LexCase FLASH
Lettre d'information de LexCase
PARIS · LYON · MARSEILLE



DROIT PUBLIC DES AFFAIRES – MARCHES PUBLICS

Procédure d'achat infructueuse : Quelques précisions

Quelles sont les conditions de passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables après une première procédure infructueuse ? Le juge européen renforce la liberté des acheteurs publics.

Si vous n'avez que 30 secondes (CJUE, 16 juin 2022, aff. C-376/21)

L'essentiel de l'arrêt tient au fait que la Cour sécurise le régime juridique des procédures infructueuses, lesquelles dérogent aux règles de mise en concurrence en précisant deux points importants :

(i) Une fois la procédure considérée comme infructueuse, l'acheteur est libre de négocier avec n'importe quel opérateur ;

(ii) Le garde-fou posé par la Cour est qu'*in fine*, l'acheteur doit être en mesure de prouver que le prix du contrat conclu de gré à gré correspond bien au prix du marché dans un souci de protection des deniers publics et pour éviter tout risque de détournement de procédure.

Les articles L. 2122-1 et R. 2122-2 du Code de la commande publique prévoient la possibilité de conclure un marché de gré à gré lorsque la procédure initiale a été déclarée « infructueuse ». Il faut comprendre par « infructuosité » que l'acheteur n'a reçu :

- Soit aucune candidature ou aucune offre ;
- Soit que des candidatures irrecevables (cas d'exclusion, défaut de capacité) ;
- Soit que des offres inappropriées c'est-à-dire des offres qui ne répondent pas au besoin et aux exigences de l'acheteur.

Confronté à pareille situation, l'acheteur peut passer un marché de gré à gré *« pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées »*.

Ce sont ces deux conditions (condition tenant aux candidatures/offres reçues et condition tenant à l'absence de modifications substantielles entre les deux marchés) qui composent le régime juridique des procédures infructueuses. Ce régime juridique vient d'être récemment précisé par l'arrêt de la CJUE du 16 juin 2022 (aff. C-376/21).

❑ Précision #1 : si l'acheteur n'a reçu que des offres inacceptables, il peut considérer la procédure comme étant infructueuse

La Cour vient préciser qu'ouvre la possibilité de passer un marché de gré à gré le cas dans lequel l'acheteur reçoit aussi des offres inacceptables, c'est-à-dire des offres dépassant le budget alloué par l'acheteur aux marchés.

Cette précision est logique dans la mesure où la directive – contrairement au droit français – ne distingue pas le triptyque « offre irrégulière / offre inacceptable / offre inappropriée » mais uniquement le duo « offre irrégulière / offre inacceptable ». En effet, selon l'art. 26-4 b) de la directive 2014/24/UE : *« Sont notamment considérées comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché. »*

Dès lors, il est logique que la réception d'offres inacceptables permette aussi de déclencher la déclaration d'infructuosité et la possibilité de conclure un marché de gré à gré.

On rappellera utilement et concernant la qualification des offres inacceptables que la jurisprudence exige que le pouvoir adjudicateur démontre (et prouve) qu'il ne dispose pas des moyens pour financer l'offre. Il est donc question de dépassement de crédits budgétaires et non de dépassement du prix estimé du marché. (CE, 24 juin 2011, n°346665).

❑ **Précision #2 : le prix final du marché de gré à gré doit correspondre au prix du marché**

Afin de pouvoir démontrer que le marché en cause n'a pas été conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application du Code de la commande publique ou de limiter artificiellement la concurrence, la Cour précise que l'acheteur doit être en mesure de prouver que le prix sur lequel il s'est entendu avec le titulaire correspond au prix du marché et qu'il n'excède pas la valeur estimée du marché (§ 69).

La charge de la preuve concernant le prix payé pèse donc sur l'acheteur public – et non sur l'opérateur évincé ou sur l'organisme de contrôle – à partir du moment où c'est bien ce dernier qui entend se prévaloir d'une dérogation prévue aux règles de mise en concurrence.

La Cour ajoute d'ailleurs qu' *« en établissant que le prix du marché conclu à l'issue de la procédure négociée sans publication préalable correspond au prix du marché, le pouvoir adjudicateur démontre qu'il s'est livré à une utilisation optimale des fonds publics »* (§ 70). En effet, il convient de rappeler que l'acheteur, même lorsqu'il recourt à un marché de gré à gré, est tenu de respecter les principes de la commande publique lesquels d'assurer la bonne utilisation des deniers publics (art. L.3 du Code).

❑ **Précision #3 : l'absence de lésion des opérateurs non admis à négocier bien qu'ayant déposé une offre**

Les opérateurs qui bien qu'ayant présenté une offre ne sont pas admis à négocier avec l'acheteur public peuvent-ils se plaindre de la conclusion d'un marché de gré à gré ? La réponse de la Cour est claire : *« les opérateurs économiques qui ont manqué de diligence en ne présentant pas une offre appropriée lors d'une procédure ouverte ou restreinte ne sauraient contraindre, dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable subséquente, le pouvoir adjudicateur à entrer en négociation avec eux. Il leur était en effet loisible de présenter une offre dans le cadre de la procédure ouverte ou restreinte antérieure et, partant, d'y bénéficier pleinement des principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité »* (§ 68).

La Cour fait preuve de cohérence et coupe l'herbe sous le pied aux potentielles critiques à la fois d'opérateurs qui ne se sont pas portés candidats dans le cadre de la procédure initiale mais également ceux qui ont présenté une offre inappropriée : *« Dans une telle configuration, la procédure ouverte ou restreinte antérieure, d'une part, et la procédure négociée sans publication préalable subséquente, d'autre part, forment en effet un ensemble indissociable, de sorte que la circonstance que les opérateurs économiques potentiellement intéressés par ce marché ont eu l'occasion de se manifester et de faire jouer la concurrence ne saurait être ignorée »* (§ 67).

Autrement dit encore, et à la condition que le marché de gré à gré soit peu ou prou identique au marché initial, l'acheteur est libre de s'adresser à n'importe quel opérateur en vue de conclure le contrat : *« lorsqu'un pouvoir adjudicateur décide de s'adresser à un seul opérateur économique dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, qui est organisée à la suite de l'échec d'une procédure ouverte ou restreinte et qui reprend, sans modifications substantielles, les conditions qui figuraient initialement dans l'avis de marché publié dans le cadre de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, une telle attitude demeure compatible avec les principes de la passation des marchés (…) quand bien même l'objet du marché en cause n'impose pas, objectivement, de s'adresser à cet opérateur. »* (§ 67).

LexCase FLASH
Lettre d'information de LexCase

L'ÉQUIPE DROIT PUBLIC DE LEXCASE



Alain de BELENET
Avocat associé
adebelenet@lexcase.com



Raphaël APELBAUM
Avocat associé
rapelbaum@lexcase.com



Maxime BÜSCH
Avocat associé
mbusch@lexcase.com



Freddy LEPRODHOMME
Avocat Collaborateur
fleprodhomme@lexcase.com



Fanny VANDECASTEELE
Avocat Collaborateur
fvandecasteele@lexcase.com



Alexandre LO-CASTO PORTE
Avocat Collaborateur
alocastoporte@lexcase.com



Florent GADRAT
Avocat Collaborateur
fgadrat@lexcase.com



Claire MARTIN
Avocate Collaboratrice
cmartin@lexcase.com



Stefano ARPANTE
Avocat Collaborateur
sarpante@lexcase.com