l'exercice de son pouvoir exorbitant de modification unilatérale du contrat, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État (voir CE, 11 mars 1910, *Compagnie Générale Française des Tramways*, n° 1678 et CE, 2 fév. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n° 34027). Ce pouvoir est, toutefois, encadré. Il ne peut être utilisé que pour un motif d'intérêt général et implique l'indemnisation intégrale du préjudice subi par le cocontractant.

Sources :

- CMP, art. 20 et 77
- CCAG-travaux, art. 3.8.1 et 14
- CCAG-FCS, art. 2
- CCAG-PI, art. 2
- CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n° 34027
- CE, 11 mars 1910, *Compagnie Générale Française des Tramways*, n° 16178