

Besoin de recruter rapidement un collaborateur ?



Marchés infructueux : méfiez-vous des recours

A propos de l'auteur

M. Romain Cayrey

[Voir les articles de cet auteur](#)

Un marché infructueux est parfois une aubaine puisqu'il permet, dans certains cas, de passer en procédure négociée. Toutefois l'acheteur a tout intérêt à bien motiver sa décision, afin de limiter un risque de contentieux qui est loin d'être théorique.

« Lorsqu'une infructuosité est déclarée, ce n'est jamais bon signe, c'est souvent le résultat d'un échec, d'une procédure qui ne va pas au bout. Soit ce sont les candidats qui n'ont pas compris les demandes du pouvoir adjudicateur, soit c'est ce dernier qui n'a pas bien identifié ces besoins », observe d'emblée Maître Ana Gonzalez, avocate associée au cabinet Alma Monceau. Il peut arriver qu'un acheteur se retrouve face à des offres qui ne lui conviennent pas. Il va alors analyser les motifs de cet échec pour ensuite qualifier infructueuse sa procédure. Selon l'article 98 du décret marchés du 26 mars 2016, relatif au sans suite, « l'acheteur communique aux opérateurs économiques ayant participé à la procédure, dans les plus brefs délais, les raisons pour lesquelles il a décidé de ne pas attribuer le marché public ou de recommencer la procédure ». Il n'y a donc pas de timing précisément imposé à l'acheteur. « Il peut déclarer sa procédure sans suite à tout moment, jusqu'à la signature du marché. C'est-à-dire même après l'attribution », complète Me Mocaert, avocat associé au cabinet Coudray. Comme l'indique le texte, la personne publique doit argumenter sa décision, a minima pour un motif d'intérêt général (CAA Nantes, 2 février 2016, société SBS c/communauté de communes du pays de Fontenay-le-Comte). Ainsi dans le cas d'une déclaration sans suite postérieure à l'attribution, la personne publique pourra, par exemple, invoquer une erreur de procédure, mais elle engagera alors sa responsabilité.



L'acheteur peut déclarer sa procédure sans suite à tout moment, jusqu'à la signature du marché.

La tentation de la procédure négociée

En cas d'infructuosité, les acheteurs publics disposent de trois choix. En premier lieu, ils ont la possibilité de relancer une nouvelle procédure. Deuxièmement, lorsque seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées, ils peuvent recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif. Enfin, dans l'hypothèse où ils n'ont reçu aucune offre ou uniquement des offres inappropriées, ils peuvent passer un marché en procédure négociée sans publicité et mise en concurrence préalables (article 30-I-2). Rien que sur les trois derniers mois, 60 lots ou marchés, déclarés infructueux, ont été relancés ou ont fait l'objet d'une procédure restreinte au BOAMP. Les textes n'imposent là encore pas de délai, mais il est préférable pour le pouvoir adjudicateur de prévenir les candidats rapidement de son choix, surtout s'il décide de poursuivre son achat. « La tentation est très forte pour l'acheteur public de partir en procédure négociée : c'est une économie de coût, de temps et de gain en qualité d'achat », soutient Me Tanguy Mocaer, « il n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres » (art.25.II.6 du décret). L'avocat conseille aux acheteurs « d'inviter toutes les entreprises candidates initialement à participer à la procédure négociée, et ce afin d'éviter d'éventuels recours ».

Inviter toutes les entreprises candidates initialement à participer à la procédure négociée

Bien motiver pour éviter le contentieux

« Le choix de partir en négocié va faire peser sur l'acheteur un risque de recours d'un soumissionnaire », prévient maître Hervé Letellier, avocat associé du cabinet Symchowicz Weissberg et associés. Et d'ajouter, « ce risque va perdurer tout au long de la procédure, du début jusqu'à la fin ». En effet, les pouvoirs adjudicateur ne sont pas à l'abri d'un référé précontractuel, d'un Tarn-et-Garonne, voire un recours au pénal. « C'est dans ce dernier cas beaucoup plus dangereux », alerte Maître Gonzalez. Il est vrai que des doutes peuvent exister sur la réelle motivation de l'acheteur de ne pas aller au bout de sa procédure. Et les requérants pourront arguer d'une manœuvre afin de négocier avec des entreprises choisies. Le risque contentieux n'est pas théorique. D'autant que le juge administratif a changé son fusil d'épaule. Jusqu'à la décision du Conseil d'Etat, Préfet de Seine-et-Maine (CE, 29 décembre 1997), il se contentait d'un contrôle de l'erreur manifeste de l'appréciation (voir par exemple la décision de la CAA Bordeaux du 25 mai 1995). Depuis, il se prononce sur les motifs. Récemment, un candidat évincé a contesté, devant le juge du référé précontractuel, une déclaration d'infructuosité, arguant qu'il est interdit de poursuivre des négociations avec des candidats dont les offres ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales de la consultation. Pour le magistrat, « cette décision, dont il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'apprécier le bien-fondé, a pour effet de mettre un terme à la procédure de passation de la concession litigieuse qui a, dès lors épuisé tous ses effets » (TA de Lille, 20 décembre 2016, société Kéolis). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a lancé une nouvelle procédure afin de faire échec à tout référé précontractuel. Maître Nicolas Lafay, avocat au barreau de Paris, conseille donc aux acheteurs « de bien motiver leur déclaration d'infructuosité. Et ce, même s'il n'existe pas de formulaire officiel en ce sens, afin d'éviter si ce n'est des suspicions, tout risque de recours. »

Le choix de partir en négocié va faire peser sur l'acheteur un risque de recours d'un soumissionnaire