



## L'abandon de procédure

### Sommaire

<b>La déclaration sans suite pour cause d'infructuosité .....</b>	<b>2</b>
<b>1.1 Les fondements juridiques .....</b>	<b>2</b>
<b>1.2 Les modalités de la déclaration .....</b>	<b>2</b>
1.2.1 L'autorité compétente .....	2
1.2.2 La publication.....	3
1.2.3 Information.....	3
<b>1.3 Pour quels motifs déclarer une procédure infructueuse ?.....</b>	<b>3</b>
1.3.1 L'absence de candidature et l'absence d'offre .....	4
1.3.2 La candidature irrecevable.....	5
1.3.3 L'offre inappropriée .....	5
1.3.4 L'offre irrégulière.....	5
1.3.5 L'offre inacceptable .....	6
<b>1.4 Les conséquences d'une déclaration sans suite pour cause d'infructuosité.....</b>	<b>6</b>
1.4.1 En marché public hors marché public de défense ou de sécurité.....	6
1.4.2 En marché public de défense ou de sécurité.....	11
<b>1.5 Le contrôle du juge .....</b>	<b>12</b>
<b>La déclaration sans suite pour une ou des raisons autres que celles liés à l'infructuosité de la procédure d'attribution .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Les fondements juridiques .....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 Comment déclarer sans suite pour une ou des raisons autres que celles liées à l'infructuosité de la procédure d'attribution .....</b>	<b>13</b>
2.2.1 L'autorité compétente .....	13

2.2.2 Le moment de la décision .....	13
2.2.3 Publication.....	13
2.2.4 Information .....	14
<b>2.3 Pour quels motifs ?</b> .....	14
2.3.1 Les motifs économiques .....	14
2.3.2 Les motifs fondés sur le besoin de l'acheteur.....	15
2.3.3 Les motifs juridiques et techniques .....	15
<b>2.4 La poursuite de la procédure</b> .....	16
<b>2.5 Le contrôle du juge</b> .....	16
<b>2.6 L'indemnisation des candidats</b> .....	16

[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 abandonner, à tout moment, 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, à condition que les principes fondamentaux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures soient respectés.

Le motif justifiant la déclaration sans suite revêt une grande importance. 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.

## La déclaration sans suite pour cause d'infructuosité

### 1.1 Les fondements juridiques

La notion d'infructuosité ne figure pas expressément dans le code de la commande publique. Néanmoins le principe de l'abandon de procédure pour cause d'infructuosité trouve son fondement dans les articles [R. 2185-1](#) et [R. 2385-2](#) du code.

Cette modalité d'interruption de procédure peut être appliquée tant dans le cadre des procédures formalisées que des procédures adaptées.

### 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 et les offices publics de l'habitat, cette décision peut être prise sans consultation préalable de la commission d'appel d'offres par la personne compétente pour signer le marché.

### 1.2.2 La publication

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

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.

L'acheteur peut toutefois avoir intérêt à indiquer dans l'avis de marché de la consultation suivante que la nouvelle procédure fait suite à une déclaration de procédure infructueuse. En effet, cette information permettra aux opérateurs économiques de vérifier la légalité du choix de la procédure, quand bien même l'objet du marché ne le fait pas apparaître clairement. Tel serait le cas, par exemple, s'il s'agit de procéder à un achat « *sur étagère* » et que l'acheteur a décidé de recourir à une procédure avec négociation alors qu'il est un pouvoir adjudicateur et qu'il s'agit d'un marché public autre que de défense ou de sécurité. Cela permet ainsi d'éviter les recours inutiles.

### 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 n'y sera pas donné suite, en leur indiquant les motifs qui justifient cette décision.

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

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

## 1.3 Pour quels motifs déclarer une procédure infructueuse ?

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

L'infructuosité ne peut être déclarée que dans les cas suivants :

- en l'absence de candidature remise dans les délais ;
- en l'absence de candidature recevable ;
- en l'absence d'offre remise dans les délais ;
- si les offres remises dans les délais se révèlent :

---

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

- soit inappropriées ;
- soit irrégulières ;
- soit inacceptables, étant entendu qu'elles n'ont pas à relever de la même de ces trois catégories.

Le fait qu'une offre au moins soit recevable (soit appropriée, régulière et acceptable) interdit à l'acheteur de déclarer une procédure infructueuse et ce, même si le niveau de concurrence apparaît comme insuffisant. Dans un tel cas, comme vu au point 2 de la présente fiche, une déclaration sans suite demeure toutefois possible pour un autre motif.

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 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.

De même, la déclaration sans suite ne peut être prononcée pour procédure infructueuse si son abandon est la conséquence d'une irrégularité. Tel serait le cas d'une procédure pour laquelle les mesures de publicité mises en œuvre s'avèrent *in fine* insuffisantes pour appeler l'attention des opérateurs économiques potentiellement intéressés.

En conséquence, en procédure adaptée, pour laquelle il n'existe pas de règles obligatoire pour la publicité des avis d'appel à la concurrence, avant de procéder à la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité, l'acheteur doit s'interroger sur la suffisance des mesures de publicité qu'il a décidé de mettre en œuvre et des délais de réponse qu'il a fixés. En cas d'insuffisance, il n'aura pas d'autre choix que de recommencer la procédure selon les mêmes règles que la procédure initiale.

### **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, pour les offres reçues hors délai, conformément aux articles [R. 2151-5](#) (marchés classiques) et [R. 2351-1](#) du code (marchés de défense ou de sécurité).

Aussi, la réception de candidatures ou d'offres qui seraient toutes hors délai est assimilée à une absence complète de réception.

---

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

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

### 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

L'[article L. 2152-4](#) du code de la commande publique qualifie d'offre inappropriée celle qui est 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 une offre 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>. En revanche, la législation applicable est à apprécier territorialement. Ainsi, le droit du travail applicable est celui qui s'applique au lieu d'exécution de la prestation.

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.

**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

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

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

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

l'abandon de la procédure d'attribution pour un autre motif que l'infructuosité de la procédure<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 en fonction de quatre paramètres :

- selon qu'il s'agit d'un marché public ou d'un marché public de défense ou de sécurité ;
- en fonction de la cause de cette déclaration ;
- au regard de la nécessité ou non de modifier les conditions initiales du marché public ;
- mais aussi selon que l'acheteur agit en tant que pouvoir adjudicateur ou en tant qu'entité adjudicatrice, s'il s'agit d'un marché public autre que de défense ou de sécurité.

### 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.**

<sup>7</sup> CE, 17 septembre 2018, *Société Le Pagus*, 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> Article R. 2122-2 du code de la commande publique.

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

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 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>. En effet, dans une telle hypothèse, comme rappelé ci-dessus, la procédure peut être déclarée sans suite pour un autre motif mais pas pour infructuosité, celle-ci étant du fait de l'acheteur. Les conséquences d'une déclaration sans suite pour une autre cause sont différentes (voir plus bas).

Lorsque l'acheteur décide de recourir à une procédure avec négociation ou à un dialogue compétitif alors que les conditions de recours à ce type de procédures n'étaient pas remplies lors du lancement de la procédure initiale, il lui est conseillé d'indiquer, dans l'avis de marché de la nouvelle procédure, qu'il s'agit d'une nouvelle consultation qui fait suite à une déclaration de procédure infructueuse. Cela permet d'éviter les recours inutiles.

<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.

#### 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 négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables, si, par ailleurs, les conditions suivantes sont réunies :

- d'une part, 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<sup>o</sup> ou du 3<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> ou du 3<sup>o</sup> de [l'article R. 2123-1 du même code](#).
- et, d'autre part, 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 ;
  - **ou** 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.

Les « petits lots » au sens des dispositions du [2<sup>o</sup> 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 non plus 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. À défaut, l'acheteur devra relancer une nouvelle procédure selon les mêmes règles que la procédure initiale parce qu'il ne peut procéder à la déclaration sans suite pour infructuosité, comme expliqué plus haut.

---

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

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 en application du 3° 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 sans attendre la demande de communication de la Commission. L'acheteur devra démontrer dans ces éléments que les conditions de recours au marché négocié sans publicité ni mise en concurrence était réunies en application des règles rappelées ci-dessus.

#### ***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, l'acheteur peut recourir à une procédure avec négociation ou à un dialogue compétitif si les conditions suivantes sont réunies :

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

Dans ce cas de figure, le recours à une procédure avec négociation ou à un dialogue compétitif 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. 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, les conditions initiales du marché public ne doivent pas alors être substantiellement modifiées.

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. En effet, 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 est donc déconseillé 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 alors 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.

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

- qui se trouvent dans l'un des cas d'exclusion des marchés publics prévus aux articles [L. 2141-1](#) à [L. 2141-11](#) du code de la commande publique<sup>19</sup> ;
- qui ne remplissent pas les conditions de participation fixées par l'acheteur dans le cadre de la procédure initiale déclarée sans suite ;

---

<sup>16</sup> Article [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 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> 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.

- qui n'ont pas remis une offre répondant aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.

Le cas échéant, l'acheteur peut autoriser les opérateurs en cause à ne déposer qu'une offre qui ne comporte que les éléments modifiant l'offre d'origine<sup>20</sup>.

- 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 et que l'infructuosité résultait d'une absence d'offres régulières ou acceptables, les règles sont différentes. En effet, en application de l'[article R. 2144-5](#) du code de la commande publique, l'acheteur s'est déjà assuré que les opérateurs économiques admis à soumissionner ont présenté des candidatures recevables. Il peut donc les inviter à déposer directement une offre dans le cadre de la nouvelle procédure, sous une double 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 ;
  - et que leur situation au regard des capacités et des exclusions des marchés publics n'ait pas été modifiée entre temps. En cas de doute de l'acheteur sur ce point, il convient de les inviter à déposer une nouvelle candidature. Les délais de la nouvelle procédure en seront prolongés.

La nouvelle offre remise pourra ne contenir que les éléments qui modifient l'offre initiale, si l'acheteur le prévoit.

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 de la procédure initiale, il doit mettre en œuvre 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.

---

<sup>20</sup> CE, 11 août 2009, *Société Val'Horizon*, n° 325465.

<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.

#### 1.4.2.2 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 ou inacceptables définies à [l'article L.2352-1<sup>23</sup> du même code](#) 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<sup>24</sup> ont été présentées.

Dans l'hypothèse où la valeur estimée du besoin auquel le marché répond 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.

### 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>25</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.

Le juge condamne le recours à une modalité erronée d'interruption de la procédure, même si l'erreur a eu pour conséquence de soumettre la nouvelle procédure à des règles plus strictes. 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>26</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>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Cet article renvoyant aux articles [L. 2152-2](#) et [L. 2152-3](#) du CCP.

<sup>24</sup> Article [L.2352-1](#) faisant référence à [l'article L.2152-4](#) du CCP

<sup>25</sup> [CE, 3 octobre 2012, Département des Hauts-de-Seine, n° 359921.](#)

<sup>26</sup> [CE, 18 mars 2005, Société Cyclergie, n° 238752.](#)

<sup>27</sup> [CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, Centre Hospitalier Saint-Nicolas-en-Blaye, n° 07BX01245.](#)

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>28</sup>.

## La déclaration sans suite pour une ou des raisons autres que celles liés 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 de candidatures ou d'offres reçues) est un motif d'intérêt général qui justifie l'abandon de la procédure d'attribution<sup>29</sup>.

### 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.

---

<sup>28</sup> CAA Lyon, 28 juin 2012, *Société RSA Cosmos*, n° 11LY00487 ; CAA Nantes 2 février 2016, *Société SBS*, req. n° 14NT01374.

<sup>29</sup> CE, 17 septembre 2018, *Société Le Pagny*, n° 407099, à propos d'un contrat de concession de plage.

En revanche, il est conseillé, dans l'avis d'appel à la concurrence d'une éventuelle consultation suivante, d'indiquer 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](#) et [R. 2185-2](#) (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 de sa 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.

### 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>. Un défaut ou une insuffisance de motivation constitue une illégalité susceptible d'être soulevée à l'appui du recours contentieux dont peut faire l'objet une telle décision<sup>31</sup>. Ainsi, lorsque le motif d'intérêt général justifiant l'abandon de procédure découle d'irrégularités affectant la conclusion du contrat, l'acheteur sans être tenu « *d'en donner la liste détaillée* » doit en revanche indiquer au titre de son obligation de communication « *la dénomination générique des vices relevés* »<sup>32</sup>.

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>33</sup>.

#### 2.3.1 Les motifs économiques

Il peut s'agir de motifs d'ordre budgétaire<sup>34</sup>, par exemple, lorsque le coût estimé des travaux dépasse le budget disponible. Ce motif suppose néanmoins de démontrer l'existence et l'origine des surcoûts invoqués.

---

<sup>30</sup> CAA Lyon, 7 janvier 2010, *Association OSER*, n°07LY00624.

<sup>31</sup> Rép. min. n° 09685 : JO Sénat 12 sept. 2019, p. 4653.

<sup>32</sup> CAA Marseille, 13 septembre 2021, *Commune de Vivario*, n°20MA03415.

<sup>33</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>34</sup> CE, 23 novembre 1983, *Cne Mont-de-Marsan c/ Fries*, n° 30493.

Le motif peut être d'ordre financier<sup>35</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>36</sup>. Ainsi, en marchés publics de défense ou 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>37</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>38</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>39</sup>. On peut citer, comme exemple d'irrégularité, une contradiction 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, l'insuffisance des mesures de publicité mises en œuvre, la mauvaise estimation du montant du besoin auquel le marché public répond ou encore l'utilisation d'une procédure dont les conditions de recours n'étaient pas satisfaites.

La décision peut aussi être motivée par la présence d'erreurs dans la détermination des exigences techniques des prestations, rendant impossible le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Un autre motif technique pouvant justifier l'abandon de la procédure peut résider dans des erreurs dans la définition du besoin impliquant une modification des documents de la consultation d'une telle ampleur que l'acheteur décide de ne pas prolonger les délais de la consultation mais d'y mettre fin.

---

<sup>35</sup> CE, 30 décembre 2009, *Société Estradera*, n°305287.

<sup>36</sup> CJCE, 16 septembre 1999, *Fracasso et Leitschutz*, Aff. C-27/98 et Rép. min. n° 14701, JOAN 20 juillet 1998.

<sup>37</sup> CAA Bordeaux, 8 janvier 2008, *Société Goppion*, n° 05BX01006.

<sup>38</sup> TA de Paris, 14 octobre 1997, *Sociétés Eiffage et Spie Batignolles*, n° 9405985/6 et n° 9408111/6.

<sup>39</sup> CAA Versailles, 5 janvier 2012, *commune d'Atthis-Mons*, n° 08VE02889.

## 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, sauf à justifier d'une modification du périmètre des besoins coïncidant avec les crédits budgétaires alloués. Si le motif tient à la mauvaise définition du besoin, l'acheteur doit s'attacher à mieux le décrire 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° des articles [R.2123-1](#) et [R. 2323-1 du code de la commande publique](#) relatif aux petits lots étaient réunies mais n'ont pas été mises en œuvre lors de la procédure initiale, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée sur ce fondement pour la nouvelle procédure.

## 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>40</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>41</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>42</sup>.

## 2.6 L'indemnisation des candidats

Dès lors que cette décision est régulière et qu'il n'existe aucun droit à la conclusion d'un contrat, 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 ou des dépenses engagées<sup>43</sup>, sauf si le règlement de la consultation le

---

<sup>40</sup> CJCE, 18 juin 2002, *Hospital Ingenieur Krankenhaustechnik Planungs*, Aff. C-92/00.

<sup>41</sup> CAA Nancy, 4 mai 1999, *Préfet du Nord*, n° 95NC02022.

<sup>42</sup> CE, 18 mars 2005, *Société Cyclergie*, n° 238752 ; un détournement de procédure non caractérisé en l'espèce : [CAA de Versailles, 21 janvier 2021, Société Mille et une nuits événements](#), n° 18VE01958.

<sup>43</sup> CE, 30 décembre 2009, *Société Estradera*, n° 305287.

prévoit expressément ou à démontrer, à titre extraordinaire, un préjudice anormal et spécial dans le cadre de la responsabilité sans faute de la personne publique<sup>44</sup>.

*A contrario*, si la renonciation à conclure le marché public n'est pas fondée sur un motif valable de sorte que l'éviction des candidats en cause doit être regardée comme irrégulière<sup>45</sup>, 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 pour éviction irrégulière de l'attributaire pourra porter non seulement sur le manque à gagner incluant nécessairement les frais de présentation de l'offre mais aussi potentiellement sur les dépenses engagées en vue de l'exécution du marché public<sup>46</sup>.

Si cette renonciation intervient avant l'attribution du marché, cette indemnisation pourra porter sur le manque à gagner incluant nécessairement les frais de présentation de l'offre si le candidat évincé parvient à démontrer qu'il avait une chance sérieuse d'obtenir le contrat eu égard aux qualités concurrentielles de son offre<sup>47</sup>. En revanche, si le candidat ne disposait que d'une chance simple d'obtenir le contrat, cette indemnisation ne portera que sur les frais engagés par le candidat pour présenter son offre<sup>48</sup>. Il n'aura droit à aucune indemnité s'il était dépourvu de toute chance d'obtenir son attribution, notamment en raison de l'irrégularité de son offre.

---

<sup>44</sup> La responsabilité des personnes publiques peut se trouver engagée, même sans faute, sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques au cas où des mesures légalement prises ont pour effet d'entraîner, au détriment d'une personne physique ou morale, un dommage anormal et spécial (CAA Nantes, 17 novembre 2020, SA Hardy Roux et SCI des Longrais, n° [18NT03362](#)). A cet égard, la responsabilité sans faute de l'administration pour déclaration sans suite d'une procédure pour motif d'intérêt général n'est généralement pas retenue par les juridictions administratives dès lors que, compte tenu des aléas auxquels doivent s'attendre les candidats à l'attribution de marchés publics, ils ne démontrent généralement pas avoir subi, du fait de cette renonciation, un préjudice anormal et spécial de nature à engager la responsabilité sans faute de l'acheteur. Voir pour une illustration sur ce point : CAA Versailles, 5 janvier 2012, MPC Avocats, n° [08VE02889](#).

<sup>45</sup> CE, 18 juin 2003, [Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP](#), n° 249630 ; CE, 27 janvier 2006, [Commune d'Amiens](#), n° 259374 ; CE, 28 février 2020, [Société Régat des Iles](#), n° 426162.

<sup>46</sup> CAA Paris, 4 mai 2010, [Région Ile-de-France](#), n° 08PA04899.

<sup>47</sup> CE, 25 novembre 2021, [Société Corsica Networks](#), n° 454466.

<sup>48</sup> CAA Paris, 4 mai 2010, [Région Ile-de-France](#), n° 08PA04899 ; CAA Paris, 7 juillet 2020, [société Cofély Polynésie](#), n° 17PA03126.