

Fiche n°37 : Que faire en cas d'appel d'offre infructueux ?

La déclaration d'infructuosité est l'une des modalités d'interruption d'une procédure de passation d'un marché public, prévue par le code des marchés publics.

Elle 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.

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

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

- en l'absence d'offre remise ;
- en l'absence de candidature recevable ;
- 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.

A la suite d'une déclaration 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 ou un dialogue compétitif.

Il convient toutefois de préciser que l'acheteur ne peut recourir à l'une de ces trois procédures si l'infructuosité est la conséquence de carences ou d'anomalies du dossier de consultation¹.

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 marché².

Le juge exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la décision de déclarer la procédure infructueuse³. La décision de l'acheteur est donc susceptible d'être contrôlée par le juge, y compris par la voie du référé précontractuel, à l'appui d'un recours contre la procédure engagée à la suite de la déclaration d'infructuosité.

Il est donc indispensable que l'acheteur indique les motivations qui l'ont conduit à déclarer l'appel d'offres infructueux.

1 CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, Centre hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye, n°07BX01245

2 CAA Lyon, 28 juin 2012, société RSA Cosmos, n°11LY00487

3 CE, 23 octobre 2012, département des Hauts-de-Seine, n°359921