



Dossier
Retrouvez
les textes cités sur
MONITEUR JURIS

Tous les marchés publics, concessions... ne doivent pas systématiquement se voir appliquer les règles de publicité et de mise en concurrence lors de la phase de passation. En effet, Le Code de la commande publique prévoit qu'en fonction de certaines situations, des caractéristiques ou objet du marché, de la qualité de l'acheteur... ces règles n'ont pas à s'appliquer. Cependant, un certain nombre de conditions relativement strictes doivent être remplies.

Les contrats passés sans publicité ni mise en concurrence

La conclusion de marchés en cas « d'urgence impérieuse »	18
Eve Derouesné	
L'hypothèse de la procédure infructueuse : article R. 2122-2 du Code de la commande publique	23
Elisabeth Lançon et François Fourmeaux	
L'hypothèse des prestations ne pouvant être fournies que par un opérateur économique déterminé	29
Laurent Séry et Julie Coulangue	
L'hypothèse des marchés complémentaires de fournitures	35
Claire Manouvriez	
Les marchés de services attribués au lauréat d'un concours	40
Romain Lauret	
L'hypothèse de réalisation de prestations similaires prévue par l'article R. 2122-7 du CCP	45
Christophe Cabanes et Vincent Michelin	
Les marchés exonérés de mise en concurrence à raison de leurs montants	49
Hervé Letellier	
Seuil à 40 000 euros HT : des questions autour d'un projet de décret mal fondé	53
Pierre-Ange Zalcborg	
Les marchés publics passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de la qualité de l'acheteur	57
Guillaume Gauch et Romain Millard	
L'hypothèse des achats innovants	60
Philippe Guellier et Christophe Farineau	
Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement	65
Jacques Dabreteau	
Les contrats de concessions passés sans publicité ni mise en concurrence	71
Sébastien Pinot	



L'hypothèse de la procédure infructueuse : article R. 2122-2 du Code de la commande publique

L'article R. 2122-2 du Code de la commande publique offre la possibilité de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans des cas bien identifiés d'infructuosité, qui expliquent une telle souplesse procédurale. Les modalités de mise en œuvre de cet article n'en sont pas moins rigoureusement encadrées.

Présente dans l'ancien Code des marchés publics⁽¹⁾, avant de disparaître des ordonnances « marchés » et « concessions » et de leurs décrets d'application, la notion d'infructuosité refait discrètement surface dans les dispositions législatives du Code de la commande publique⁽²⁾, sans toutefois recevoir de définition précise.

Pouvant être définie comme une « inadéquation entre les attentes exprimées par l'acheteur et l'offre présentée par les candidats »⁽³⁾, l'infructuosité recouvre plusieurs hypothèses, dont certaines sont saisies par l'article R. 2122-2 du Code de la commande publique (CPP). Celui-ci dispose que l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, dans certains cas, « soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2144-7 ou des offres inappropriées définies à l'article L. 2152-4 ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées (...) ».

Ce faisant, l'article R. 2122-2 vise quelques cas particuliers d'infructuosité, justifiant légitimement qu'il y soit remédié par la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence. Cette passation n'est cependant pas exempte de contraintes, sous le contrôle du juge.

Auteur

Elisabeth Lançon
François Fourmeaux
Avocats
Cabinet ADAMAS

Mots clés

Candidatures • Contrôle du juge • Délais • Offres inappropriées
• Recours contentieux

(1) CMP ancien, art. 59-III, 64-III et 67-IX.

(2) CPP, art. L. 2122-1, L. 2322-1 et L. 3121-2.

(3) DAJ, fiche technique « L'abandon de procédure », 1^{er} avril 2019, point 1.3.



L'infirmité au sens de l'article R. 2122-2

L'article R. 2122-2, pris sur le fondement de l'article L. 2122-1^[4], vise trois hypothèses d'infirmité, d'une nature telle que l'on peut raisonnablement penser que le lancement d'une nouvelle procédure, même plus souple, ne permettrait pas à l'acheteur de trouver une offre répondant à son besoin.

Trois hypothèses d'infirmité

La première hypothèse est celle dans laquelle « aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits ». Cette situation est a priori assez facilement et objectivement constatable, quoique le contentieux ne soit pas que théorique sur ce point^[5]. Les acheteurs qui envisagent de déclarer l'infirmité sur ce motif veilleront au préalable à respecter, le cas échéant, la garantie apportée par les copies de sauvegarde. En effet, aux termes de l'article 2 de l'arrêté du 22 mars 2019, la copie de sauvegarde « est ouverte (...) 2° lorsqu'une candidature ou une offre électronique est reçue de façon incomplète, hors délais ou n'a pu être ouverte, sous réserve que la transmission de la candidature ou de l'offre électronique ait commencé avant la clôture de la remise des candidatures ou des offres »^[6].

Le deuxième cas correspond à celui dans lequel « seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2144-7 » ont été présentées. Le Code perpétue ainsi la nouveauté introduite par l'article 30 du décret abrogé n° 2016-360 du 25 mars 2016, par rapport à l'ancien Code des marchés publics. Pour rappel, une candidature est irrecevable « si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur »^[7]. Le constat de l'infirmité pour un tel motif peut s'avérer relativement tardif lorsque le choix est fait de vérifier les candidatures après le classement des offres - comme le permettent par exemple les articles R. 2144-3 et R. 2161-4 en matière d'appel d'offres ouvert : l'article R. 2144-7 précise qu'en cas d'élimination d'une candidature irrecevable, « lorsque la vérification des candida-

tures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des candidatures recevables ou des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables ».

Le troisième cas recouvre celui dans lequel seules « des offres inappropriées » ont été présentées. Il s'agit d'offres « sans rapport avec le marché parce [qu'elles ne sont] manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation »^[8]. L'offre inappropriée peut ainsi « être assimilée à une absence d'offre^[9] dans la mesure où elle ne répond pas à la solution technique et administrative définie par l'acheteur et ne correspond donc pas à son besoin »^[10]. L'offre inappropriée peut résulter de la modification des documents de la consultation par un candidat afin de proposer une solution différente de celle proposée par le pouvoir adjudicateur^[11]. L'acheteur veillera à ne pas abuser de cette qualification^[12], qui doit être réservée aux cas dans lesquels l'offre est, en quelque sorte, hors de propos.

Infirmité « sèche » et infirmité « relative »

L'analyse de ces cas d'infirmité permet de comprendre l'issue procédurale qui leur est accordée.

En effet, l'article R. 2122-2 vise les cas d'infirmité les plus difficiles à « rattraper » et que l'on pourrait qualifier d'infirmité « sèche » : la consultation des opérateurs économiques n'a même pas permis de faire émerger des candidats ou des propositions, ou bien uniquement des propositions tant éloignées des besoins de l'acheteur qu'elles ne peuvent quasiment pas être qualifiables d'offres. Par conséquent, relancer une nouvelle procédure, même plus souple (telle qu'une procédure autorisant le recours à la négociation), risque de ne pas résoudre la difficulté et d'exposer l'acheteur à une nouvelle infirmité. Seul un marché sans mise en concurrence pourrait lui permettre, le cas échéant, de trouver une réponse à son besoin. On retrouve bien là la logique de l'article L. 2122-1 qui réserve les cas dans lesquels l'acheteur peut passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables aux seules hypothèses dans lesquelles le respect d'une procédure est « inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts

[4] « L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ».

[5] Pour une offre déposée avec 25 secondes de retard... : TA Dijon, 28 décembre 2018, req. n°1803328.

[6] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831545A), fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde, la copie de sauvegarde.

[7] CPP, art. R. 2144-7.

[8] CPP, art. L. 2152-4.

[9] L'article 35 I 3° de l'ancien Code des marchés publics disposait expressément que l'offre inappropriée était assimilable à une « absence d'offre ».

[10] DAJ, fiche technique « L'examen des offres », 1^{er} avril 2019, point 2.1.3.

[11] CAA Nancy 11 mai 2006, Société Ronzat, req. n° 04NC00519.

[12] CE 11 juillet 2018, Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre, req. n° 418021 ; CAA Marseille 1^{er} avril 2019, Société Loximat, req. n° 18MA03971.



de l'acheteur ». C'est également la logique retenue en concession, puisque les hypothèses d'infructuosité dans lesquelles une autorité concédante peut conclure une concession sans publicité ni mise en concurrence préalable sont sensiblement identiques à celles de l'article R. 2122-2^[13].

Ce faisant, l'article R. 2122-2 doit être mis en perspective avec les articles R.2124-3 6° et R.2124-5, qui traitent d'infructuosités « relatives » : ces derniers autorisent l'acheteur à lancer une procédure avec négociation ou un dialogue compétitif « lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ». Pour mémoire, est irrégulière l'offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation (parce qu'incomplète ou méconnaissant la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale)^[14] ; et inacceptable, celle dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché^[15]. Ainsi, dans ces hypothèses, la procédure initiale de mise en concurrence a tout de même permis d'attirer l'attention des opérateurs économiques et d'obtenir le dépôt de propositions qui, certes ne sont pas totalement « exploitables » ou en phase avec les besoins de l'acheteur, mais à propos desquelles on peut raisonnablement espérer qu'une nouvelle procédure, admettant la négociation, permette de sortir de l'impasse de l'infructuosité.

On notera, pour être complet, que pour les marchés de défense ou de sécurité, la réglementation s'affranchit de ces nuances et autorise la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence quelle que soit la configuration de l'infructuosité^[16].

Nature des procédures frappées d'infructuosité

La possibilité de recourir à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence s'applique à l'infructuosité de quelques procédures bien déterminées : (i) les appels d'offres - qu'il soit ouvert ou restreint - lancés par un pouvoir adjudicateur ; (ii) les procédures formalisées lancées par une entité adjudicatrice ; (iii) les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ; (iv) les marchés de l'article R. 2123-1 3° et 4° CCP (marchés ayant pour objet, quelle que soit la valeur estimée du besoin, des services sociaux et autres services spécifiques, et ou certaines prestations de services juridiques).

Le recours à l'article R. 2122-2 reste donc fermé aux pouvoirs adjudicateurs en cas d'infructuosité d'une procédure de dialogue compétitif ou de procédure avec né-

gociation, alors qu'il est possible pour les entités adjudicatrices quelle que soit la procédure formalisée utilisée.

Pour le reste, l'article R. 2122-2 perpétue la consécration de la nouveauté apportée par le décret du 25 mars 2016 par rapport à l'ancien Code des marchés publics, en visant expressément l'infructuosité des marchés publics à procédure adaptée. À ce sujet, l'attention des acheteurs sera attirée sur les conditions dans lesquelles la consultation initiale en procédure adaptée a été lancée : si l'infructuosité s'avère provenir de mesures de publicité et/ou de mise en concurrence (délai de remise des offres par exemple) inadaptées à la consultation, il importe que l'acheteur relance une procédure adaptée en corrigeant ces manquements, avant que de recourir à un marché sans publicité ni mise en concurrence^[17].

On mettra ce champ d'application en perspective avec celui de l'article R. 2124-3 6°, relatif aux infructuosités « relatives », qui ne vise que les appels d'offres, à l'exclusion donc des marchés passés en procédure adaptée. Cette exclusion se comprend : s'agissant à tout le moins des marchés à procédure adaptée avec négociation, cette dernière permet précisément la régularisation des offres irrégulières et inacceptables^[18], donnant ainsi la possibilité de remédier à l'infructuosité.

Passer le marché sans publicité ni mise en concurrence préalables

Le champ d'application de l'article R. 2122-2 étant circonscrit, il convient de s'attarder sur les conditions de passation du marché sans publicité ni mise en concurrence. Celui-ci suppose, au préalable, l'édition d'une décision d'infructuosité. À la suite de quoi, et à la condition de ne pas apporter de modifications substantielles aux conditions initiales de la procédure infructueuse, l'acheteur peut engager un processus de passation du marché, certes sans mise en concurrence, mais pour autant non totalement dépourvu de contraintes procédurales.

Déclarer l'infructuosité

Les textes actuels ne précisent guère les modalités de déclaration de l'infructuosité de la procédure.

La première question qui se pose est celle de l'autorité compétente pour la prononcer. L'ancien Code des marchés publics prévoyait expressément, pour les collectivités territoriales, la compétence de la commission d'appel d'offres^[19]. La pérennité de cette solution n'est plus assurée compte tenu des nombreux débats sur les compétences désormais dévolues à la CAO depuis les

[13] CPP, art. R. 3121-6.

[14] CCP, art. L. 2152-2.

[15] CCP, art. L. 2152-3.

[16] Cf. CCP, art. R. 2322-1 et -2.

[17] Fiche technique précitée, « L'abandon de procédure », point 1.3.

[18] CPP, art. R. 2152-1.

[19] CMP ancien, art. 59 III, 64-III et 67 IX. Pour une illustration sous l'empire du Code de 2004 : CAA Lyon 22 septembre 2001, M. et Mme A, req. n° 10LY00323.



réformes de 2015 et 2016^[20] : une certaine lecture des textes peut conduire à réduire son rôle à « peau de chagrin », et notamment à la priver de toute compétence en matière de déclaration d'infructuosité^[21]. La DAJ de Bercy retient, pour sa part, une position qui peut surprendre : « 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 »^[22]. Or, s'il est encore une compétence dont la CAO semble continuer de disposer, c'est bien celle d'attribuer certains marchés^[23]. En effet, aux termes de l'article L. 1414-2 du CGCT, pour les marchés passés selon une procédure formalisée dont la valeur est supérieure aux seuils, le titulaire est « choisi par une commission d'appel d'offres ». Par conséquent, si le parallélisme des compétences trouve à s'appliquer, comme le suggère la DAJ, on ne comprend guère pourquoi la compétence de la CAO serait écartée. Un arbitrage jurisprudentiel serait le bienvenu.

Une précision s'impose ensuite sur le périmètre de l'infructuosité à déclarer. En effet, en présence d'un marché alloti, l'infructuosité doit classiquement s'apprécier lot par lot : celle qui affecte certains lots ne saurait impliquer que l'ensemble de ceux-ci soient déclarés infructueux^[24]. À noter qu'à la suite de l'infructuosité de certains lots, l'acheteur peut décider d'en fusionner - tant qu'aucune erreur manifeste n'est commise dans l'allotissement - mais à la condition alors de lancer une nouvelle procédure de mise en concurrence^[25] (et non de bénéficier de l'article R. 2122-2, puisque la modification des lots constituerait une modification substantielle, cf. *infra*).

Le reste du régime procédural applicable à la déclaration d'infructuosité ne confine pas à la certitude et les interprétations divergent : pour certains^[26], et nous penchons plutôt en faveur de cette analyse, les textes n'apportent aucune précision sur des conditions de délai, d'information des - éventuels - candidats et de publication de la déclaration d'infructuosité. À l'inverse, la DAJ considère que la déclaration d'infructuosité doit

s'inscrire dans le cadre des articles R.2185-1 et -2 du CPP, relatifs à l'abandon de procédure^[27]. Ces articles disposent respectivement que « L'acheteur peut, à tout moment, déclarer une procédure sans suite » et que « Lorsqu'il déclare une procédure sans suite, l'acheteur communique dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure aux opérateurs économiques y ayant participé ».

De fait, il ne peut sans doute qu'être recommandé aux acheteurs de porter à la connaissance des candidats - s'il y en a eu - la décision d'infructuosité, et ce dans de « brefs délais ». Cette solution s'inscrit d'ailleurs dans la continuité de celle retenue par l'ancien Code des marchés publics, qui prévoyait expressément une « information » des candidats^[28]. Pour autant, en droit, à notre sens, l'application des articles R. 2185-1 et -2 aux infructuosités ne nous paraît exempte d'un examen critique (cf. *infra*).

L'absence de modification substantielle des conditions initiales du marché

Une fois la déclaration d'infructuosité prise, l'acheteur ne pourra s'engager dans un processus de passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence que si « les conditions initiales du marché ne [sont] pas substantiellement modifiées ».

Il s'agit là naturellement d'éviter les détournement de procédure : des modifications substantielles pourraient permettre de refaire apparaître des candidatures ou des offres pertinentes, et donc faire obstacle à tout constat définitif d'infructuosité. Ainsi, constituent des modifications substantielles^[29], obligeant de recourir à une nouvelle procédure identique à celle qui s'est révélée infructueuse : une modification de programme de travaux représentant près du quart du contenu du marché^[30] ; une modification du cahier des charges permettant de réduire de 40 % le montant de la proposition initiale du candidat^[31] ; le passage d'un prix forfaitaire global à un prix unitaire^[32]. Précisons que le caractère substantiel de la modification s'apprécie également, le cas échéant, à l'aune des négociations entreprises lors de la deuxième procédure^[33]. L'acheteur pourra par ailleurs utilement se référer, pour apprécier le caractère substantiel

[20] G. Gauch et S. Jager, « Les incertitudes concernant les commissions d'appel d'offres à la suite de la réforme de la commande publique », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 175, avril 2017 ; N. Charrel, « Les CAO et la réforme de marchés publics : la nouvelle fiche de Bercy source d'interrogations et d'insécurité juridique ».

[21] S. Strady, « La Commission d'appel d'offres en danger ? », *Complément commande publique*, n° 28, juin 2019. À l'inverse, envisageant une compétence possible de la CAO : S. Nicinski, *Droit des marchés publics*, Le Moniteur, III.225.5.2, octobre 2018.

[22] Fiche technique précitée, « L'abandon de procédure », point 1.2.

[23] DAJ, fiche technique « L'intervention de la commission d'appel d'offres », 1^{er} août 2019.

[24] CAA Nantes 3 octobre 2003, Préfet d'Eure-et-Loir, req. n° 99NT02378.

[25] En ce sens : CE 30 juin 2014, Société EIFFAGE construction Pays de la Loire, req. n° 376504.

[26] S. Nicinski, *Droit des marchés publics*, Le Moniteur, III.225.5.2, octobre 2018.

[27] Fiche technique précitée, « L'abandon de procédure », point 1.1.

[28] Art. 59-III et 64-III.

[29] Jurisprudences le plus souvent relatives au recours à un marché négocié sur la base des anciens textes, mais transposables.

[30] CE 14 mars 1997, Préfet du Maine-et-Loire, req. n° 140061 ; voir aussi CE 5 décembre 1994, Commune du Vésinet, req. n° 131680.

[31] CAA Douai 28 janvier 2016, Commune de Saint-Leu d'Esserent, req. n° 14DA00039.

[32] CE 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, req. n° 229666.

[33] CAA Marseille 24 février 2014, Société autocars Rignion, req. n° 11MA02562.



des modifications qu'il envisage d'apporter, à l'article R. 2194-7 du Code de la commande publique relatif aux modifications non substantielles des marchés.

Il n'en demeure pas moins que l'acheteur peut adapter^[34] ou corriger^[35] le dossier de consultation initial afin de tenir compte des résultats de la première consultation, tant que les modifications qui en résultent restent d'ampleur limitée.

Les contraintes procédurales de l'absence de procédure

La passation du marché sans publicité ni mise en concurrence n'est pas exempte de tout cadre juridique.

D'abord, l'acheteur est libre de se soumettre à des règles procédurales contraignantes. Ainsi, le recours à un marché sans publicité ni mise en concurrence reste une faculté (« l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence ») : rien n'empêche l'acheteur de relancer la même procédure que celle retenue initialement même si, en cas d'infructuosité « sèche », les chances de la voir aboutir peuvent être limitées. On recommandera donc, en ce cas, d'en profiter pour apporter des modifications substantielles à la consultation et qui pourrait permettre de remédier à l'infructuosité. Par ailleurs, rien n'interdit à l'acheteur, lorsqu'il fait application de l'article R. 2122-2, « de se soumettre à des exigences plus contraignantes en termes de procédure »^[36], l'essentiel étant, comme toujours lorsqu'il s'agit de se soumettre volontairement à des règles plus strictes, de s'y tenir.

Ensuite, l'acheteur doit se préparer à produire à la Commission Européenne, si elle le lui demande, un rapport, lorsqu'il recourt à l'article R. 2122-2 en cas d'infructuosité (i) d'un appel d'offres lancé par un pouvoir adjudicateur, (ii) d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou (iii) d'un marché relevant des 3^o et 4^o de l'article R. 2123-1. La DAJ suggère que « le rapport visé peut être le rapport de présentation qu'ils sont tenus de rédiger en application de l'article R. 2184-1 du CCP. Pour les entités adjudicatrices, soumises à la simple obligation de conservation des informations prévues par le 1^o de l'article R. 2184-8 du CCP, il conviendra de les formaliser dans un rapport ad hoc »^[37]. Toutefois, et contrairement à l'article 105 du décret abrogé du 25 mars 2016, l'article R. 2184-3 du CPP ne prévoit plus expressément la mention selon laquelle le rapport de présentation de la procédure doit comporter « les motifs de la passation d'un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ».

[34] CE 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, req. n° 171293.

[35] CAA Douai 28 janvier 2016, *Commune de Saint-Leu d'Esserent*, req. n° 14DA00039.

[36] Fiche technique précitée, « L'abandon de procédure », point 1.4.1.1.

[37] DAJ, fiche technique « les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables », 1^{er} avril 2019, point 1.1.2.

Enfin, un marché passé sans publicité ni mise en concurrence reste un marché public. Les règles d'exécution lui seront donc applicables, à commencer par celles relatives à la modification des marchés. Aussi, tout comme les conditions de la consultation initiale ne doivent pas être substantiellement modifiées lors de la passation du marché conclu sur le fondement de l'article R. 2122-2, les éventuels avenants à ce contrat ne sauraient méconnaître les règles relatives aux modifications substantielles telles qu'elles résultent notamment de l'article R. 2194-7.

Contentieux de l'infructuosité

Pour finir, l'on se focalisera, sans prétendre à l'exhaustivité, sur quelques aspects du contentieux des infructuosités.

Contrôle du juge sur les motifs de l'infructuosité

D'abord, le contrôle du juge sur le bien-fondé de l'infructuosité appelle deux remarques.

Premièrement, le juge vérifie que la situation d'infructuosité n'est pas le propre fait de l'acheteur, surtout s'agissant d'infructuosités « sèches » pour lesquelles la question d'un manquement ou d'une carence de l'acheteur se pose d'autant plus : règlement de la consultation bâti de telle manière qu'il ne pouvait qu'entraîner l'irrecevabilité des candidatures ; mauvaise définition du besoin rendant inéluctable l'absence d'offres ou la remise d'offres inappropriées... Ainsi, le juge s'assure que l'infructuosité ne résulte pas d'une défaillance de la collectivité et que la procédure initiale a été lancée dans des conditions permettant sa « réussite »^[38]. L'estimation irréaliste du montant du marché, entraînant un écart de 70 % entre l'évaluation faite par l'acheteur et le montant de l'offre la moins-disante ne peut donc légalement justifier une infructuosité^[39]. Est également irrégulière la déclaration d'infructuosité qui fait suite « aux difficultés et erreurs d'analyse des offres que ne pouvait manquer de provoquer l'imprécision du règlement de consultation »^[40], ou qui procède d'une situation dans laquelle des offres ont été écartées à tort^[41].

Deuxièmement, les déclarations d'infructuosité ne se confondent pas avec les déclarations sans suite ou les abandons de procédure pour motif d'intérêt général. Les premières relèvent de situations clairement identifiées

[38] CE 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne / OPAC de Meaux*, req. n° 160686 ; TA Versailles 16 juin 1994, *Préfet de l'Essonne*, req. n° 934710. Voir aussi Rép. min. n° 14357, JO Sénat 21 avril 2005, p. 1139.

[39] CE 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne / OPAC de Meaux*, req. n° 160686.

[40] CAA Bordeaux 6 novembre 2008, *Centre Hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye*, req. n° 07BX01245.

[41] CE 9 novembre 2015, *Société Les Autocars Roger Ceccaldi*, req. n° 392785 [en l'occurrence pour des offres qualifiées à tort d'inacceptables].



par les textes [tel l'article R. 2122-2], découlent « des résultats, objectivement appréciés, du déroulement de la procédure de passation »^[42], et ne peuvent logiquement intervenir qu'à quelques stades bien précis de la procédure (en l'occurrence à l'issue de l'examen des candidatures et des offres). Les seconds dépendent de motifs potentiellement variés^[43] qui, bien souvent, ne sont pas directement liés aux conditions dans lesquelles les candidats ont répondu à la consultation et qui, par conséquent, peuvent être invoqués à n'importe quel stade de la procédure de passation. Nous avons donc quelques réserves sur l'idée selon laquelle les décisions d'infructuosité devraient relever du champ d'application des articles R. 2185-1 et -2 du CCP^[44] : l'esprit et la logique de ces articles nous semblent réservés aux abandons de procédure pour motif d'intérêt général, mais il serait intéressant que la jurisprudence éclaire ce point.

Quoiqu'il en soit, sera irrégulière la décision de ne pas donner suite à une procédure pour un motif d'intérêt général, alors qu'une déclaration d'infructuosité s'imposait^[45]. Réciproquement, l'infructuosité ne peut être déclarée « sur des motifs étrangers aux résultats de l'appel d'offres »^[46]. La situation la plus susceptible d'induire l'acheteur en erreur est celle dans laquelle une seule offre « analysable » est remise. Cette configuration, certes liée aux résultats de la procédure, ne peut justifier pour autant une déclaration d'infructuosité. Seul un abandon de procédure pour un motif d'intérêt général, tiré de l'insuffisance de la concurrence, est envisageable^[47] : l'intérêt général « n'est pas une cause d'infructuosité de la procédure mais peut fonder une décision de renoncer à la poursuivre »^[48].

Infructuosité et voies de recours

Ensuite, entre réforme de la commande publique, et évolutions récentes de l'office du juge du contrat, le contentieux de l'infructuosité a sans doute à gagner en clarté et stabilité. Mentionnons toutefois quelques décisions qui apportent des éclairages intéressants sur les voies de recours susceptibles de prospérer en cas d'infructuosité.

De première part, l'infructuosité n'est pas totalement hermétique au contentieux du référé précontractuel, alors que l'on pourrait penser que cette voie de recours

soit sans objet puisque, par définition, il a été mis en terme à la procédure. À ce jour, la jurisprudence, qui doit sans doute être confirmée, a toutefois dégagé des solutions nuancées et subtiles. Ainsi, il a été jugé que le référé précontractuel est dépourvu d'objet lorsque l'acheteur a déclaré la procédure infructueuse et en a lancé une nouvelle dans des conditions ne pouvant pas pénaliser le requérant^[49], le tribunal précisant à cette occasion qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'apprécier le bien-fondé de la décision de déclarer la procédure infructueuse, ni qu'il ressort de son office de se prononcer sur des conclusions tendant à l'annulation de la délibération déclarant l'infructuosité. Parallèlement, le tribunal administratif de Paris a jugé que le référé précontractuel n'est pas dépourvu d'objet lorsque les suites données par l'acheteur à l'infructuosité ne sont pas connues, notamment parce qu'il n'a pas encore décidé de recourir ou non à une procédure négociée ou de renoncer ou non à la passation du contrat^[50] ; et le juge d'annuler, dans cette espèce, la procédure (non pas sur le fondement d'une irrégularité de l'infructuosité, mais pour un motif « classique » de manquement de l'acheteur à ses obligations de mise en concurrence).

De deuxième part, relevons une récente décision de la cour administrative d'appel de Marseille^[51], qui se situe à la jonction du contentieux de l'infructuosité et du recours *Tarn-et-Garonne*. Dans cette affaire, un marché avait été déclaré infructueux. Le contentieux ne portait pas tant sur la légalité de l'infructuosité que sur les suites procédurales que l'acheteur y avait donné : celui-ci a recouru à une procédure négociée sans mise en concurrence sur le fondement de l'ancien article 30 I 2° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, alors que l'infructuosité ne résultait pas d'une situation dans laquelle les offres devraient être regardées comme inappropriées. Un candidat, doublement frappé par l'infructuosité de la première procédure et par l'absence d'attribution du marché négocié à son profit, a introduit un recours en contestation de validité de ce dernier. Compte tenu du vice de particulière gravité qu'a constitué la passation du marché, sans mesure de publicité, il en a obtenu l'annulation. En revanche, ses demandes indemnitaires ont été rejetées, faute de démontrer qu'il aurait eu une chance sérieuse d'obtenir le marché, et notamment qu'il aurait pu « présenter une offre plus compétitive que celle de [l'attributaire] si elle avait été en mesure de présenter sa candidature à l'occasion de la seconde procédure ».

[42] DAJ, fiche technique « L'abandon de procédure », 1^{er} avril 2019, point 1.3.

[43] Rép. min. n° 3068, JOAN 30 octobre 2012, p. 6153.

[44] DAJ, fiche technique « L'abandon de procédure », 1^{er} avril 2019, point 1.1.

[45] En ce sens, même si la notion d'infructuosité n'apparaît pas expressément : CE 18 mars 2005, Société Cyclergie, req. n° 238752.

[46] CE 13 janvier 1995, CCI de la Vienne, req. n° 68117.

[47] En ce sens, en matière de concession, mais la logique est transposable en marché : CE 17 septembre 2018, Société Le Pagus, req. n° 407099 ; voir aussi Rép. min. n° 14701, JOAN 20 juillet 1998, p. 4002 ; CJCE 16 septembre 1999, Fracasso et Leitschutz, aff. C-27/98.

[48] G. Pellissier, conclusions sous CE 17 septembre 2018, Société Le Pagus, précité, disponibles sur Arianeweb.

[49] TA Lille 20 décembre 2016, SA Keolis, req. n° 1609249 [s'agissant d'une concession de service public].

[50] TA Paris 20 décembre 2012, Société Delta Process, req. n° 1220829/3-5. Semblait déjà se prononcer en ce sens également : CE 3 mai 2002, Union des syndicats du Sud Gironde pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères, req. n° 242891.

[51] CAA Marseille 1^{er} avril 2019, Société Loximat, req. n° 18MA03971.