

Définition du référé précontractuel

Il est possible de définir le référé précontractuel comme un recours contentieux introduit devant le tribunal administratif, qui permet d'obtenir l'annulation partielle ou totale du marché qui a abouti au rejet d'une offre. Ce recours est codifié à l'article L 551-1 et L 551-2 du code de la justice administrative.

Modalités et délais du référé précontractuel

Les personnes " *ayant un intérêt à conclure et qui sont susceptibles d'être lésées* " ainsi que le préfet peuvent saisir le président du tribunal administratif en cas de manquement aux obligations de publicité et de concurrence.

Le magistrat peut ordonner la suspension de la passation du contrat, annuler les décisions irrégulières et réformer les clauses ou prescriptions en mettant en demeure l'administration de les modifier dans le sens indiqué.

Le juge statue dans un délai bref de 15 jours, en audience publique. Son ordonnance est insusceptible d'appel. Elle ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation dans les **15 jours de sa notification**.

Le juge peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une **durée maximum de 20 jours**.

Le délai, pour exercer un **référé précontractuel est le délai de droit commun de deux mois**. Mais le recours doit être obligatoirement introduit avant la signature du marché.

Jusqu'à présent une entreprise candidate à l'attribution d'un marché était, de ce fait, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuel. L'entreprise pouvait invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause, " même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment " (conseil d'Etat , 8 avril 2005, Radiometer).

Pourtant, dans son arrêt du 3 octobre 2008, le conseil d'Etat juge qu'il appartient " au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, **sont insusceptibles de l'avoir lésée** ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente " (Conseil d'Etat, 3 octobre 2008, **SMIRGEOMES**).

Désormais, les irrégularités pouvant être invoquées sont celles qui sont susceptibles d'avoir lésé la société requérante ou qui risquent de la léser dans la suite de la procédure.

La preuve relèvera de l'office du juge

L'arrêt SMIRGEOMES énonce clairement, d'une part, que la preuve relèvera de l'office du juge " *il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si...* ".

D'autre part, et surtout que le juge devra rechercher si l'entreprise requérante est susceptible d'avoir été lésée ou risque de l'être : l'atteinte potentielle suffit.

Concrètement, cela signifie que l'administration de la preuve de l'atteinte aux intérêts du concurrent évincé repose **sur le raisonnement du juge et sur la production de pièces**.

Le conseil d'Etat arrête donc de sanctionner en référé précontractuel les procédures d'attribution des marchés sur de simples irrégularités formelles de publicité et permet ainsi de participer à une meilleure sécurisation de la passation de la commande publique.