

Quels sont les 7 erreurs qui font échouer un marché public?

I. Erreurs lors de la procédure de passation

➤ Publicité insuffisante

L'absence ou l'insuffisance de publicité entraîne la **nullité du marché** en vertu de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative. Cela inclut :

- l'omission de toute mesure de publicité requise ;
- le défaut de publication au *Journal officiel de l'Union européenne* lorsque celle-ci est obligatoire ;
- la méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ;
- la signature du contrat avant l'expiration du délai imposé après l'envoi de la décision d'attribution ou pendant la période de suspension prévue aux articles L. 551-4 et L. 551-9 du Code de justice administrative.

La jurisprudence confirme que ces carences entraînent systématiquement l'annulation du marché, comme en témoigne l'arrêt du Conseil d'État, 2/7 SSR, 17-12-2014, n° 385033.

➤ Cahier des charges imprécis

Un cahier des charges **incomplet ou vague** porte atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique et expose l'acheteur à des risques juridiques majeurs :

- **Violation du principe d'égalité de traitement** : l'article L. 3 du Code de la commande publique¹ impose aux acheteurs de garantir ce principe. Un cahier des charges imprécis rend impossible une évaluation objective des offres, ouvrant la voie à des recours.
- **Irrégularité des offres** : l'article L. 2152-2 qualifie d'irrégulière toute offre ne respectant pas les exigences du cahier des charges. L'article L. 2152-1 autorise l'acheteur à écarter ces offres, ce qui peut entraîner des contestations en référé contractuel.
- **Nullité des clauses contraires au code** : l'article L. 2393-11 invalide les clauses contournant les dispositions du Code de la commande publique.

- **Risques de résiliation et de pénalités** : en cas d'inexécution imputable à l'acheteur (ex. : absence de précision sur les obligations essentielles), des pénalités peuvent être appliquées conformément à l'article R. 2192-21. Le marché peut également être résilié si son exécution devient impossible sans modification substantielle, selon l'article L. 2195-6.

- **Impact sur la transparence** : l'article R. 2122-1 permet de passer un marché sans publicité en cas d'urgence, mais uniquement si le cahier des charges est clairement défini. Un cahier incomplet empêche de justifier cette dérogation.

Un cahier des charges mal rédigé peut également créer des conflits d'intérêts, notamment si le candidat a recruté un salarié ayant participé à l'élaboration de la procédure.

II. Erreurs dans la sélection des candidats

➤ Critères de sélection non conformes

Les erreurs fréquentes incluent :

- **Non-respect du principe d'égalité de traitement** : l'article L. 3 du Code de la commande publique impose ce principe. Toute déviation (préférence injustifiée, communication privilégiée) constitue une irrégularité pouvant entraîner l'annulation du marché.

- **Définition vague ou non publiée des critères** : des critères ambigus ou non publiés portent atteinte à la transparence et peuvent entraîner l'annulation du contrat.

- **Méthode de notation irrégulière** : une méthode qui ne conduit pas à attribuer la meilleure note à la meilleure offre, ou qui modifie les pondérations après publication, est irrégulière.

- **Critères excessifs ou disproportionnés** : l'article L. 2152-2 qualifie d'irrégulière toute offre ne respectant pas les exigences du règlement, notamment si celles-ci sont manifestement excessives.

- **Favoritisme et manque d'impartialité** : le délit de favoritisme, caractérisé par un avantage injustifié, justifie l'annulation du marché. Toute prise de contact ou négociation avec un candidat pendant la procédure porte atteinte à l'impartialité.

- **Modification des critères en cours de procédure** : modifier les critères sans justification valable porte atteinte à la transparence et à la non-discrimination.

- **Absence de lien entre les critères et l'objet du marché** : un critère non pertinent par rapport à l'objet du marché est irrégulier et peut entraîner la nullité du contrat.

➤ Traitement inéquitable des offres

Les manquements au principe d'égalité de traitement incluent :

- **Contact direct avec un candidat pendant la procédure** : des échanges entre l'autorité adjudicatrice et un candidat constituent un manquement entraînant l'annulation de la procédure.
- **Recrutement d'un salarié d'une société concurrente** : si le candidat a participé à l'élaboration de la procédure, cela crée un avantage injustifié.
- **Manquement à la confidentialité des offres** : la diffusion d'informations relatives aux offres porte atteinte aux candidats, qui sont lésés collectivement.
- **Utilisation de critères non prévus** : l'acheteur ne doit pas se fonder sur des critères non inscrits dans le règlement de la consultation.
- **Exigence d'informations supplémentaires non prescrites** : demander des éléments non requis crée un désavantage pour les soumissionnaires.
- **Sélection restreinte des participants à la négociation** : exclusion des candidats sans justification porte atteinte à l'égalité de traitement.

Ces comportements constituent des atteintes graves aux principes d'égalité et d'impartialité, pouvant entraîner l'annulation de la procédure voire des sanctions pénales.

III. Erreurs lors de l'exécution du marché

- Absence ou retard de notification

La notification est un acte essentiel pour que le marché produise ses effets juridiques. Selon l'article R. 2182-4 du Code de la commande publique :

- Le marché **prend effet à la date de réception de la notification** par le titulaire.
- En l'absence de notification régulière, **aucun lien contractuel ne lie les parties**.
- Si un début d'exécution intervient avant notification, **aucune prestation ne peut être payée**, faute de base contractuelle.
- Une stipulation prévoyant une prise d'effet antérieure à la notification est **réputée illégale et sans effet**.

- Modification substantielle après attribution

Les modifications d'un marché public en cours d'exécution sont strictement encadrées. Selon l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique, une modification est **substantielle** si elle :

- change la nature globale du marché ;
- introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses initialement, auraient attiré d'autres candidats ou permis le choix d'une offre différente ;
- modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire ;
- modifie considérablement l'objet du marché ;
- conduit au remplacement du titulaire par un nouveau, hors hypothèses prévues.
- *Exemples concrets :*
- ajout ou suppression de prestations majeures ;
- modification importante du prix, des conditions d'exécution, de la durée ou des quantités ;
- toute modification excédant **50 % du montant initial** (pour chaque modification, non cumulativement).
- *Conséquences :*
- Risque de **nullité du marché** si la modification n'a pas donné lieu à une nouvelle procédure ou n'est pas conforme à la procédure exigée.
- Possibilité pour l'acheteur de **résilier le marché** si son exécution ne peut se poursuivre sans modification substantielle contraire aux dispositions applicables.
 - Non-respect du calendrier ou des obligations essentielles

Le non-respect du planning contractuel ou des obligations fondamentales entraîne :

- **Application de pénalités contractuelles** : prévues par le Code de la commande publique en cas d'observation des délais.
- **Mise en demeure préalable** : indispensable avant toute résiliation.
- **Résiliation du marché** : possible si l'exécution devient impossible sans modification contraire aux dispositions du Code de la commande publique.
- **Nullité du contrat** : si l'inexécution porte sur une obligation essentielle.
- **Limitation des modifications** : les modifications substantielles sont limitées à **50 % du montant initial**. Dépasser ce seuil constitue une cause d'annulation.
- **Extension ou suspension du délai** : possible en cas de circonstance exceptionnelle, sous conditions.

- **Conséquences financières** : résiliation aux frais et risques du titulaire, avec mise en œuvre de garanties financières.