

Bureau du contrôle de la légalité
et du conseil aux collectivités

MARCHES PUBLICS

Que faire en cas de procédure infructueuse ?

La déclaration d'infructuosité est l'une des modalités d'interruption de la procédure de passation d'un marché public.

Il s'agit d'une inadéquation entre les attentes de l'acheteur et les offres présentées par les candidats. L'infructuosité doit découler des résultats, objectivement appréciés, du déroulement de la procédure de passation du marché.

Il n'existe pas de formulaire type de déclaration d'infructuosité. La décision de déclarer la procédure infructueuse n'est pas obligatoirement publiée. En revanche, l'avis de marché de la consultation suivante devra indiquer que la nouvelle procédure fait suite à une déclaration de procédure infructueuse.

L'infructuosité peut découler des cas de figure suivants :

- aucune offre n'a été remise ;
- aucune candidature n'est recevable ;
- les offres remises sont **inacceptables**, c'est-à-dire que le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure ;
- les offres remises sont **inappropriées**, autrement dit, sans rapport avec le marché et donc elles ne sont manifestement pas en mesure de répondre aux besoins annoncés dans les documents de la consultation ;
- les offres remises sont **irrégulières**, c'est-à-dire qu'elles ne respectent pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, notamment parce qu'elles sont incomplètes ou méconnaissent la législation applicable particulièrement dans les domaines sociaux ou environnementaux ;
- les offres remises sont **anormalement basses**, autrement dit, le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

Si une seule offre est appropriée, régulière et acceptable, l'acheteur ne peut pas déclarer une procédure comme étant infructueuse, quand bien même le niveau de concurrence apparaît être insuffisant.

En cas de procédure infructueuse, l'acheteur pourra relancer une nouvelle procédure ou bien, sous réserve que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées, passer un marché sans publicité ni mise en concurrence ou une procédure avec négociation (articles R. 2122-2 et R. 2124-3 du code de la commande publique (CCP)).

L'acheteur pourra recourir à un marché avec négociation uniquement lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.

Il convient de préciser que l'acheteur ne pourra déclarer une procédure comme étant infructueuse qu'à condition que cette infructuosité ne découle pas de carences ou d'anomalies liées au dossier de consultation (CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, Centre hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye, n°07BX01245).

En cas d'illégalité de la déclaration d'infructuosité, l'acheteur ne sera obligé d'indemniser le candidat que dans l'hypothèse où la décision le priverait d'une chance sérieuse d'obtenir le marché (CAA Lyon, 28 juin 2012, société RAS Cosmos, n° 11LY00487).

En cas de recours contentieux, le juge exercera son contrôle sur l'erreur manifeste d'appréciation de la décision de déclarer une procédure infructueuse (CE, 23 octobre 2012, département des Hauts-de-Seine, n°359921). Aussi, il est indispensable que l'acheteur indique les motivations qui l'ont conduit à déclarer l'infructuosité d'une procédure.

Références juridiques :

- *Les offres irrecevables : articles L. 2152-1 à L. 2152-6 du CCP*
- *Le recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence : article R. 2122-2 du CCP*
- *Le recours à un marché avec négociation : article R. 2124-3 du CCP*
- *Indépendance entre infructuosité et défaut du dossier de consultation : CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, Centre hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye, n°07BX01245*
- *L'indemnisation du candidat : CAA Lyon, 28 juin 2012, société RAS Cosmos, n° 11LY00487*
- *L'erreur manifeste d'appréciation : CE, 23 octobre 2012, département des Hauts-de-Seine, n°359921*