Cinq réflexes pour réussir son référé précontractuel en 2026

infos-refere-precontractuel.com — 9 novembre 2026

Le contentieux de la commande publique ne pardonne pas l’improvisation. Un candidat évincé qui souhaite contester une procédure de passation dispose d’un délai serré et de conditions strictes à respecter. Voici les points de vigilance qui séparent un recours bien construit d’une requête vouée au rejet.

Quelle juridiction est compétente ?

Le premier réflexe consiste à savoir devant quel ordre de juridiction porter son affaire. Ce choix conditionne toute la démarche, car la saisine ne s’opère pas de la même façon selon que l’on s’adresse au juge administratif ou au juge judiciaire.

En 2026, le contentieux précontractuel reste partagé entre les deux ordres. Les acheteurs de droit public, ainsi que les acheteurs privés agissant sous mandat d’une personne publique, relèvent des juridictions administratives. Les acheteurs de droit privé dépendent quant à eux des juridictions judiciaires, par une procédure accélérée au fond prévue aux articles L1441-1 et suivants du Code de procédure civile.

Le projet de loi de simplification de la vie économique avait un temps envisagé de confier l’ensemble de ce contentieux au juge administratif, en requalifiant tous les contrats de la commande publique en contrats administratifs, y compris ceux conclus par des personnes privées. Les débats parlementaires ont finalement écarté cette hypothèse.

Devant le juge administratif, la requête se dépose entièrement en ligne via la plateforme Télérecours, ce qui permet d’agir jusqu’à la veille de l’expiration du délai de stand-still. Seule la saisine du juge suspend en effet la signature du contrat.

Devant le juge judiciaire, le parcours est nettement plus lourd. Il faut mandater un avocat postulant inscrit au barreau du tribunal compétent, obtenir une date d’audience selon des modalités qui varient d’une juridiction à l’autre, faire signifier l’assignation à l’acheteur par commissaire de justice avant l’échéance du stand-still, puis placer

l’affaire au rôle avec preuve du paiement du timbre fiscal de 50 euros et transmettre le numéro de rôle définitif au conseil de l’acheteur. Autant de contraintes qui imposent d’agir très en amont.

Quel intérêt présente le recours au regard des pouvoirs du juge ?

Une confusion revient souvent et mérite d’être levée. Le juge du référé précontractuel, qu’il soit administratif ou judiciaire, ne peut pas désigner le candidat évincé comme attributaire du marché. Il ne se substitue jamais à l’acheteur dans le choix de son cocontractant. Sa mission consiste à corriger les irrégularités de la procédure, non à en réécrire le résultat.

Face à un pouvoir adjudicateur, le juge dispose de pouvoirs étendus : il peut enjoindre le respect des obligations, suspendre toute décision liée à la passation et annuler les décisions irrégulières. Ces prérogatives découlent des articles 3 et 4 de l’ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 devant le juge judiciaire, et des articles L551-1 à L551-4 du Code de justice administrative devant le juge administratif.

Lorsque l’acheteur est une entité adjudicatrice, les marges du juge se réduisent. Encadré par les articles 5 à 8 de la même ordonnance et par les articles L551-5 à L551-9 du Code de justice administrative, il peut ordonner à l’entité de se conformer à ses obligations, dans un délai qu’il fixe et éventuellement sous astreinte, mais il ne détient pas le pouvoir d’annuler la procédure.

Cette nuance est parfois oubliée lors de la rédaction des actes. Réclamer l’annulation d’une décision de passation à une entité adjudicatrice expose à un rejet partiel des conclusions et affaiblit la crédibilité du recours. Le dispositif doit donc coller à la qualité exacte de l’acheteur dès l’acte introductif.

Un contentieux comporte des risques commerciaux qui peuvent l’emporter sur les bénéfices escomptés. Face à un client récurrent, engager une action peut provoquer la déclaration sans suite de procédures en cours favorables au requérant, des tensions dans l’exécution des marchés existants, voire une détérioration durable de la relation.

Comment vérifier la recevabilité avant toute saisine ?

Plusieurs conditions gouvernent la recevabilité du référé précontractuel. Les négliger, c'est risquer un rejet sans même que le juge n'examine le fond du dossier.

Le requérant doit d'abord justifier d'un intérêt lésé. Devant le juge administratif, l'exigence figure à l'article L551-10 du Code de justice administrative. L'ordonnance de 2009 retient une formulation voisine à son article 2, en ouvrant le recours aux « personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement ».

Le respect du délai de stand-still constitue la deuxième condition. Le référé n'est recevable que tant que le contrat n'est pas signé. Une fois la signature intervenue, tout recours postérieur est irrecevable, y compris si le délai de stand-still n'a pas été observé.

Il faut donc surveiller de près la date de réception de cette notification :

- Pour les marchés passés après appel d'offres européen, le délai est en principe de onze jours, porté à seize jours si la notification n'a pas été effectuée par voie électronique, en application de l'article R2182-1 du Code de la commande publique.
- Pour les marchés en procédure adaptée, aucun délai de stand-still n'est imposé en l'état du droit, mais les acheteurs observent en pratique un « délai raisonnable ».

Reste enfin l'obligation de notification à l'acheteur. Devant le juge judiciaire, l'assignation vaut notification, si bien que l'information de l'acheteur coïncide avec l'engagement de la procédure. Devant le juge administratif, la seule saisine du tribunal ne suffit pas : l'article R551-1 du Code de justice administrative impose de notifier le référé à l'acheteur, sous peine d'irrecevabilité.

Comment choisir des moyens fondés et opérants ?

Contester une éviction suppose de réunir deux exigences cumulatives. Les moyens doivent être fondés en droit, donc reposer sur une irrégularité juridiquement caractérisée, et opérants, c'est-à-dire susceptibles d'avoir lésé le requérant au vu de sa situation concrète dans la procédure.

La jurisprudence récente dessine plusieurs pistes qui continuent de justifier des annulations :

- Le rejet injustifié de l’offre du requérant, notamment comme prétendument anormalement basse.
- L’absence de publication des critères ou sous-critères de sélection, constitutive d’un défaut de transparence.
- L’usage de critères sans lien avec l’objet du contrat.
- La dénaturation de l’offre, entendue comme l’altération grossière de son contenu.
- La modification substantielle des conditions du marché après la date limite de remise des offres.
- Le défaut d’impartialité de l’acheteur.
- L’irrégularité de la candidature ou de l’offre de l’attributaire.

Repérer une irrégularité ne suffit pas. Encore faut-il démontrer qu’elle a lésé, ou pu léser, le requérant. La CJUE se montre plus souple, admettant qu’un candidat évincé invoque des manquements sans lien direct avec les irrégularités ayant conduit à l’exclusion de son offre. Les juridictions françaises restent, elles, fidèles à la logique plus stricte issue de l’arrêt Smirgeomes du Conseil d’État : seuls sont utiles les manquements qui, par leur portée et le stade auquel ils se rapportent, ont pu léser le requérant.

Comment appuyer chaque moyen sur le droit et sur les faits ?

Un référé solide repose sur un raisonnement articulé autour de trois éléments indissociables : le texte applicable, la jurisprudence pertinente et les faits de l’espèce. Pour chaque moyen, il faut identifier la règle violée, montrer en quoi les faits caractérisent cette violation, puis relier le manquement à la lésion subie.

Les textes de référence sont le Code de la commande publique et les directives européennes, qui s’imposent aux deux ordres. La jurisprudence à mobiliser varie ensuite selon la juridiction saisie : le Conseil d’État et les tribunaux administratifs devant le juge administratif, la Cour de cassation et les tribunaux judiciaires devant le juge judiciaire. La jurisprudence de la CJUE, qui s’impose aux deux ordres, offre par ailleurs un levier pour faire évoluer certaines positions françaises.

Côté faits, plusieurs documents doivent être rassemblés avant la saisine :

- La lettre de rejet avec les motifs détaillés, les notes par critère et sous-critère, ainsi que les caractéristiques et avantages de l'offre retenue.
- Les pièces de la consultation : avis de publicité, règlement de la consultation, acte d'engagement, CCAP, CCTP.
- Tous les échanges intervenus avec l'acheteur pendant la procédure, qu'il s'agisse de questions, de réponses ou de demandes de régularisation.
- Les éléments constitutifs de l'offre du requérant, mémoire technique et annexe financière notamment, dont la communication à la juridiction doit tenir compte des règles de protection du secret des affaires.

Dès réception de la lettre de rejet, il est recommandé de solliciter les motifs détaillés ainsi que les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, conformément à l'article R2181-1 du Code de la commande publique.

Deux maîtres mots : anticiper et sélectionner

Anticiper, d'abord, parce que chaque heure perdue après la lettre de rejet réduit le temps disponible pour identifier la juridiction, réunir les pièces, analyser les irrégularités, mesurer la lésion et rédiger un acte rigoureux.

Sélectionner, ensuite, parce que la qualité d'un référé ne tient pas au nombre de griefs, mais à leur pertinence. Un moyen fondé, opérant et solidement étayé pèse infiniment plus qu'une accumulation d'arguments mal ciblés qui dilue l'argumentation. Et il ne faut jamais oublier que l'exercice de ce droit s'inscrit dans une réflexion stratégique plus large.

Pour en savoir plus sur la commande publique, consultez les ressources de la Direction des affaires juridiques et les publications du Conseil d'État.