

FICHE **2 3****La déclaration d'infructuosité**

Dans la passation d'un marché public, lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été remise, ou bien lorsqu'il n'a été proposé que des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, il est possible de mettre fin à la procédure en la déclarant infructueuse.

Attention ! La déclaration d'infructuosité ne doit pas être confondue avec la déclaration sans suite. Ces deux dispositifs sont proches (voir la fiche « La déclaration sans suite »), mais leur application n'entraîne pas les mêmes conséquences.

1. Les fondements juridiques

Le principe de la déclaration d'infructuosité est mentionné dans les articles 59-III, 64-III et 67-IX du code des marchés publics, respectivement relatifs aux appels d'offres ouvert, restreint et au dialogue compétitif. Pour ces procédures, la déclaration d'infructuosité est encadrée par des règles de compétence et de fond qui s'imposent à l'acheteur public.

Cette modalité d'interruption d'une procédure peut également être appliquée dans le cadre d'autres procédures formalisées ou de la procédure adaptée. Si la description de la procédure adaptée est silencieuse sur cette question (articles 28 et 40 du code), cela s'explique par la liberté accordée au pouvoir adjudicateur pour l'organisation des modalités de passation et, par voie de conséquence, des modalités d'interruption de la procédure.

2. Les modalités de la déclaration**2.1. L'autorité compétente**

La déclaration d'infructuosité est de la compétence de la commission d'appel d'offres dans les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

2.2. Le moment de la décision

La déclaration d'infructuosité est la constatation d'une absence d'offre ou d'une inadéquation entre la demande formulée par l'administration et l'offre des soumissionnaires.

La décision ne peut, par conséquent, être prise qu'à l'issue du jugement définitif des offres ou après mise au point du marché.

2.3. 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.

2.4. Information

L'article 80-II du code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur d'informer dans les plus brefs délais les candidats qu'il ne sera pas donné suite à la procédure et des motifs 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 de déclaration d'infructuosité.

3. Pourquoi déclarer infructueuse une procédure ?

La déclaration d'infructuosité suppose une inadéquation totale entre les attentes exprimées par l'acheteur public 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 d'offre remise ;
- si les offres remises se révèlent :

- irrégulières ;
- inappropriées ;
- inacceptables.

Le fait qu'une offre au moins soit acceptable interdit au pouvoir adjudicateur de déclarer une procédure d'appel d'offres infructueuse et ce, même si le niveau de concurrence apparaît comme insuffisant¹.

On prendra garde qu'un appel d'offres ne peut être déclaré infructueux que dans la mesure où il a été organisé dans des conditions de nature à en assurer normalement la réussite, notamment par la fixation d'un prix estimatif réaliste². La déclaration d'infructuosité est donc exclue lorsqu'elle a pour but de pallier les carences de l'administration dans l'évaluation de ses besoins. Elle serait, dans cette hypothèse, annulée par le juge.

3.1. L'offre irrégulière

Une offre irrégulière est une offre qui est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Doivent donc être considérées comme irrégulières les offres remises hors délai ; celles qui, tout en respectant au principal l'objet du marché, ne répondent pas complètement à la définition des besoins quantitativement ou qualitativement ou encore les offres anormalement basses, notamment lorsqu'elles contreviennent à la législation sur le dumping au sens de l'article L. 420-5 du code du commerce et ne remplissent pas les conditions énoncées par l'article 55 du code des marchés publics.

1. Réponse ministérielle n° 14701, JOAN 20 juillet 1998, p. 4002.

2. CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne c/ Opac de Meaux*, n° 160686.

Une offre irrégulière peut aussi être une offre non régulièrement établie, comme, par exemple, une offre qui ne serait pas signée, excepté dans le cadre de la procédure adaptée et à moins que le dossier de consultation n'en ait fait une obligation³.

Est aussi qualifiée d'offre irrégulière l'offre dans laquelle le candidat n'a pas renseigné tous les prix devant figurer au bordereau des prix unitaires en application du règlement de la consultation⁴. A contrario, n'est pas considérée comme irrégulière l'offre ne mentionnant pas le prix de certaines prestations et matériels dès lors que les documents de la consultation n'exigeaient pas qu'il le soit⁵.

3.2. L'offre inappropriée

Est considérée comme inappropriée l'offre non conforme à l'objet du marché et qui peut être assimilée à une absence d'offre. Le défaut de conformité peut résulter, par exemple, de l'initiative d'un candidat de modifier les documents de la consultation pour remettre une offre ne correspondant pas à ce qui est demandé par l'acheteur public⁶. Il s'agit donc bien d'une offre ne répondant pas à la solution technique et administrative définie par le pouvoir adjudicateur.

On prendra garde qu'une déclaration d'infructuosité n'est pas justifiée si une simple mise au point du marché permet à l'offre d'être conforme aux exigences du cahier des charges⁷.

Une absence d'offre appropriée et une absence d'offre tout court sont équivalentes. Ce sont toutes deux des offres qui n'ont aucun rapport avec les conditions fixées par le pouvoir adjudicateur dans les documents de la procédure, soit parce qu'elles n'existent pas, soit parce qu'elles ne répondent pas au besoin exprimé dans l'appel d'offres.

3.3. L'offre inacceptable

L'offre inacceptable répond au besoin du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice. Mais les conditions prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, par exemple dans le cas d'une offre dont les prix ne seraient pas conformes à l'article L. 6211-21 du code de la santé publique imposant la facturation d'examen de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale⁸ ou encore dans le cas d'une offre qui méconnaît les stipulations d'une convention collective⁹.

Il peut également s'agir de l'hypothèse où les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de financer l'offre. Toutefois, ce n'est qu'à la condition que le pouvoir adjudicateur n'ait pas les moyens de la financer, et qu'il soit en mesure de le prouver, qu'une offre peut être qualifiée d'inacceptable¹⁰. Dès lors que le budget du pouvoir adjudicateur lui donne la possibilité d'accepter l'offre, celle-ci ne peut pas être rejetée comme inacceptable, même si son prix est largement supérieur au montant estimé du marché¹¹.

3. CE, 8 mars 1996, *M. Pelte*, n° 133198.

4. CE, 20 janvier 2014, *Aquitanis*, n° 373157 ; CE, 25 mars 2013, *Socé Signaud Girod Grand Sud*, n° 364824.

5. CE, 29 mai 2013, *Société Comatis*, n° 366456.

6. CAA Nancy, 11 mai 2006, *Société Ronzat*, n° 04NC00519.

7. CE, 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, n° 171293.

8. CE, 27 avril 2011, *Sté Bio Paris Ouest*, n° 344244.

9. CE, 11 décembre 2013, *Grand port maritime de la Martinique*, n° 372214.

10. Réponse ministérielle n° 05463, JO Sénat, 22 août 2013, p. 2441 ; Réponse ministérielle n° 34614, JOAN, 17 décembre 2013, p. 13263.

11. CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines*, n° 346665.

Ainsi, à titre d'exemple, si les crédits budgétaires alloués à un lot permettent de le financer, il n'est pas possible de déclarer inacceptable l'offre arrivée en tête lors du classement final au seul motif que son prix serait jugé excessif. Par ailleurs, si l'offre excède le montant des crédits budgétaires, elle ne peut être déclarée inacceptable que si le coût estimatif n'a pas été fixé de façon irréaliste par le pouvoir adjudicateur¹².

4. La poursuite de la procédure

La déclaration d'infructuosité peut être suivie soit d'un nouvel appel d'offres soit, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, d'un marché négocié sur le fondement de l'article 35-I du code des marchés publics (avec mise en concurrence) ou à l'article 35-II (sans mise en concurrence). Une procédure adaptée pour les lots répondant à la définition de l'article 27-III du code peut également être envisagée. Il conviendra d'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.

4.1. Un nouvel appel d'offres

Si le pouvoir adjudicateur projette de modifier substantiellement le dossier de consultation propre à la procédure initiale, il doit recourir à un nouvel appel d'offres¹³.

4.2. Le marché négocié

4.2.1. A la suite d'un appel d'offres ou d'un dialogue compétitif

La procédure négociée ne peut être mise en œuvre que si la déclaration d'infructuosité est fondée¹⁴.

Lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables, la décision de déclarer la procédure infructueuse permet de recourir à un marché négocié après publicité préalable et mise en concurrence, conformément à l'article 35-I-1° du code des marchés publics.

S'il décide de négocier avec les candidats admis qui, dans le cadre de la procédure initiale, ont remis des offres respectant les exigences formelles et de délai relatives à la présentation des offres, l'acheteur public est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité. Il n'est cependant possible de négocier que sur la base d'offres appropriées. Une offre inappropriée ne peut donc pas faire l'objet de négociations. Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur décide d'élargir la concurrence en permettant à d'autres candidats de participer à la mise en concurrence en publiant un avis de publicité, les candidats qui ont participé à la consultation déclarée infructueuse doivent à nouveau faire acte de candidature¹⁵.

Si la déclaration d'infructuosité résulte d'offres remises inappropriées ou d'absence de plis, le pouvoir adjudicateur peut recourir à un marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, conformément à l'article 35-II-3° du code. La Commission

12. Réponse ministérielle n° 32664, JOAN, 15 octobre 2013, p. 10817.

13. CE, 14 mars 1997, *Préfet du Maine-et-Loire*, n° 146011.

14. CAA Paris, 24 mars 2003, *Crédit d'équipement des PME*, n° 98PA01226.

15. Réponse ministérielle n° 10609, JO Sénat, 17 juin 2004, p. 1341.

européenne peut demander la communication d'un rapport justifiant le recours à cette procédure.

Le pouvoir adjudicateur ne peut mettre en œuvre une procédure négociée à la suite d'un appel d'offres infructueux que si cette infructuosité n'est pas la conséquence de carences ou d'anomalies du dossier de consultation. Si tel était le cas, la personne publique devrait relancer un nouvel appel d'offres¹⁶.

4.2.2. A la suite d'un marché passé selon la procédure adaptée

Dans le cadre d'une procédure adaptée, les dispositions de l'article 28 du code des marchés publics donnent la possibilité au pouvoir adjudicateur qui décide de recourir à la négociation de choisir librement les candidats avec lesquels il souhaite négocier : il peut donc admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Après l'achèvement des négociations, le pouvoir adjudicateur ne peut pas conserver les offres restées inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Celles-ci doivent alors être rejetées¹⁷.

Le pouvoir adjudicateur est libre de décider d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre irrégulière. Il l'est aussi de refuser d'admettre un candidat à la phase de la négociation au motif que son offre est irrégulière.

4.3. Le recours à la procédure adaptée pour les lots infructueux

La décision de déclarer la procédure infructueuse peut également être suivie de la procédure adaptée décrite à l'article 28 du code pour les lots déclarés infructueux et répondant aux conditions fixées par l'article 27-III du code.

Ces dispositions permettent de recourir à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 euros HT dans le cas de marchés de fournitures et de services, ou pour les lots inférieurs à 1 000 000 euros HT dans le cas de marchés de travaux. Le montant cumulé de ces lots ne devra cependant pas excéder 20% de la valeur de la totalité des lots.

Dans cette situation, le pouvoir adjudicateur doit établir un règlement de la consultation qui peut toutefois ne contenir que les informations prévues à l'article 42 du code, c'est-à-dire les caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

5. Le contrôle du juge

Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la décision de déclarer la procédure infructueuse¹⁸.

La décision du pouvoir adjudicateur est donc susceptible d'être contrôlée par le juge, y compris par la voie de référé précontractuel, notamment à l'appui d'un recours contre la procédure négociée engagée à la suite de la déclaration d'infructuosité¹⁹.

16. CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne / OPAC de Meaux*, n° 160686.

17. CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense et des anciens combattants*, n° 353121 ; Réponse ministérielle. n° 34614, JOAN, 17 décembre 2013, p. 13263.

18. CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 359921.

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

Le juge condamne le recours à l'une des deux modalités d'interruption de la procédure alors que seule l'autre pouvait trouver à s'appliquer. Le Conseil d'Etat a par exemple sanctionné le recours à la décision de ne pas donner suite alors que seule la déclaration d'infructuosité était applicable²⁰.

Le juge sanctionne également la déclaration d'un appel d'offres infructueux et le recours à un marché négocié qui l'a suivi, lorsque la décision d'infructuosité trouve son origine dans des erreurs d'analyse des offres provoquées elles-mêmes par l'imprécision du règlement de la consultation²¹.

L'illégalité de la déclaration d'infructuosité d'un appel d'offres n'oblige le pouvoir adjudicateur à indemniser un candidat que dans l'hypothèse où la décision prive ce dernier d'une chance sérieuse d'obtenir le marché²².

20. CE, 18 mars 2005, *Société Cyclergie*, n° 238752.

21. CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre Hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye*, n° 07BX01245.

22. CAA Lyon, 28 juin 2012, *Société RSA Cosmos*, n° 11LY00487.