



## FICHE TECHNIQUE

# L'abandon de procédure

[Les articles R. 2185-1](#) (marchés publics classiques) et [R. 2385-1](#) (marchés publics de défense ou de sécurité) du code de la commande publique autorisent l'acheteur, à tout moment de la procédure, à abandonner la procédure d'attribution d'un marché public en la déclarant sans suite.

La déclaration sans suite peut être motivée par l'infructuosité de la procédure ou par toute autre raison d'intérêt général, laquelle doit néanmoins être respectueuse des principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Le motif justifiant la déclaration sans suite revêt une grande importance. Dans des hypothèses définies, la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité entraîne en effet des conséquences spécifiques, différentes de celles résultant de la déclaration sans suite pour motif d'intérêt général.

## 1. La déclaration sans suite pour cause d'infructuosité

### 1.1 Les fondements juridiques

Bien que la notion d'infructuosité ne figure pas expressément dans le code de la commande publique, le principe de l'abandon de procédure pour cause d'infructuosité trouve néanmoins son fondement dans les articles [R. 2185-1](#) et [R. 2385-1](#) du code. Cette modalité d'interruption de procédure peut être appliquée tant dans le cadre des procédures formalisées que des procédures adaptées.

Même si les dispositions de [l'article R. 2185-1](#) ne s'appliquent pas aux marchés publics de services juridiques relevant de [l'article R. 2123-8](#) du code, l'acheteur peut s'en inspirer en cas d'infructuosité de la procédure de passation.

### 1.2 Les modalités de la déclaration

#### 1.2.1 L'autorité compétente

La décision de déclarer sans suite pour cause d'infructuosité appartient à la personne compétente pour attribuer le marché public.

Pour les collectivités territoriales, il n'est pas nécessaire de consulter préalablement la commission d'appel d'offres pour prendre cette décision.

## 1.2.2 La publication

La décision de déclarer la procédure infructueuse n'a pas à être 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.

Par ailleurs, le formulaire standard relatif aux avis d'attribution établi par le Règlement d'exécution (UE) n° 2015/1986 de la Commission européenne en date du 11 novembre 2015 contient une rubrique relative à la non attribution d'un marché public<sup>1</sup>. Les acheteurs peuvent ainsi également, avant le lancement d'une nouvelle procédure, procéder à la publication d'un tel avis. Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation.

## 1.2.3 Information

Les [articles R. 2185-2](#) et [R. 2385-1](#) du code de la commande publique imposent à l'acheteur d'informer, dans les plus brefs délais, les opérateurs économiques ayant participé à la procédure qu'il ne sera pas donné suite à cette procédure en leur indiquant les raisons qui justifient cette décision.

La décision doit porter indication des délais et voies de recours pour que le délai de forclusion puisse courir.

Il n'existe pas de formulaire type de déclaration d'infructuosité.

Si les dispositions de [l'article R. 2185-1 du code de la commande publique](#) ne sont pas applicables aux marchés publics de services juridiques du 4° de [l'article R. 2123-1 du même code](#), les acheteurs devraient néanmoins s'inspirer des modalités prévues par cet article afin, d'une part, de maintenir de bonnes relations avec les opérateurs économiques intéressés et, d'autre part, de faire courir le délai de recours contentieux.

## 1.3 Pour quels motifs déclarer infructueuse une procédure ?

La déclaration d'infructuosité suppose une inadéquation entre les attentes exprimées par l'acheteur et l'offre présentée par les candidats. Elle découle des résultats, objectivement appréciés, du déroulement de la procédure de passation.

L'infructuosité peut être déclarée exclusivement dans les cas suivants :

- en l'absence de candidature remise ;
- en l'absence de candidature recevable ;
- en l'absence d'offre remise ;
- si les offres remises se révèlent :
  - inappropriées ;
  - irrégulières ;
  - inacceptables.

Le fait qu'une offre au moins soit appropriée, régulière et acceptable interdit à l'acheteur de déclarer une procédure d'appel d'offres infructueuse et ce, même si le niveau de concurrence apparaît comme insuffisant.

Il convient par ailleurs de préciser qu'une procédure de passation de marché public ne peut être déclarée infructueuse que si elle a été organisée dans des conditions de nature à en assurer normalement la réussite, notamment par la fixation d'un prix estimatif réaliste<sup>2</sup>. La déclaration d'infructuosité est donc exclue lorsqu'elle a pour but de pallier les carences de

<sup>1</sup> Cf. partie V.1. du formulaire concernant les informations relatives à une non-attribution.

<sup>2</sup> [CE, 29 décembre 1997, Préfet de Seine-et-Marne c/ Opac de Meaux, n° 160686.](#)

l'administration dans l'évaluation de ses besoins. Aussi, l'infructuosité de la procédure ne peut être retenue dans le cas de difficultés rencontrées pour analyser des offres, lorsque celles-ci résultent d'une imprécision du règlement de la consultation<sup>3</sup>. Elle serait, dans cette hypothèse, susceptible d'être annulée par le juge.

### 1.3.1 L'absence de candidature et l'absence d'offre

[Les articles R. 2143-2](#) (marchés classiques) et [R. 2343-2](#) (marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique précisent que les candidatures reçues hors délai sont éliminées. Il en va de même, s'agissant de la réception d'offres hors délai, conformément aux articles [R. 2151-5](#) (marchés classiques) et [R. 2351-1](#) du code (marchés de défense ou de sécurité). Aussi, la seule réception de candidatures ou d'offres hors délai est assimilée à une absence de candidature ou d'offre.

### 1.3.2 La candidature irrecevable

Une candidature est irrecevable au sens des [articles R. 2144-7](#) (marchés publics classiques) et [R. 2344-4](#) (marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique lorsque le candidat se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut pas produire, dans le délai imparti, les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur.

### 1.3.3 L'offre inappropriée

Aux termes de [l'article L. 2152-4 du code de la commande publique](#), une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre aux besoins et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation<sup>4</sup>.

### 1.3.4 L'offre irrégulière.

En application des [articles L. 2152-2](#) (marchés classiques) et [L. 2352-1](#) (marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique, une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale<sup>5</sup>.

La notion de « législation applicable » doit être entendue de manière large et peut comprendre notamment la législation applicable en matière sociale et environnementale, mais également les règles relatives à la sous-traitance ou à la fiscalité. Si les règles en cause entrent en vigueur postérieurement à la fin de l'exécution du marché public, une offre ne les prenant pas en compte ne peut pas être jugée irrégulière<sup>6</sup>.

Si [l'article L. 2152-5 du code de la commande publique](#) ne la qualifie pas expressément comme telle, l'offre jugée anormalement basse doit néanmoins être considérée comme irrégulière, car elle contrevient de façon générale aux lois et règlements et qu'il est interdit de retenir une offre dont il a été démontré qu'elle était anormalement basse.

---

<sup>3</sup> CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre Hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye*, n° 07BX01245.

<sup>4</sup> Pour plus d'informations sur ce point, nous vous invitons à consultation la fiche technique relative à « [l'examen des offres](#) ».

<sup>5</sup> Pour plus d'informations sur ce point, nous vous invitons à consultation la fiche technique relative à « [l'examen des offres](#) ».

<sup>6</sup> [CE, 19 décembre 2014, Valor'Aisne, n° 373718](#).

**Attention**, le fait qu'une offre ait été éliminée parce que l'analyse a abouti à lui attribuer une note éliminatoire n'en fait pas une offre irrégulière au sens des dispositions des [articles L. 2152-2](#) (marchés classiques) ou [L. 2352-1](#) (marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique. Toutefois, le fait que l'acheteur se trouve, en conséquence, avec une concurrence insuffisante (plus aucune offre à analyser ou un nombre insuffisant d'offres à analyser) constitue un motif d'intérêt général qui justifie l'abandon de la procédure d'attribution<sup>7</sup>.

### 1.3.5 L'offre inacceptable

[Les articles L. 2152-3](#) (marchés classiques) et [L. 2352-1](#) (marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique définissent l'offre inacceptable comme une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure<sup>8</sup>.

Ce n'est néanmoins qu'à la condition que l'acheteur n'ait pas les moyens de la financer et qu'il soit en mesure de le prouver, qu'une offre peut être qualifiée d'inacceptable. Lorsque le budget de l'acheteur lui permet d'accepter l'offre, celle-ci ne peut être rejetée comme inacceptable et ce, même si son prix est largement supérieur au montant estimé du marché public<sup>9</sup>. Le caractère inacceptable de l'offre est ainsi directement lié à la capacité de l'acheteur en matière de financement du projet d'achat<sup>10</sup>.

## 1.4 Les conséquences d'une déclaration sans suite pour cause d'infructuosité

Les conséquences d'une déclaration sans suite pour cause d'infructuosité varient selon qu'il s'agit d'un marché public ou d'un marché public de défense ou de sécurité, selon que l'acheteur agit en tant que pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice, mais aussi selon la cause de cette déclaration et la nécessité ou non de modifier les conditions initiales du marché public.

### 1.4.1 En marché public hors marché public de défense ou de sécurité

À la suite d'une déclaration sans suite pour cause d'infructuosité, l'acheteur peut soit relancer une nouvelle procédure, soit, suivant les motifs de la déclaration, et sous réserve que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées, passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables<sup>11</sup>, recourir à une procédure avec négociation ou encore à un dialogue compétitif<sup>12</sup>.

**La notion de modification substantielle des conditions initiales du marché public n'est pas explicitée dans la directive 2014/24/UE.**

Après une procédure infructueuse, l'acheteur peut adapter le contenu du dossier de consultation préalablement à la nouvelle procédure de passation afin de tenir compte des résultats de la première consultation dès lors que ces adaptations ne modifient pas substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché. À titre d'illustration, la jurisprudence a reconnu qu'il était possible d'identifier, au stade de la nouvelle procédure, un produit d'une marque déterminée (lequel devra désormais impérativement être accompagné de la mention « ou équivalent »), dès lors que ce produit répondait aux

<sup>7</sup> CE, 17 septembre 2018, *Société Le Pagnus*, n° 407099, à propos d'un contrat de concession de plage. Voir alors point 2 de la présente fiche.

<sup>8</sup> Pour plus d'informations sur ce point, nous vous invitons à consultation la fiche technique relative à « l'examen des offres ».

<sup>9</sup> CE, 24 juin 2001, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines*, n° 346665 ; CAA Marseille, 1<sup>er</sup> février 2016, *Société Axis Architecture*, n° 14MA01954.

<sup>10</sup> Rép. min. n°05463, JO Sénat, 22 août 2013, p. 2441.

<sup>11</sup> Art. R. 2122-2 du code de la commande publique (marchés classiques)

<sup>12</sup> 6° de l'Art. R. 2124-3 et R. 2124-5 du code de la commande publique (marchés classiques).

exigences du cahier des clauses techniques particulières ([CE, 12 mars 1999, \*Entreprise Porte\*, n° 171293](#)).

Il y a modification substantielle des conditions initiales du marché public :

- lorsque l'acheteur demande aux candidats de proposer, dans leur offre, un prix unitaire alors que le règlement de la consultation initial prévoyait un prix forfaitaire global ([CE, 25 juillet 2001, \*Commune de Gravelines\*, n° 229666](#)) ;

- lorsque des substantielles modifications du programme des travaux, par rapport à celui qui a fait l'objet de la mise en concurrence initiale, représentant près du quart du contenu du marché ont été apportées au projet ([CE, 14 mars 1997, \*Préfet du Maine-et-Loire\*, n° 146011](#)) ;

- lorsque l'objet du marché public est limité à la réalisation de la couverture des terrains de tennis et à la construction d'un bâtiment d'accueil d'un stade comportant un seul niveau alors que la procédure de consultation initiale avait pour objet le déplacement d'un terrain de football, la réalisation et la couverture de deux terrains de tennis et la construction d'un bâtiment d'accueil comportant deux niveaux ([CE, 5 décembre 1994, \*Commune du Vésinet\*, n° 131680](#)).

Il convient toutefois de préciser que l'acheteur ne peut pas recourir à l'une de ces trois procédures si l'infructuosité est la conséquence de carences ou d'anomalies du dossier de consultation<sup>13</sup>. Si tel était le cas, l'acheteur devrait relancer un nouvel appel d'offres<sup>14</sup>.

Il devra alors indiquer dans l'avis de marché de la consultation suivante qu'il s'agit d'une nouvelle procédure qui fait suite à une déclaration de procédure infructueuse.

#### *1.4.1.1 Le recours, par l'acheteur à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence.*

En application de [l'article R. 2122-2 du code de la commande publique](#) (marchés publics classiques), sous réserve que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées, l'acheteur peut avoir recours à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables, si, par ailleurs, les conditions suivantes sont réunies :

- la procédure initialement suivie a été :
  - pour un pouvoir adjudicateur : un appel d'offres ouvert, un appel d'offres restreint ou une procédure adaptée en application du 1°, du 3° et du 4° de [l'article R. 2123-1 du code de la commande publique](#) ; pour une entité adjudicatrice : une procédure formalisée quelle qu'elle soit ou une procédure adaptée en application du 1°, du 3° et du 4° de [l'article R. 2123-1 du même code](#).
- la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité est justifiée par le fait que :
  - aucune candidature n'a été déposée dans les délais prescrits par les documents de la consultation ou seules des candidatures irrecevables au sens de [l'article R. 2144-7 du code de la commande publique](#) ont été présentées dans les délais.
  - aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits<sup>15</sup> ou seules des offres inappropriées au sens de [l'article L. 2152-4 du même code](#) ont été présentées dans ces délais.

Ces deux conditions sont cumulatives.

---

<sup>13</sup> CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre Hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye*, n° 07BX01245.

<sup>14</sup> [CE, 29 décembre 1997, \*Préfet de Seine-et-Marne c/ OPAC de Meaux\*, n° 160686](#), à propos d'une procédure négociée mise en œuvre de façon irrégulière à la suite d'un appel d'offres.

<sup>15</sup> Pour rappel, l'offre jugée anormalement basse est assimilée à une absence d'offre.

Les « petits lots » au sens des dispositions du [2° de l'article R. 2123-1 du code de la commande publique](#) qui seraient, à la suite d'une procédure adaptée, déclarés infructueux pour ces mêmes motifs peuvent faire l'objet d'une négociation sans publicité ni mise en concurrence préalables, quand bien même cet article ne renvoie pas à ces dispositions. Les seuils de 80 000 euros HT pour les fournitures et services et de 1 000 000 euros HT pour les travaux sont en effet inférieurs aux seuils des procédures formalisées, ce qui en fait, par voie de conséquence, des « *marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée* » catégorie quant à elle expressément visée à [l'article R. 2122-2 du même code](#).

Pour les pouvoirs adjudicateurs, l'infructuosité d'une procédure de dialogue compétitif ou d'une procédure avec négociation ne permet pas de recourir à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence.

Si la procédure initialement mise en œuvre était une procédure adaptée, il appartiendra à l'acheteur de s'assurer, avant d'utiliser la procédure dérogatoire du marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables, que la publicité à laquelle il a procédé et les délais de réponse fixés étaient suffisants pour assurer le respect des principes applicables au droit de la commande publique. A défaut, l'acheteur devra relancer une nouvelle procédure.

Par ailleurs, l'acheteur, s'il peut recourir à cette procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, dispose toujours de la faculté de se soumettre à des exigences plus contraignantes en termes de procédure.

Il convient d'ajouter que la Commission européenne peut demander qu'un rapport lui soit communiqué lorsque l'acheteur décide de recourir à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence dans trois cas de figure :

- pour les pouvoirs adjudicateurs, si la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité intervient après la mise en œuvre d'un appel d'offres ouvert ou d'un appel d'offres restreint ;
- pour les entités adjudicatrices, si la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité intervient après la mise en œuvre d'une procédure formalisée ;
- pour tous les acheteurs, si la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité intervient après la mise en œuvre d'une procédure adaptée relevant du 3° et du 4° de [l'article R. 2123-1 du code de la commande publique](#) et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens.

Dans ces hypothèses, il est recommandé aux acheteurs de s'y préparer. L'acheteur devra démontrer dans ces éléments que les conditions de recours au marché négocié sans publicité ni mise en concurrence étaient réunies.

#### *1.4.1.2 Le recours par le pouvoir adjudicateur à une procédure avec négociation ou à un dialogue compétitif*

En application du [6° de l'article R. 2124-3](#) (procédure avec négociation) et de [l'article R. 2124-5](#) (dialogue compétitif) du code de la commande publique, lorsque les conditions initiales du marché public ne sont pas substantiellement modifiées, l'acheteur peut recourir à une procédure avec négociation ou à un dialogue compétitif si, en outre, les conditions suivantes sont réunies :

- le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur ;
- la procédure suivie était celle d'un appel d'offres ouvert ou d'un appel d'offres restreint ;
- seules les offres irrégulières ou inacceptables au sens des [articles L.2152-2](#) et [L.2152-3](#) du code de la commande publique ont été présentées.

Dans ce cas de figure, le recours à l'une de ces procédures est permis et ce, même si les conditions, telles que prévues au 1° à 5° de [l'article R. 2124-3 du code de la commande publique](#), pour y recourir n'étaient pas initialement satisfaites.

Le [6° de l'article R. 2124-3](#) (procédure avec négociation) et [l'article R. 2124-5](#) (dialogue compétitif) du même code ne concernent pas les entités adjudicatrices. La procédure concurrentielle avec négociation ne peut, en effet, être mise en œuvre que par les pouvoirs adjudicateurs. Par ailleurs, à la différence de ces derniers, les entités adjudicatrices ne sont soumises au respect d'aucune condition pour pouvoir recourir au dialogue compétitif<sup>16</sup>.

L'attention des pouvoirs adjudicateurs est attirée sur le fait que la procédure de dialogue compétitif est une procédure lourde et longue à mener, imposant tant aux opérateurs économiques qu'aux pouvoirs adjudicateurs des charges importantes. Il n'est donc pas recommandé de recourir à un dialogue compétitif dans ces conditions.

Dans l'hypothèse où l'acheteur décide d'élargir la concurrence en ouvrant la procédure à d'autres candidats potentiels, il doit publier un avis de marché. L'avis de marché de la consultation suivante devra indiquer qu'il s'agit d'une nouvelle procédure qui fait suite à une déclaration de procédure infructueuse.

Dans ce cas, les candidats ayant participé à la procédure déclarée sans suite ne sont pas tenus de faire acte de candidature pour la nouvelle procédure. S'ils décident de le faire, ils devront alors présenter un nouveau dossier de candidature<sup>17</sup> ainsi qu'une offre.

Le pouvoir adjudicateur n'est, en revanche, pas tenu de publier un tel avis s'il ne fait participer à la procédure que le ou les opérateurs dont les candidatures étaient recevables et qui ont présenté des offres respectant les exigences en termes de délais et de modalités formelles prévues dans les documents de la consultation de la procédure initiale.

Deux cas de figure doivent être distingués.

- Si la procédure déclarée infructueuse était un appel d'offres ouvert ou un appel d'offres restreint sans limitation de nombre des candidats admis à soumissionner, le pouvoir adjudicateur, dans la lettre d'abandon de la procédure, devra inviter les opérateurs économiques dont la candidature a été jugée recevable, à fournir, dans un délai qu'il prescrit, les documents justificatifs et autres moyens de preuves démontrant qu'ils détiennent les capacités requises et ne font l'objet d'aucune interdiction de soumissionner. Seuls ceux dont la candidature sera effectivement recevable au sens de [l'article R. 2144-7 du code de la commande publique](#)<sup>18</sup> et qui auront remis une offre conforme aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres, pourront être admis à présenter une nouvelle offre, laquelle pourra, le cas échéant, ne comporter que les éléments modifiant l'offre d'origine<sup>19</sup>.

Ainsi, l'acheteur ne doit pas faire participer les candidats :

- se trouvant dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner prévus aux articles [L. 2141-1](#) à [L. 2141-11](#) du code de la commande publique<sup>20</sup> ;
- ne remplissant pas les conditions de participation fixées par l'acheteur dans le cadre de la procédure initiale déclarée sans suite ;
- n'ayant pas remis une offre répondant aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres

---

<sup>16</sup> [Art. R. 2124-6](#) du code de la commande publique

<sup>17</sup> Sous l'ancien code, [Rép. min. n°10609, JO Sénat, 17 juin 2004, p. 1341](#).

<sup>18</sup> [Art. R. 2144-7](#) du code du code de la commande publique : « Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé ».

<sup>19</sup> [CE, 11 août 2009, Société Val'Horizon, n° 325465](#).

<sup>20</sup> Il est possible de mettre en œuvre la dérogation justifiée par l'intérêt général prévue à [l'article L. 2141-6](#) du code seulement si cette dérogation a été mise en œuvre au bénéfice du même soumissionnaire dans le cadre de la procédure initiale déclarée sans suite.

- Si la procédure dont l'infructuosité a été déclarée était un appel d'offres restreint avec une limitation du nombre des candidats admis à soumissionner, alors l'acheteur, s'étant déjà assuré, au stade de la vérification des candidatures, que celles présentées par les opérateurs économiques admis à soumissionner étaient recevables, pourra alors les inviter à déposer une offre dans le cadre de la nouvelle procédure, sous réserve qu'ils aient remis dans le cadre de la première procédure une offre conforme aux exigences relatives aux délais et modalités formelles qu'elle contenait. Là encore, la nouvelle offre remise pourra ne contenir que les éléments qui modifient l'offre initiale.

En toute hypothèse, les opérateurs économiques sont libres de participer ou non à la nouvelle procédure d'attribution.

#### *1.4.1.3 Le recours à une nouvelle procédure*

Si l'acheteur projette de modifier substantiellement le dossier de consultation propre à la procédure initiale, il doit recourir à une nouvelle procédure : procédure formalisée ou procédure adaptée suivant le montant et les caractéristiques du marché public<sup>21</sup> et les conditions de recours à ces différentes procédures.

### *1.4.2 En marché public de défense ou de sécurité*

#### *1.4.2.1 Lorsque les conditions initiales du marché public de défense ou de sécurité sont substantiellement modifiées*

Si l'acheteur projette de modifier substantiellement le dossier de consultation propre à la procédure initiale, il doit recourir à une nouvelle procédure : procédure formalisée ou procédure adaptée selon le montant, les caractéristiques du marché public<sup>22</sup> et les conditions de recours à ces différentes procédures.

#### *1.4.2.2 Lorsque les conditions initiales du marché de défense ou de sécurité ne sont pas substantiellement modifiées*

- En application de [l'article R. 2322-2 du code de la commande publique](#), lorsque les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, l'acheteur peut avoir recours à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : lorsque seules des offres irrégulières définies à [l'article L. 2152-2 du même code](#), ou inacceptables au sens de [l'article L. 2152-3](#), ont été présentées et si l'acheteur ne fait participer à la négociation que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation ;
- Lorsque, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée, soit seules des candidatures irrecevables au sens de [l'article R. 2344-4 du code de la commande publique](#) ou des offres inappropriées au sens de [l'article L. 2152-4 du même code](#) ont été présentées.

Dans l'hypothèse où la valeur estimée du besoin du marché est supérieure aux seuils européens des procédures formalisées, un rapport est communiqué par l'acheteur à la Commission européenne si celle-ci le demande. Dans un tel cas, il est recommandé aux acheteurs d'élaborer un rapport dès la décision de déclaration sans suite, sans attendre que la Commission européenne n'en sollicite la communication. Dans ce rapport, l'acheteur devra justifier que les conditions de recours au marché négocié sans publicité ni mise en concurrence était ainsi réunies.

---

<sup>21</sup> CE, 14 mars 1997, *Préfet du Maine-et-Loire*, n° 146011.

<sup>22</sup> CE, 14 mars 1997, *Préfet du Maine-et-Loire*, n° 146011.



## 1.5 Le contrôle du juge

Le juge exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la décision de déclarer la procédure infructueuse<sup>23</sup>.

La décision de l'acheteur est donc susceptible d'être contrôlée par le juge, y compris par la voie de référé précontractuel, à l'appui d'un recours contre la procédure engagée à la suite de la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité<sup>24</sup>.

Le juge condamne le recours à une modalité erronée d'interruption de la procédure. Le Conseil d'État a, par exemple, sanctionné le recours à la décision de ne pas donner suite à la procédure d'attribution pour motif d'intérêt général alors que seule la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité était applicable<sup>25</sup>.

Le juge sanctionne également la déclaration sans suite d'un appel d'offres pour cause d'infructuosité et le recours à un marché public négocié qui l'a suivi, lorsque cette décision trouve son origine dans des erreurs d'analyse des offres provoquées elles-mêmes par l'imprécision du règlement de la consultation<sup>26</sup>.

L'illégalité de la déclaration d'infructuosité d'un appel d'offres n'oblige l'acheteur à indemniser un candidat que dans l'hypothèse où la décision prive ce dernier d'une chance sérieuse d'obtenir le marché public<sup>27</sup>.

## 2. La déclaration sans suite pour une ou des raisons autres que celles liées à l'infructuosité de la procédure d'attribution

### 2.1 Les fondements juridiques

L'acheteur peut également, en application des articles [R. 2185-1](#) et [R. 2385-1](#) du code de la commande publique, à tout moment jusqu'à la signature du marché public décider de ne pas donner suite à la procédure de passation pour un motif autre que celui lié à l'infructuosité de la procédure. Ainsi, l'insuffisance de la concurrence (trop faible nombre d'offres reçues) est un motif d'intérêt général qui justifie l'abandon de la procédure d'attribution<sup>28</sup>.

Les raisons susceptibles de justifier une déclaration sans suite doivent être respectueuses des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures rappelés à [l'article L. 3 du code de la commande publique](#) et destinés à permettre l'efficacité de la commande publique ainsi que la bonne utilisation des deniers publics.

La déclaration sans suite pour « motif d'intérêt général » s'applique à tous les marchés publics, y compris les marchés publics de représentation juridique, même si [l'article R. 2123-8](#) relatif aux marchés publics de services juridiques n'y fait pas expressément référence<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 359921.

<sup>24</sup> CE, 3 mai 2002, *Union des syndicats du sud Gironde pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères*, n° 242891.

<sup>25</sup> CE, 18 mars 2005, *Société Cyclergie*, n° 238752.

<sup>26</sup> CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre Hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye*, n° 07BX01245.

<sup>27</sup> CAA Lyon, 28 juin 2012, *Société RVA Cosmos*, n° 11LY00487.

<sup>28</sup> CE, 17 septembre 2018, *Société Le Pagus*, n° 407099, à propos d'un contrat de concession de plage.

<sup>29</sup> CE, 8 avril 1998, *Préfet de la Sarthe c./ commune de la Ferté-Bernard*, n° 146002.

## 2.2 Comment déclarer sans suite pour une ou des raisons autres que celles liées à l'infructuosité de la procédure d'attribution

### 2.2.1 L'autorité compétente.

La décision appartient à la personne compétente pour attribuer le marché public.

### 2.2.2 Le moment de la décision.

La déclaration sans suite peut intervenir à tout moment jusqu'à la signature du marché public. Elle peut même intervenir alors que le marché public a été attribué, puisque la décision d'attribuer le marché public ne crée, au profit de l'attributaire, aucun droit à la signature du contrat.

Cette décision est subordonnée, pour l'essentiel, à la seule existence d'une motivation suffisante qu'il appartient à l'acheteur d'établir.

### 2.2.3 Publication.

Le formulaire standard relatif aux avis d'attribution établi par le Règlement d'exécution (UE) n° 2015/1986 de la Commission européenne en date du 11 novembre 2015 contient une rubrique relative à la non-attribution d'un marché public. Les acheteurs peuvent ainsi, avant le lancement d'une nouvelle procédure, procéder à la publication d'un tel avis. Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation.

En revanche, il doit indiquer, dans l'avis d'appel à la concurrence d'une éventuelle consultation suivante, que cette nouvelle procédure a été initiée à la suite de la décision de renoncer à passer le marché public pour des raisons spécifiques ne résultant pas de l'infructuosité de la procédure.

### 2.2.4 Information

Les articles [R. 2185-1](#) (marchés publics classiques) et [R. 2385-1](#) (marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique imposent à l'acheteur d'informer, dans les plus brefs délais, les opérateurs économiques ayant participé à la procédure qu'il ne sera pas donné suite à cette procédure et d'indiquer les raisons pour lesquelles il a pris cette décision.

La décision doit porter indication des délais et voies de recours, pour que le délai de forclusion puisse courir. Il n'existe pas de formulaire type pour cette déclaration.

Même si cette obligation ne s'impose pas aux marchés publics de services juridiques de [l'article R. 2123-8 du code de la commande publique](#), les acheteurs devraient néanmoins s'inspirer des modalités prévues par [l'article R. 2185-1](#) précité afin de maintenir de bonnes relations avec les opérateurs économiques intéressés et faire courir le délai de recours contentieux.

## 2.3 Pour quels motifs ?

La motivation constitue un élément de régularité de la déclaration sans suite pour [une ou des raisons autres que celles liées à l'infructuosité de la procédure d'attribution](#). L'acheteur doit toujours motiver sa décision, faute de quoi, elle sera réputée dénuée de justification et, par suite, irrégulière<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> CAA Lyon, 7 janvier 2010, *Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement contre Association OSER*, n° 07LY00624.

Les raisons peuvent être de nature très diverse : économique, juridique ou technique. L'abandon de la procédure peut résulter d'un choix de gestion de l'acheteur. Il importe peu qu'une ou plusieurs offres aient été acceptables ; c'est l'une des différences avec la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité.

Les motifs de la décision doivent être énoncés de façon non équivoque<sup>31</sup> et ne doivent pas traduire une faute ou de véritables carences de l'administration. La déclaration de ne pas donner suite doit être proportionnée aux motifs évoqués.

### 2.3.1 Les motifs économiques

Il peut s'agir de motifs d'ordre budgétaire<sup>32</sup> : par exemple, le coût estimé des travaux dépasse le budget disponible. Ce motif suppose néanmoins de démontrer l'existence et l'origine des surcoûts invoqués.

Le motif peut être d'ordre financier<sup>33</sup> tiré de ce que les prestations objet du marché public pouvaient être réalisées pour un montant nettement moins élevé que celui initialement prévu sur des bases techniques nouvelles.

La décision d'interrompre la procédure peut aussi être justifiée par l'insuffisance de concurrence, qu'elle ait été provoquée ou non par une entente entre les entreprises, même si une ou plusieurs offres sont régulières, appropriées et acceptables<sup>34</sup>. Ainsi, en marchés publics de défense et de sécurité, [l'article R. 2344-5 du code de la commande publique](#) prévoit que lorsque l'acheteur estime que le nombre de candidats appropriés est trop restreint pour assurer une véritable concurrence, il peut suspendre la procédure et publier à nouveau l'avis d'appel à la concurrence en fixant un nouveau délai pour l'introduction des demandes de participation. Cette option ne porte pas atteinte à la faculté de l'acheteur d'annuler la procédure d'achat en cours et de lancer une nouvelle procédure.

### 2.3.2 Les motifs fondés sur le besoin de l'acheteur

La disparition du besoin de l'acheteur, qui peut résulter soit de la disparition pure et simple du besoin, soit de sa redéfinition, peut également être à l'origine d'une décision de déclarer la procédure sans suite<sup>35</sup>.

Peuvent aussi constituer un motif justifiant la déclaration sans suite des considérations liées à l'intérêt du sport national, à la politique de la ville, à l'aménagement du territoire ou à la préservation de l'environnement<sup>36</sup>.

### 2.3.3 Les motifs juridiques et techniques

La déclaration sans suite peut être motivée par le souci d'éviter les risques tenant aux incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises ou de mettre fin à une procédure entachée d'irrégularité<sup>37</sup>. On peut citer, comme exemple d'irrégularité, une contradiction

---

<sup>31</sup> CJCE, 7 avril 1992, *Compagnia Italiana Alcool SAA di Mario Mariano and co*, Aff. C-358/90 : « la motivation exigée par l'article 190 du traité CEE doit faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'autorité communautaire, de façon à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de défendre leurs droits et à la Cour d'exercer son contrôle ». Sous l'ancien code, Rép. min. n°21970, JO Sénat, Q 12 avril 2012, p. 922 : la motivation ne doit pas se limiter à une phrase générique invoquant l'intérêt général mais doit également préciser les circonstances qui ont amené le pouvoir adjudicateur à prendre une telle décision.

<sup>32</sup> CE, 23 novembre 1983, *Cne Mont-de-Marsan c/ Fries*, n° 30493.

<sup>33</sup> CE, 30 décembre 2009, *Société Estradera*, n°305287.

<sup>34</sup> CJCE, 16 septembre 1999, *Fracasso et Leitschutz*, Aff. C-27/98 et Rép. min. n° 14701, JOAN 20 juillet 1998.

<sup>35</sup> CAA Bordeaux, 8 janvier 2008, *Société Gappion*, n° 05BX01006.

<sup>36</sup> TA de Paris, 14 octobre 1997, *Sociétés Eiffage et Spie Batignolles*, n° 9405985/6 et n° 9408111/6.

<sup>37</sup> CAA Versailles, 5 janvier 2012, *commune d'Arbis-Mons*, n° 08VE02889.

entre le règlement de la consultation et le cahier des charges administratives particulières (CCAP) ou le fait que le document technique contienne des dispositions discriminatoires.

La décision peut aussi être motivée par la présence d'erreurs dans les exigences techniques des prestations, rendant impossible le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

## 2.4 La poursuite de la procédure

La déclaration sans suite pour motif d'intérêt général constitue un abandon de procédure. Pour autant, l'acheteur peut lancer une nouvelle consultation.

Il devra, de plus, veiller à ce que la nouvelle procédure soit en cohérence avec la nature du motif invoqué et tirer les conséquences de ce motif. À titre d'exemple, en cas d'insuffisance de crédits budgétaires, la nouvelle consultation ne doit pas intervenir dans les mêmes conditions budgétaires. Si le motif tient à la mauvaise définition du besoin, l'acheteur doit s'attacher à mieux définir son besoin avant le lancement de la nouvelle procédure. Si l'interruption de la procédure est due à la disparition du besoin, il ne peut être envisagé de relancer une consultation pour les mêmes prestations.

Par ailleurs, si les conditions prévues au 2° de [l'article R. 2323-1 du code de la commande publique](#) relatif aux petits lots sont réunies, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée.

## 2.5 Le contrôle du juge

La décision de déclarer la procédure sans suite est discrétionnaire. Elle n'est donc soumise qu'à un contrôle juridictionnel minimum<sup>38</sup>.

Le juge ne sanctionne ainsi que les irrégularités manifestes, telles que l'absence de motif de nature à justifier une telle décision. Il peut aussi, à l'inverse, sanctionner un acheteur en annulant une procédure pour ne pas avoir déclaré sans suite une procédure de passation, alors qu'il était conscient de son irrégularité<sup>39</sup>.

Le juge sanctionne le recours à la décision de ne pas donner suite dans un cas où le motif invoqué caractérise un détournement de procédure mis en œuvre par l'acheteur pour évincer un candidat<sup>40</sup>. L'acheteur devra donc veiller à ce que la faculté d'abandonner la procédure ne soit pas utilisée dans cette perspective.

## 2.6 L'indemnisation des candidats

L'abandon de la procédure pour un motif d'intérêt général ne donne pas lieu à indemnisation des opérateurs économiques ayant participé à la procédure et, notamment de leur manque à gagner, sauf si le règlement de la consultation le prévoit expressément.

Si la renonciation à conclure le marché public n'est pas fondée sur un motif valable, l'acheteur commet une faute de nature à engager sa responsabilité et à ouvrir un droit d'indemnisation au profit des opérateurs économiques ayant participé à la procédure. Si cette renonciation intervient alors que l'attributaire du marché a été sélectionné cette indemnisation pourra porter non seulement sur le manque à gagner mais aussi sur les dépenses engagées en vue de l'exécution du marché public<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> CJCE, 18 juin 2002, *Hospital Ingenieur Krankenhaustechnik Planungs*, Aff. C-92/00.

<sup>39</sup> CAA Nancy, 4 mai 1999, *Préfet du Nord*, n° 95NC02022.

<sup>40</sup> CE, 18 mars 2005, *Société Cyclerie*, n° 238752.

<sup>41</sup> CAA Paris, 4 mai 2010, *Région Ile-de-France*, n° 08PA04899.