

Les voies de recours des candidats évincés à la passation des contrats de la commande publique : de nouvelles perspectives

Le droit des marchés publics, aujourd'hui largement issu du droit communautaire, prévoit différentes voies de recours au profit des candidats évincés lors de la passation de marchés publics ou de concessions⁽¹⁾. Soumises par la jurisprudence administrative à des conditions de recevabilité sensiblement différentes, ces voies de recours ont des effets plus ou moins efficaces.

Les candidats évincés au terme d'une procédure d'attribution d'un marché ou d'une concession peuvent saisir le juge administratif⁽²⁾ afin de faire sanctionner les éventuelles violations aux règles de la commande publique. Ils disposent, à cet effet, de différentes procédures qui peuvent être engagées, soit préalablement à la signature du contrat, soit postérieurement à celle-ci ; la première série de voies de recours étant, pour les requérants, plus efficace que la seconde.

La principale préoccupation d'un candidat évincé qui caresse l'espoir de se voir finalement désigner attributaire est d'obtenir une décision juridictionnelle dans les délais les plus brefs. Les procédures dites « d'urgence » sont donc évidemment les plus intéressantes pour ces candidats. À défaut de pouvoir sanctionner rapidement les violations commises par l'acheteur, les candidats n'auront donc d'autres choix que de présenter une demande indemnitaire en réparation du préjudice subi.

Les procédures d'urgence

Les procédures d'urgence disponibles varient selon que le contrat a ou non été signé.

(1) Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, Article premier point 3 : « Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. »

(2) Il convient de rappeler que le contentieux des contrats des acheteurs publics relève du juge administratif ou du juge judiciaire selon que le marché est un contrat administratif ou privé (cette dernière qualification résultant elle-même, pour l'essentiel, de la nature du pouvoir adjudicateur). Le présent article n'abordera que les voies de recours organisées devant le juge administratif.

Auteur

Aldo Sevino
Avocat Associé
Cabinet ASEA

Avant la signature du marché

Les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence peuvent être sanctionnés au moyen d'une procédure de référé précontractuel qui a été en partie vidée de son intérêt pratique par la jurisprudence du Conseil d'État aujourd'hui, heureusement, remise en cause par celle de la CJUE.

Cette voie de recours⁽³⁾ a pour objet de permettre aux candidats évincés d'obtenir rapidement du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour remédier aux manquements constatés.

Intéressant en théorie puisque le juge est appelé à se prononcer dans des délais très courts (vingt jours, en principe), ce recours s'avère, en pratique, très décevant dès lors que ses conditions de recevabilité rigoureusement interprétées par le Conseil d'État le rendent quasi-inopérant. Revenons sur les principaux éléments de ce cadre rigoureux.

S'agissant tout d'abord de son champ d'application, le juge du référé précontractuel ne peut être saisi que des « contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public »⁽⁴⁾. Le juge doit s'assurer que le contrat qui lui est soumis entre bien dans ce champ de compétence⁽⁵⁾. Si les marchés publics et les concessions entrent dans le champ du référé précontractuel, il n'en est pas de même de toutes autres conventions telles que les conventions d'occupation domaniale⁽⁶⁾ ou les actes unilatéraux⁽⁷⁾.

Les personnes habilitées à engager un référé précontractuel sont « celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement » aux obligations de publicité et de mise en concurrence⁽⁸⁾. Cette procédure est donc ouverte non seulement aux candidats évincés, à tout stade de la procédure de passation, mais également aux candidats potentiels, que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence a pu dissuader de répondre à la consultation⁽⁹⁾. En revanche, et fort logiquement, l'entreprise déclarée attributaire d'un marché n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux

obligations de publicité et de mise en concurrence applicables et ne peut donc engager un recours en référé précontractuel⁽¹⁰⁾.

Le juge du référé précontractuel ne peut être saisi que si le contrat n'a pas été signé. En conséquence, si le juge est saisi après la conclusion dudit contrat, la requête est irrecevable ; et si la signature intervient en cours d'instance, le recours perd son objet. La recevabilité est donc définie par rapport à une date (date de signature du contrat) et non un délai (qui courrait à compter de la date de notification de la décision de rejet d'une offre, par exemple)⁽¹¹⁾.

Pour éviter toute forme de « course » à la signature, le Code de la commande publique exige, d'une part, le respect d'un délai de *stand still* qui interdit à l'acheteur public de signer le marché avant l'expiration d'un certain délai⁽¹²⁾. D'autre part, la loi prévoit que l'exercice du référé précontractuel suspend automatiquement la procédure de passation. Le contrat ne peut pas être signé à compter de la saisine du juge, et jusqu'à la notification à l'acheteur de la décision juridictionnelle⁽¹³⁾. Dans l'hypothèse où l'acheteur signerait le contrat, sans respecter la suspension imposée par le Code de la commande publique, le candidat évincé serait en droit d'introduire un référé contractuel, à sous réserve toutefois que l'acheteur ait bien été informé (le requérant ayant respecté son obligation de notification à la personne publique, ou le greffe du tribunal administratif ayant informé l'acheteur de l'existence d'un tel recours)⁽¹⁴⁾.

Par ailleurs, la procédure de référé précontractuel ne permet de sanctionner que certains manquements ou irrégularités de l'acheteur à savoir, ses obligations de publicité et de mise en concurrence lors de la passation du contrat (non-respect des obligations de publicité, défaillance ou rupture de l'égalité dans l'information fournie aux candidats, etc.).

Mais une condition draconienne de recevabilité supplémentaire a été imposée par la jurisprudence qui exige un lien étroit entre le moyen invoqué et le préjudice subi.

(3) Le référé précontractuel est régi par les articles L. 551-1 à L. 551-12 et R. 551-1 à R. 551-6 du Code de justice administrative pour les contrats de droit public, et pour les contrats de droit privé, par les articles 2 à 10 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et les articles 1441-1 et 1441-2 du Code de procédure civile.

(4) CJA, art. L. 551-1 1^{er} alinéa.

(5) CE 21 juin 2000, SARL Plage Chez Joseph et autres, req. n° 212100.

(6) CE 10 mars 2006 Unibail Management, req. n° 284802

(7) CE 6 mars 2017, Société Dépannage Remorquage Manrique, req. n° 404873 et CE 6 mars 2017, Marengo, req. n° 404910.

(8) CE 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe, req. n° 386748.

(9) CE 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe, Sté Urbaser Environnement, req. n° 386748.

(10) CE 23 décembre 2011, Département de la Guadeloupe, req. n° 350231.

(11) CE 12 juillet 2017, Société Etudes Créations et Informatiques, req. n° 410832 : le Conseil d'État a jugé qu'il n'existait pas de « délai raisonnable » pour saisir le juge d'un référé précontractuel. N'est donc pas tardive la requête introduite plus de trois mois après que l'entreprise ait eu connaissance du manquement aux règles de passation.

(12) 16 jours en procédure formalisée, à compter de la date d'envoi de l'information aux candidats évincés, ce délai étant ramené à 11 jours lorsque la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique ; et 11 jours en procédure adaptée, à compter de la publication de l'avis d'intention de conclure le contrat.

(13) CE 20 juin 2018, Société Cercis, req. n° 417686 : l'obligation de suspendre la signature du contrat court à compter de la réception de la requête par le pouvoir adjudicateur, peu importe qu'il en ait pris connaissance.

(14) CE 30 septembre 2011, Commune de Maizières-les-Metz, req. n° 350148 ; CE 1^{er} mars 2012, OPAC du Rhône, req. n° 355560.

Mettant fin à une pratique interprétant largement la notion d'intérêt à agir dans le cadre d'un référé précontractuel, le Conseil d'État a, dans un arrêt *SMIRGEOMES*, donné un coup de frein à cette procédure, la vidant de toute efficacité pratique, en imposant à l'entreprise évincée de démontrer que les « (...) manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente »^[15]. Impossible par exemple de se prévaloir du non-respect des délais minimaux de présentation des candidatures ou des offres imposés par le Code de la commande publique, sans devoir préalablement démontrer en quoi une telle violation aurait causé un préjudice personnel au requérant (démonstration impossible, dès lors que le délai a été identique pour l'ensemble des candidats).

Fort heureusement, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne oppose une résistance salutaire aux limitations excessives issues de l'arrêt *SMIRGEOMES*, en interprétant de manière souple la condition d'intérêt lésé de l'entreprise requérante.

La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi récemment confirmé son approche libérale quant aux moyens pouvant être invoqués à l'appui d'un référé précontractuel^[16]. Dans cet arrêt, la juridiction communautaire s'est opposée à ce que la réglementation ou la jurisprudence nationale limitent les moyens invocables par le candidat évincé à la violation du principe d'égalité dans l'appréciation des offres, dans le cadre d'un recours contre la décision portant acceptation de l'offre d'un autre soumissionnaire. **La CJUE considère ainsi qu'un requérant peut invoquer tout moyen contre la décision d'admission d'un autre candidat sans aucune exigence de lien de causalité entre les irrégularités et son éviction, en opposition directe avec l'arrêt *SMIRGEOMES*.**

On peut s'en féliciter. Nous pensons même le moment venu pour le juge administratif de faire la synthèse des deux mouvements de balanciers intervenus ces dernières années entre la période précédant la jurisprudence *SMIRGEOMES* caractérisée par une ouverture trop large au référé précontractuel (puisqu'à l'époque n'importe quel manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, pouvait fonder une annulation de la procédure, même s'il était sans aucun rapport avec l'entreprise requérante), et la période postérieure caractérisée, en réaction, par une quasi fermeture de la seule procédure réellement efficace à la disposition des entreprises évincées.

Il nous semble que ces deux séquences antagonistes pourraient aujourd'hui se stabiliser sur le point d'équilibre suivant : un candidat évincé devrait être considéré comme ayant un intérêt à agir, et donc être recevable à engager un référé précontractuel si l'irrégularité invoquée contre la procédure est susceptible de donner lieu

à une annulation de celle-ci et donc permettre audit candidat de soumissionner à une nouvelle procédure, ou de le désigner attributaire dans le cadre de la procédure en cours. Tel est le sens, nous semble-t-il, de l'arrêt de la CJUE. Réciproquement, un candidat qui, par exemple, serait exclu de la passation au sens des articles L. 2141-1 et suivants du Code de la commande publique (parce qu'il aurait, par exemple, fait l'objet d'une condamnation) ou qui serait insusceptible d'être attributaire dudit marché (parce que l'objet de celui-ci est sans rapport avec son objet social) ne serait pas recevable à former un référé précontractuel, n'ayant aucune possibilité d'être attributaire. De même, si le manquement devait mécaniquement aboutir à désigner un tiers candidat attributaire en lieu et place de celui désigné par l'acheteur public (erreur de notation faisant passer le candidat placé en seconde position en première position, par exemple), l'entreprise évincée ne devrait pas être recevable à agir en référé (dès lors que l'annulation de la procédure emporterait la désignation d'une entreprise tierce).

En d'autres termes, l'intérêt à agir du candidat devrait se mesurer, selon nous, à l'aune de la possibilité d'être désigné attributaire dans le cadre de la consultation en cours ou de pouvoir soumissionner à une nouvelle procédure en cas d'annulation de la procédure contestée.

Cette proposition nous semble cohérente avec la position de la Cour qui avait déjà posé le principe qu'un candidat évincé d'une procédure de passation d'un marché public avait un intérêt légitime à former un recours alors même que l'offre qu'il avait présentée était irrecevable^[17]. Cette position très surprenante au regard de la jurisprudence française, confirme que la notion d'intérêt à agir doit être comprise comme l'intérêt de l'entreprise à pouvoir sanctionner une procédure irrégulière lui permettant, de fait, de pouvoir présenter éventuellement une nouvelle offre. Ce qui est peut-être plus étonnant c'est que cette analyse qui constituait déjà un accroc à la jurisprudence *SMIRGEOMES* a été reprise par le juge français, du moins en matière de référé contractuel^[18].

Si les conditions de recevabilité de la procédure de référé précontractuel sont restrictives, les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont, en revanche, quant à eux, très larges^[19]. Le juge peut, en effet, ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, suspendre et annuler l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat^[20]. Le juge dispose également de pouvoirs d'injonction et de suspension : il peut ordonner de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là

[17] CJUE 5 septembre 2019, Lombardi, aff. C-333/18.

[18] CE 27 mai 2020, Société Clean Building, req. n° 435982.

[19] Il est dès lors d'autant plus regrettable que les conditions de recevabilité d'un recours en référé précontractuel soient aujourd'hui en France aussi restrictives.

[20] Pour les contrats passés par les entités adjudicatrices, le juge dispose de pouvoirs moins étendus : injonction, suspension, astreinte.

[15] CE Sect., 3 octobre 2008, req. n° 305420, préc.

[16] CJUE 24 mars 2021, LDK Symvouloi Michanikoi, aff. C-771/19.

où le manquement est apparu, exiger la réintégration d'un candidat évincé ou imposer la communication des motifs de rejet. Ces pouvoirs peuvent être utilisés par le juge, « sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages »^[21]. Le juge procède donc à un bilan coûts / avantages des injonctions, comparable à celui qu'il pratique en matière d'expropriation. Le choix entre ces sanctions ou ces mesures se fait « eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation des contrats litigieux »^[22].

L'inefficacité de la procédure de référé contractuel ?

Après la signature du contrat, la procédure de référé contractuel^[23] s'avère encore moins efficace que la procédure de référé précontractuel.

La procédure de référé contractuel permet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat.

Le champ d'application matériel du référé contractuel est le même que celui du référé précontractuel, mais pour pouvoir être formé, le contrat doit évidemment avoir été conclu.

De même, les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont les mêmes que celles admises à former un référé précontractuel, c'est-à-dire « celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». Cependant, un candidat évincé n'est recevable à former un référé contractuel que s'il n'a pas été mis en mesure de former un référé précontractuel, ce qui limite évidemment l'intérêt d'une telle procédure.

Encore faut-il, néanmoins qu'il ait été informé par l'acheteur du rejet de son offre. **Ainsi, en procédure formalisée**, cette voie est ouverte lorsque :

- la notification du rejet de la candidature ou de l'offre adressée par l'acheteur au candidat évincé n'est pas accompagnée de l'indication du délai de suspension applicable^[24] ;
- le délai indiqué est inférieur au délai minimum de suspension et ce, alors même que le contrat aurait été finalement signé dans le respect de ce délai minimum^[25] ;
- l'acheteur n'a pas respecté le délai de suspension qui s'imposait à lui^[26].

En procédure adaptée, la voie du référé contractuel reste ouverte, si le candidat évincé n'a pas été informé dans son courrier de rejet de l'intention de la personne publique de conclure le contrat et que celle-ci n'a pas, par ailleurs, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication^[27].

À la différence du référé précontractuel, le référé contractuel doit être exercé dans un délai de trente-et-un jours, à compter de la publication d'un avis d'attribution du contrat au *Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE)*^[28] et six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat, si aucun avis d'attribution n'a été publié ou si aucune notification de la conclusion du contrat n'a été effectuée.

Par ailleurs, les moyens invocables à l'appui du recours en référé contractuel sont moins nombreux que pour le référé précontractuel. Selon le Conseil d'État, « Les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code »^[29]. Ainsi, peuvent seulement être invoqués :

- l'absence totale de publicité ;
- l'absence de publication au JOUE si celle-ci est obligatoire ;
- la violation du délai de *standstill* ;
- la violation de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du référé précontractuel ;
- la méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Enfin, il appartient au juge de vérifier que les manquements invoqués par le candidat évincé ont « affecté ses chances d'obtenir le contrat »^[30].

Le juge du référé contractuel peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés dont notamment l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette suspension pourraient l'emporter sur ses avantages. Par ailleurs, le juge peut prononcer l'annulation du contrat, sa résiliation, la réduction de sa durée et une pénalité financière, par exemple en cas de violation du délai de *standstill*.

Les recours au fond

En l'absence de possibilité de recours en urgence, les candidats évincés peuvent se rabattre sur des recours au fond qui peuvent viser la contestation de la validité du

[21] CE 12 mars 2012, Communauté d'agglomération du pays de Montbéliard, req. n° 354279.

[22] CE 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, req. n° 289234.

[23] Le référé contractuel est régi par les articles L. 551-13 à L. 551-23, et R. 551-7 à R. 551-10 du Code de justice administrative, pour les contrats de droit public.

[24] CE 24 mai 2017, Société Régal des Iles.

[25] CE 17 juin 2015, Société Proxiserve, req. n° 388457.

[26] CE 17 décembre 2014, Communauté de communes du canton de Varilhès, req. n° 385033.

[27] CE 29 juin 2012, Société Chaumeil, req. n° 358353 ; CE 23 janvier 2017, Société Decremps BTP, req. n° 401400.

[28] Ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, à compter de la notification de la conclusion du contrat.

[29] CE 19 janvier 2011, req. n° 343435.

[30] CE 30 novembre 2011, Société DPM Protection, req. n° 350788 ; CE 20 juin 2018, Société Cercis, req. n° 417686.

marché, l'obtention d'une indemnité ou plus exceptionnellement constituer un recours pour excès de pouvoir.

Le recours en contestation de la validité du contrat, recours aux effets efficaces mais tardifs

Depuis 2014, la jurisprudence « Tarn-et-Garonne »^[31] ouvre aux tiers, sans considération de leur qualité, et donc aux candidats évincés, une voie de droit spécifique permettant de contester la validité du contrat devant un juge de plein contentieux aux pouvoirs étendus. Ce nouveau recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat se substitue au recours dit « Tropic » qui était ouvert aux concurrents évincés^[32].

Le recours en contestation de validité contractuelle est possible contre tous les contrats administratifs ou certaines de leurs clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Les actes détachables préalables à la conclusion du contrat administratif ne peuvent être contestés qu'à l'occasion de ce nouveau recours et ne peuvent plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La jurisprudence a eu à statuer sur le cas de la sous-traitance catégorie au sein de laquelle elle a opéré une subtile distinction contestée et contestable :

- ainsi, la seule qualité de sous-traitant d'un candidat évincé ne permet pas de justifier d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine par la conclusion du contrat en cause^[33] ;
- en revanche, le sous-traitant est recevable si l'offre du candidat évincé repose sur sa technologie de sorte qu'aucun autre sous-traitant ne pouvait lui être substitué^[34].

Cette distinction ne nous semble juridiquement pas justifiée. En effet, même si un sous-traitant n'est pas partie au marché (n'ayant pas de relation contractuelle directe avec le maître de l'ouvrage), il n'en participe pas moins à la constitution d'une offre (du moins lorsqu'il est déclaré dès la passation par le candidat)^[35]. Le sous-traitant peut, par exemple, avoir renoncé à présenter une offre seul en application de l'interdiction qui est souvent posée par le règlement de la consultation des marchés publics de présenter plusieurs offres. Il est en tout état de cause inexact de considérer qu'un sous-traitant déclaré au stade de la candidature ou de l'offre n'a pas un intérêt lésé en cas de décision irrégulière d'attribution dudit marché à l'entreprise principale. Cela est encore plus évident lorsque le candidat s'appuie sur des

compétences du sous-traitant dont lui-même ne dispose pas. Une évolution de la jurisprudence sur ce point serait également la bienvenue.

Le recours doit être exercé, y compris pour les contrats relatifs à des travaux publics, dans un délai de deux mois « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées ». Cette condition de publicité peut être remplie notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi »^[36].

Les moyens susceptibles d'être soulevés doivent porter sur des manquements en rapport direct avec l'intérêt lésé^[37].

Le juge dispose de pouvoirs étendus qu'il module en fonction de la nature du vice entachant le contrat et des motifs tirés de la préservation de la sécurité juridique et de l'intérêt général, tels que la continuité du service public. Il peut ainsi :

- décider de la poursuite de l'exécution du contrat ;
- inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe ;
- prononcer, le cas échéant avec un effet différé, et après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ;
- si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice que le juge doit relever d'office, prononcer, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, l'annulation totale ou partielle ;
- condamner les parties à verser une indemnité à l'auteur du recours en réparation des droits lésés^[38].

Enfin, la requête peut être accompagnée d'une demande tendant à la suspension de l'exécution du contrat. Pour que cette demande soit recevable, les conditions strictes du référé-suspension doivent être réunies (urgence et doute sérieux).

Le recours pour excès de pouvoir réduit à des actes très limités

Désormais, il n'est plus possible de former un recours pour excès de pouvoir contre la délibération autorisant la signature du contrat, la décision de signer le contrat ou les décisions d'écarter une candidature, une offre ou

[31] CE Ass, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

[32] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, req. n° 291545.

[33] CE 14 octobre 2015, Région Réunion c/ Société Pyxise, req. n° 391183.

[34] CE 14 octobre 2015, req. n° 391183, préc.

[35] Le Code de la commande publique qui permet par exemple de sanctionner une offre anormalement basse d'un candidat au travers des prix pratiqués par son sous-traitant corrobore cette évidence.

[36] Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la publication d'un avis d'attribution au *JOUE*, suffit pour déclencher ce délai. En procédure adaptée, l'acheteur doit adapter sa publicité à l'objet et au montant du contrat.

[37] Seul le préfet de département et les membres de l'organe délibérant des collectivités territoriales ou de leurs groupements peuvent invoquer tout vice du contrat.

[38] La recevabilité de telles conclusions indemnitaires n'est pas soumise au délai de deux mois applicables au recours. Elle est toutefois soumise, sauf en matière de travaux publics, à l'intervention d'une décision administrative préalable de nature à lier le contentieux, le cas échéant en cours d'instance.

d'attribuer le marché public. En revanche, la décision d'abandonner la procédure en la déclarant sans suite est toujours susceptible d'être contestée par la voie d'un recours pour excès de pouvoir. De même, les clauses réglementaires du contrat ne peuvent être contestées que par la voie du recours pour excès de pouvoir^[39], le recours en contestation de validité étant exclu^[40].

Dans ces derniers cas, le régime contentieux obéit aux règles classiques de recevabilité des recours pour excès de pouvoir. Le délai de recours est notamment de deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision attaquée.

Comme pour tout recours pour excès de pouvoir, le juge ne dispose que de pouvoirs limités puisqu'il ne peut que rejeter la requête ou annuler l'acte. Le cas échéant, les requérants peuvent demander au juge d'enjoindre à l'administration de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé ou de prendre à nouveau une décision dans un délai déterminé.

L'ultime possibilité pour le candidat évincé : obtenir une indemnisation

Indépendamment de l'exercice d'un recours en contestation de validité du contrat, le concurrent évincé peut saisir le juge de conclusions tendant à « [réparer] le préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution ».

La demande du candidat évincé sera différemment retenue selon les chances qu'il avait d'être désigné attributaire de la commande publique :

- s'il ne disposait d'aucune chance d'obtenir le marché ou la concession, sa demande d'indemnisation sera purement et simplement écartée ;
- s'il n'était pas dépourvu de toute chance, il sera remboursé des frais engagés pour présenter sa candidature ou son offre ;
- enfin, s'il disposait d'une chance sérieuse d'obtenir le contrat, son droit à indemnisation est égal à son manque à gagner déterminée à partir de la valeur du contrat concerné.

Principaux recours des concurrents évincés		
	Avant la signature du marché	Après la signature du marché
Anéantir (ordonner, suspendre, annuler)	Référé précontractuel	Référé contractuel Recours en contestation de la validité du contrat
Réparer/ indemniser	Recours en indemnisation	Recours en contestation de la validité du contrat Recours en indemnisation

[39] CE Ass. 10 juillet 1996, Cayzeele, req. n° 138536.

[40] CE Ass. 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, préc.