

## MARCHÉS PUBLICS

# L'appel d'offres infructueux et le lancement d'un nouveau marché

Qu'elle résulte d'une consultation mal calibrée par le maître d'ouvrage, d'erreurs commises par les candidats ou encore d'offres excédant le budget alloué, la déclaration d'infructuosité est parfois la seule issue d'un appel d'offres. Cette fiche fait le point sur les conditions d'une telle déclaration, et sur les procédures à respecter pour lancer une nouvelle consultation.

**CYRIL LAROCHE**, avocat, docteur en droit, président de l'Association des professionnels du droit public (APDP).

## Dans quels cas une procédure d'appel d'offres (AO) peut-elle être déclarée infructueuse ?

L'infructuosité peut être prononcée lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsque le pouvoir adjudicateur n'a reçu que des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

## Qu'est-ce qu'une offre inappropriée ?

C'est une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut donc être assimilée à une absence d'offre. Autrement dit, il s'agit d'une offre qui ne répond pas à la solution technique ou administrative définie par le pouvoir adjudicateur dans les documents de la consultation et qui ne saurait être régularisée par une mise au point.

## Quid de l'offre irrégulière ?

C'est celle qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou les documents de la consultation. Tel est le cas d'une offre non régulièrement établie (par exemple, une offre non signée). Une offre est également irrégulière lorsqu'elle ne répond pas complètement à la définition des besoins quantitativement et qualitativement définis par le pouvoir adjudicateur dans le dossier de consultation. Selon la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie, les offres présentées hors délai et anormalement basses pourraient être qualifiées d'irrégulières.

## Qu'en est-il des offres inacceptables ?

Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation (par exemple,

les règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement, au droit du travail ou au déroulement de la procédure de passation). Elle est également inacceptable si le pouvoir adjudicateur apporte la preuve que les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne lui permettent pas de la financer. Il s'ensuit qu'une offre ne devrait pas être considérée comme inacceptable au seul motif que son prix serait très supérieur au montant estimé du marché (voir réponse ministérielle, QE n° 05463, JO Sénat du 22 août 2013).

## Quelle est l'autorité administrative compétente pour déclarer infructueux un AO ?

La déclaration d'infructuosité est prise par le pouvoir adjudicateur lorsque le marché est passé par l'État ou par l'un de ses établissements publics.

Elle est adoptée par la commission d'appel d'offres (CAO) en cas de marché passé par une collectivité territoriale ou par l'un de ses établissements publics à l'exception des établissements publics sociaux et médico-sociaux.

## A quel moment la déclaration d'infructuosité peut-elle intervenir ?

L'AO peut être déclaré infructueux après l'examen des offres et l'échec de leur éventuelle mise au point.

## Cette déclaration peut-elle avoir pour objet un ou plusieurs lots d'un marché alloti ?

Dans le cas d'un marché alloti, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'examiner les offres lot par lot; de sorte que la déclaration d'infructuosité peut avoir pour objet un ou plusieurs lots sans remettre en cause la passation des autres lots. Toutefois, ce même pouvoir adjudicateur pourrait probablement déclarer sans suite la passation de l'ensemble des lots d'un marché s'il devait considérer que l'infructuosité de l'un d'entre eux serait de nature à remettre en cause l'exécution du marché.

## Quelle est la forme de la déclaration d'infructuosité ?

Il n'existe pas de formulaire de déclaration d'infructuosité. Le pouvoir adjudicateur rédige librement cette déclaration.

## CE QU'IL FAUT RETENIR

- Le pouvoir adjudicateur ou la commission d'appels d'offres (CAO) peuvent déclarer infructueux un appel d'offres (AO) lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été remise ou lorsque les offres présentées sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.
- Ils peuvent alors décider de lancer une nouvelle procédure de mise en concurrence : nouvel AO, ou, s'il s'agit d'un « petit » lot, procédure adaptée. Si les conditions initiales du marché ne

sont pas substantiellement modifiées, le marché peut être passé selon la procédure négociée.

- En cas de défaut de candidature ou d'offre ou d'offres inappropriées, la procédure négociée est menée sans publicité ni mise en concurrence. Si l'AO est infructueux du fait d'offres irrégulières ou inacceptables, la procédure négociée implique une mise en concurrence et, en principe, une publicité.

## FICHE PRATIQUE

### **A qui doit être notifiée la déclaration d'infructuosité ?**

Le pouvoir adjudicateur informe dans les plus brefs délais l'ensemble des soumissionnaires au marché de l'infructuosité de l'AO et notifie ses motifs ainsi que les voies et délais de recours. Sur demande écrite des candidats, il devra fournir une décision écrite.

### **Que peut décider l'acheteur public suite à la déclaration d'infructuosité du marché ?**

Le pouvoir adjudicateur ou la CAO (selon que le marché est passé par l'Etat ou par une collectivité territoriale) peut lancer une nouvelle procédure d'AO. Il a même l'obligation de le faire s'il décide de modifier de manière substantielle les conditions initiales du marché, notamment pour obtenir des offres recevables.

Dans un marché alloti pour lequel les lots déclarés infructueux sont des « petits » lots, le pouvoir adjudicateur ou la CAO peut passer un marché pour chacun d'eux selon la procédure adaptée (Mapa). Les petits lots sont ceux dont le montant cumulé n'excède pas 20% de la valeur de la totalité des lots; et dont le montant est inférieur à 80000 euros HT en fournitures ou services ou à un million d'euros HT en travaux.

Il faudra indiquer dans le dossier de consultation de la nouvelle procédure que celle-ci fait suite à un appel d'offres infructueux.

### **Qu'en est-il si le pouvoir adjudicateur décide de ne pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché ?**

Le pouvoir adjudicateur peut passer le marché selon la procédure négociée lorsqu'il modifie de manière mineure les conditions initiales du marché. Toutefois, même mineure, cette modification ne saurait avoir pour effet de favoriser un candidat ou de reprendre une proposition formulée par un candidat couverte par le secret commercial.

### **La procédure négociée peut-elle être menée sans publicité ni mise en concurrence ?**

Oui, si l'AO a été déclarée infructueux à raison d'un défaut de candidature ou d'offre, ou du fait d'offres inappropriées.

En revanche, si l'infructuosité est consécutive au dépôt d'offres irrégulières ou inacceptables, une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence doit être menée conformément aux articles 65 et 66 du Code des marchés publics. Si la publication d'un AAPC s'impose, il doit y être procédé dans les conditions prévues par l'article 40 du Code. Les candidats qui ont présenté les offres irrégulières ou inacceptables doivent

présenter une nouvelle candidature pour pouvoir participer à la négociation.

Le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum et maximum de candidats avec qui négocier. Si le nombre minimum de candidats n'est pas atteint, il peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés. S'il fixe un nombre maximum de candidats admis à négocier, il doit préciser les critères pour sélectionner ces candidats dans l'AAPC et négocier avec l'ensemble des candidats sélectionnés. S'il ne prévoit pas un nombre maximum de candidats admis à négocier, il sera tenu de négocier avec chacun des candidats jugés capables d'exécuter le marché.

### **Le pouvoir adjudicateur peut-il se borner à négocier avec les seuls candidats dont les offres ont été jugées irrégulières ou inacceptables ?**

Il peut être dispensé de procéder à une nouvelle publicité et négocier avec les seuls candidats dont les offres étaient irrégulières ou inacceptables, à la condition que ces offres aient respecté les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation prévues dans la consultation initiale.

### **La déclaration d'infructuosité peut-elle faire l'objet d'un recours juridictionnel ?**

Le concurrent évincé de la procédure initiale peut demander au juge administratif d'annuler la déclaration d'infructuosité, sous réserve d'agir dans les deux mois suivant sa notification. La décision de déclarer l'AO infructueux pourra notamment être annulée si elle a eu pour objet de pallier une carence dans l'évaluation des besoins ou si le pouvoir adjudicateur a manifestement commis une erreur dans l'appréciation des offres.

En cas d'annulation de cette déclaration et d'attribution du marché à une société tierce suite à une nouvelle procédure de mise en concurrence, le candidat irrégulièrement évincé de la procédure initiale pourra réclamer la condamnation du pouvoir adjudicateur au paiement du manque à gagner subi, à la condition de prouver qu'il avait une chance sérieuse de remporter le marché.

### **Un référé précontractuel est-il envisageable ?**

Probablement, dès lors que le référé précontractuel a pour objet de faire cesser tout manquement à une obligation de publicité et de mise en concurrence. L'illégalité de la déclaration d'infructuosité devrait donc pouvoir être alléguée à l'appui d'une demande d'annulation de la nouvelle procédure de mise en concurrence lancée suite à cette déclaration. ■

## TEXTES DE RÉFÉRENCES

- Articles 27, 35, 59, 64, 65, 66 et 80 du Code des marchés publics.
- Fiche de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des Finances du 21 février 2013.