M.E.S., Numéro 143, Septembre – Octobre 2025
https://www.mesrids.org
Dépôt légal : MR 3.02103.57117
N°ISSN (en ligne) : 2790-3109
N°ISSN (impr.) : 2790-3095

Revue Internationale des Dynamiques Sociales
Mouvements et Enjeux Sociaux

Kinshasa, septembre - octobre 2025

ANALYSE DU REFERE PRECONTRACTUEL DES MARCHES PUBLICS EN DROIT POSITIF CONGOLAIS

par

Gabin KABENA ELISHA[1]

Assistant, Faculté de Droit, Université des Martyrs du Congo
Site Emery Patrice Lumumba/Kinshasa

Résumé

En droit des marchés publics congolais, le référé précontractuel est un recours d'urgence qui permet à un candidat évincé de contester la procédure de passation d'un marché public des contrats de partenariats et de délégation de service public avant la signature du contrat. Cette procédure, initiée auprès du juge administratif, vise à garantir le respect des règles de transparence, de publicité et de mise en concurrence.

Cette voie de recours juridictionnelle d'urgence ouverte aux tiers à un contrat des marchés publics est prévue en droit congolais, Cette procédure est essentielle pour garantir le respect des principes de la liberté d'accès à la commande publique, le traitement égalitaire, la transparence et l'efficacité de la procédure, ainsi que la garantie de bonne utilisation de deniers publics.

Mots - clés *: référé, référé précontractuel, marchés publics, droit congolais*

Abstract

In Congolese public procurement law, the pre-contractual summary procedure is an emergency remedy that allows an unsuccessful candidate to challenge the public procurement procedure for partnership contracts and public service delegation contracts before the contract is signed. This procedure, initiated with the administrative judge, aims to ensure compliance with the rules of transparency, publicity, and competitive bidding.

This emergency legal remedy open to third parties to a public procurement contract is provided for in Congolese law. This procedure is essential to guarantee respect for the principles of freedom of access to public procurement, equal treatment, transparency and efficiency of the procedure, as well as the guarantee of proper use of public funds.

Keywords: *Summary proceedings, Pre-contractual summary proceedings, public contracts, Congolese law*

INTRODUCTION

L'organisation des procédures des référés en cas d'urgence en droit congolais est consacrée par les articles 278 à 320 de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif[2].

Par dérogation au principe de collégialité des juridictions administratives, la loi prévoit que c'est un juge unique qui statue sur les procédures d'urgence, tant en première instance qu'en appel et en cassation. Ce juge unique est qualifié de « juge des référés »[3].

Les référés constituent des procédures d'urgence qui visent à permettre au juge saisi de prononcer des mesures justifiées par la situation de fait qui lui est soumise. Ces mesures présentent un caractère provisoire et ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée[4].

La juridiction administrative, siégeant à juge unique et ce, en chambre du conseil, statue comme juge des référés. Le juge des référés rend des mesures provisoires. Il ne statue pas sur la demande principale. Il se prononce par voie d'ordonnance dans les 8 jours de la saisine conformément aux dispositions de la loi organique[5].

Le président du tribunal administratif et celui de la cour administrative d'appel ainsi que les magistrats de leurs juridictions qu'ils désignent à cet effet sont des juges des référés. Pour les litiges relevant de la compétence du Conseil d'État, le président de la section du contentieux est juge des référés ainsi que les conseillers qu'il désigne à cet effet. Seules les personnes ayant le grade de président ou, en cas d'absence, de conseiller avec au moins trois ans d'ancienneté peuvent être désignées juges des référés par délégation.[6]

---

[1] Doctorant en deuxième année d'Etudes Supérieur et Approfondie en Droit Public Interne, Université de Kinshasa

[2] Lire avec intérêt les articles 278 à 320 de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *Journal officiel de la République démocratique du Congo*, Kinshasa, 57e année, numéro spécial, 18 octobre 2016.

[3] FREDERIC Julien, *Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics*, 2e édition du Puits fleuri, 2018, p. 25.

[4] Thibaut LELEU et Alice MINET-LELEU, *Contentieux administratif en cartes mentales*, édition Ellipses, Paris, 2022, p. 116.

[5] Article 278 de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.

[6] Article 279 de la Loi sur l'OCFJA.

En résumé, la préoccupation au centre de cette étude se dégage des séries d'interrogations, à savoir : en quoi consiste le référé précontractuel des marchés publics ? Quel est son rôle et son objectif ? Quel est son but ? Quel est le juge compétent en référé précontractuel des marchés publics ?

Face à ces interrogations, cette étude tente de donner des éléments de réponse. La publication de cet article est essentielle car elle permettra de comprendre le référé précontractuel des marchés en droit positif congolais ; de préciser son rôle, son objectif, son but et son juge compétent.

Outre cette introduction, la structure des écrits qui suit comporte deux points, à savoir : les types des référés en droit congolais (i) et les notions générales sur le précontractuel des marchés publics en droit positif congolais (ii).

I. LES TYPES DES RÉFÉRÉS EN DROIT CONGOLAIS

Le droit congolais organise des *référés généraux,* des *référés particuliers* et des *référés spéciaux*[7]. Sont considérés comme référés généraux[8] :

- le référé-suspension,
- le référé-liberté,
- et le référé-provision.

Les référés particuliers sont[9] :

- le référé-constat,
- le référé-instruction,
- et le référé-provision.

Les référés spéciaux sont[10] :

- le référé précontractuel des marchés publics,
- le référé douanier, le référé fiscal,
- et le référé sur déféré.

En matière des contrats administratifs, le droit congolais organise désormais une procédure d'urgence. Il prévoit ici un référé spécial, le référé précontractuel, qui concerne exclusivement la matière des contrats administratifs avant leur attribution définitive[11].

II. NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL DES MARCHÉS PUBLICS EN DROIT POSITIF CONGOLAIS

2.1. Objet, rôle et but du référé précontractuel

Il y a référé précontractuel des marchés publics lorsque la saisine du juge des référés tend à sanctionner des violations des règles de transparence, de publicité et de mise en concurrence à l'occasion de la passation des marchés publics, des contrats de partenariats et de délégation de service public[12].

En droit comparé, l'objectif des directives européennes était d'éviter que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence ne se résolve uniquement après la conclusion du contrat et le plus souvent par l'octroi de dommages et intérêts. Elles laissaient aux États la possibilité de confier les procédures de recours soit à une instance juridictionnelle, soit à une instance administrative. En France, la voie juridictionnelle a été retenue[13].

La loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif organise le référé précontractuel des marchés publics en ses articles 308 à 312[14]. Peuvent introduire une requête en référé précontractuel les personnes susceptibles d'être lésées par le non-respect des règles de transparence, de publicité et de mise en concurrence ainsi que les autorités chargées de la tutelle sur les actes des autorités administratives décentralisées et des organismes publics[15].

---

[7] BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais, tome 2, 1re éd.*, Academia L'Harmattan, p. 218.
[8] *Idem.*, p. 219.
[9] *Ibidem*.
[10] *Id.*, p. 220.
[11] Jean-Marie MBOKO NDJ'ANDIMA, *Abrégé de droit administratif*, Kinshasa : Médiaspaul, 2022, p. 413.
[12] BOTAKILE BATANGA, (n° 7), p. 220.
[13] Georges DUPUIS, Marie-José GUÉDON et Patrice CHRÉTIEN, *Droit administratif, 10e édition*, éd. SIREY, Paris, 2007, p. 443.
[14] Louis YUMA BIABA, *L'essentiel du Droit administratif général*, imprimerie Kinpress, Kinshasa, 2018-2019, p. 152.
[15] Article 308 de la Loi sur l'OCFJA.

Sans préjudice des recours prévus par la loi et les édits sur les marchés publics, le juge des référés peut, avant la conclusion du contrat provisoire, ordonner à l'auteur du manquement de se conformer aux obligations légales et réglementaires en matière de publicité et de mise en concurrence, l'enjoindre de suspendre les dispositions qui violent les dispositions légales et suspendre la passation du contrat ou l'exécution qui s'y rapporte[16].

Avant la signature du contrat ou l'approbation du contrat définitif, les personnes ayant intérêt à signer le contrat ainsi que les autorités de tutelle sur les actes des autorités administratives décentralisées ainsi que ceux des organismes publics peuvent saisir le juge des référés en référé précontractuel pour faire sanctionner la violation d'une obligation de publicité et de mise en concurrence survenue entre la signature du contrat provisoire et le contrat définitif ou son approbation. Le juge des référés peut alors différer, pour une durée d'un mois maximum, la signature ou l'approbation du contrat jusqu'à la réalisation des obligations légales et réglementaires prévues pour le marché. Le juge des référés saisi en matière de référé précontractuel des marchés publics statue en premier et dernier ressort[17].

Notons que le Conseil d'État peut être saisi d'un pourvoi en cassation contre les ordonnances rendues par le tribunal administratif[18].

L'objet du référé précontractuel est d'empêcher la formation de contrats administratifs alors que l'autorité administrative aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence[19]. Le référé précontractuel renforce la libre concurrence dans l'attribution de certains contrats, permet au juge administratif des référés de prendre des mesures d'urgence préventives[20]. Le référé précontractuel doit donc être exercé avant la signature d'un contrat de la commande publique, par un opérateur économique ayant un intérêt à conclure le contrat[21].

Le référé précontractuel a pour but d'*empêcher un acte*, c'est-à-dire de signer un contrat alors que sa passation est viciée, « *et d'imposer de nouvelles modalités de passation d'un contrat* » afin de régulariser les manquements constatés[22].

Lorsqu'il y a lieu de sanctionner les violations des règles de ***transparence***, ***de publicité*** et ***de mise en concurrence*** à l'occasion de la passation des marchés publics, des contrats de partenariats et de délégation de service public, le juge des référés peut être saisi par une requête en référé précontractuel[23].

Outre les règles de transparence, de publicité et de mise en concurrence, le juge peut être saisi par une requête en référé précontractuel pour les manquements ci-après :

- les prescriptions discriminatoires dans les cahiers des charges ;
- la rupture d'égalité entre les candidats en cours de procédure ;
- la contestation des critères de sélection des candidatures ou des offres ;
- la contestation de motifs de rejet des candidatures ou des offres.

2.2. Règles de transparence

Ces règles de transparence consistent à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication[24] et que, s'agissant même des contrats non soumis à la mise en

[16] Article 310 de la Loi sur l'OCFJA.
[17] Articles 311 et 312 de la Loi sur l'OCFJA.
[18] Louis YUMA BIABA, (n° 13), p. 153.
[19] ELISABETH JURVILLIERS ZUCCARO, *Le tiers en Droit administratif*, Nancy, thèse présentée et soutenue publiquement pour l'obtention du grade de docteur en Droit, faculté de Droit, Science économique et gestion, mention Droit administratif, droit public, université Nancy 2, le 13 juillet 2010, p. 417.
[20] Pierre-Laurent FRIER & Jacques PETIT, *Droit administratif*, 12e édition, Paris, 2018-2019, p. 576.
[21] MARIE CHARLOTTE BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Montpellier, thèse de doctorat en Droit public, présentée et soutenue publiquement pour l'obtention du grade de docteur, faculté de Droit et science politique et de l'unité de recherche CREAM (EA 2038), université de Montpellier, le 07 novembre 2015, p. 529.
[22] ELISABETH JURVILLIERS ZUCCARO, (n° 19), p. 426.

[23] Art. 308 de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *Journal officiel de la République démocratique du Congo*, Kinshasa, 57e année, numéro spécial, 18 octobre 2016.
[24] La procédure d'adjudication n'est plus de règle en droit positif congolais, elle est caractérisée par la mise en concurrence et l'automatisme du marché en tenant compte du seul critère du prix le plus bas. Le prix offert par le candidat sera apprécié uniquement sur base du montant proposé de telle sorte que le contrat sera attribué au candidat qui aura offert le prix le plus bas ou le plus fort rabais. On distingue l'adjudication ouverte ou publique de l'adjudication restreinte. Dans l'adjudication ouverte ou publique, tout le public est admis à la concurrence, toute personne peut présenter sa candidature et participer au marché. Le marché est ouvert à tous ceux qui réunissent les conditions requises et qui proposent un prix en rapport avec le marché. L'Administration choisit obligatoirement le concurrent qui aura offert le meilleur prix. Dans l'adjudication restreinte, l'Administration dispose d'une certaine marge de manœuvre

concurrence, les entités concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté[25]. La transparence est généralement assise sur l'exigence de la publicité qui accompagne tout processus d'achat public, elle influe sur l'appréciation globale de l'offre et l'attribution du marché[26].

La transparence peut être appréhendée par le terme de ***clarté***. Les procédures doivent être claires pour permettre à tous ceux qui sont intéressés de prendre connaissance du déroulement des opérations et éventuellement de mettre en branle les mécanismes de contrôle. La procédure de passation des marchés publics ne doit pas être opaque, ou secrète, les différentes phases de la procédure doivent bannir toute discrimination et donner lieu à une information et à une concurrence loyale entre les divers candidats.

La mise en œuvre de la transparence se manifeste donc par la publicité aux différentes phases de la procédure prévue par la législation sur les marchés publics. Il s'agit notamment[27] :

- *au niveau de la planification* : de la publication du Plan prévisionnel annuel des marchés publics, « PPM » ;
- *au niveau de la consultation* : de la publication ouverte à tous (sur le site de l'Autorité de régulation des marchés publics[28] ou notification en cas de consultation à caractère restreint permettant aux candidats d'avoir la possibilité de prendre connaissance des règles et critères effectivement appliqués à travers des textes clairs ;
- *au niveau de la réception des offres* : de l'exigence d'une séance publique d'ouverture des offres et d'établissement d'un procès-verbal dont une copie devra être mise à la disposition de tout soumissionnaire qui en fait la demande ;
- *au niveau de l'attribution du marché* : de la publication de l'attribution provisoire et de l'attribution définitive ;
- *au niveau du contentieux* : de la possibilité offerte aux candidats ou soumissionnaires malheureux s'estimant illégalement évincés d'avoir un droit de recours effectif, en cas de non-respect des règles, et de la publication des décisions du comité des règlements des différends de l'Autorité de régulation des marchés publics ;
- *au niveau du contrôle* : de la publication des rapports d'audit.

Dans le cadre de la transparence, chaque candidat est autorisé à prendre connaissance des règles, textes sur la commande publique ; il fait un libre usage de tout document qui peut faciliter la compréhension et le contrôle. L'ouverture publique des plis et la publication des résultats permettent un contrôle rigoureux sur l'impossibilité d'attribution personnelle du marché par les candidats[29].

La transparence des procédures est nécessaire pour assurer leur intégrité. Elle se traduit notamment par :

- la publication suffisante et largement à l'avance des besoins de façon à garantir l'accès aux marchés du plus grand nombre de candidats ;
- la possibilité de prendre connaissance des règles effectivement appliquées à travers des textes clairs, y compris l'usage des documents types, qui facilitent le contrôle a priori et a posteriori du respect de ces règles ;
- l'ouverture publique des plis et la publication des résultats permettant le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution du marché par les candidats eux-mêmes ;
- un droit de recours effectif des candidats en cas de non-respect des règles de passation des marchés ;
- le bannissement de toute forme de fraude et de corruption dans la passation et l'exécution des marchés publics et des délégations de services publics.

Les soumissionnaires qui participent à la sélection sont censés trouver dans cette procédure les garanties suffisantes de concurrence grâce à la publicité de l'offre. C'est dans ce sens que se justifie l'obligation pour

pour sauvegarder la qualité tout en privilégiant le prix le moins disant. Dans ce cas, l'Administration établit à l'avance une liste de candidats admis à participer à l'adjudication mais elle doitattribuer le marché au soumissionnaire le moins-disant ; lire avec intérêt Louis Yuma BIABA, *L'essentiel du Droit administratif général*, pp. 128-129.

[25] FREDERIC ALLAIRE, L'essentiel du droit des marchés publics, 11e édition, Lextenso, Gualino éditeur, 2018, pp. 22-23

[26] Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *Le droit congolais des marchés publics*, édition L'Harmattan, Paris, 2016, p. 66.

[27] Guy KABEYA MUANA KALALA, *Passation des marchés publics, tome 1 : principes, règles, institutions, procédures, pratiques de passation et contentieux*, éditions BATENA NTAMBWA, Kinshasa, août 2012, pp. 50-51.

[28] Il s'agit actuellement du site www.armp-rdc.cd.

[29] Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, (no 26), p. 67.

l'administration de porter à la connaissance des entreprises intéressées et même de la population toutes les informations sur les marchés à conclure ou ceux déjà conclus[30].

CONCLUSION

La loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics organise à son titre cinq les contentieux des marchés qui comprennent les contentieux de l'attribution et les contentieux de l'exécution[31]. Le référé précontractuel des marchés fait partie du contentieux de l'attribution.

Lorsque les candidats et soumissionnaires évincés des procédures de passation des marchés qui ont conduit à la violation des règles de transparence et de publicité introduisent leur recours auprès de la personne responsable des marchés publics et auprès du Comité de règlement des différends, la décision de ce dernier peut faire l'objet d'un appel, sans effet suspensif, devant les juridictions[32] de l'ordre administratif.

Les juridictions de l'ordre administratif de droit commun connaissent, en chambre de conseil, des mesures conservatoires, provisoires et urgentes en référés généraux, particuliers et spéciaux, en attendant la décision du juge sur le fond.

En attendant l'installation des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, le Conseil d'État dispose dans son greffe, conformément à l'article 130 points 24 à 26 de l'ordonnance n° 19/001 portant Règlement intérieur du Conseil d'État, des registres des rôles des ordonnances de référé (ROR), de référé en appel (RORA) et référé en cassation (RORC).

BIBLIOGRAPHIE

1. **Textes juridiques**
   - Loi-Organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *Journal Officiel de la République Démocratique du Congo*, Kinshasa, 57ème année, numéro spécial, 18 octobre 2016.
   - Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux Marches Publics, *Journal Officiel de la République Démocratique du Congo*, Kinshasa, 53ème année, numéro spécial, 14 janvier 2012.
   - Décret n°23/12 du 03 mars 2023 portant Manuel de procédures des marchés publics, *Journal Officiel de la République Démocratique du Congo*, Kinshasa, 64ème année, numéro spécial, 07 mars 2023.
2. **Ouvrages**
   - ALLAIRE, F., L'essentiel du Droit des marchés publics, 11ème édition lextenso, Gualino éditeur, 2018.
   - BONTRON, M.-C., *les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Montpellier, thèse de doctorat en Droit public, présentée et soutenue publiquement pour l'obtention de grade de Docteur, faculté de Droit et science politique et de l'unité de recherche CREAM (EA 2038), Université de Montpellier, le 07 novembre 2015.
   - BOTAKILE BATANGA, *Précis du contentieux administratif congolais, Tome 2, 1ère éd*, academia l'Harmattan, 2027.
   - DUPUIS, G., GUÉDON, M.-J. et CHRÉTIEN, P., *Droit administratif 10e édition*, éd. SIREY, Paris, 2007, p.443.
   - ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Le droit congolais des marchés publics*, édition l'harmattan, Paris, 2016.
   - FREDERIC, J., *Guide pratique et juridique du contentieux des marchés publics,* 2ème éditions du puits fleuri, 2018.
   - FRIER, P.-L. et PETIT, J., *Droit Administratif,* 12e édition, Paris, 2018-2019.
   - KABEYA MUANA KALALA, G., *Passation des marchés publics, Tome 1 : principes, règles, institutions, procédures, pratiques de passation et contentieux*, éditions BATENA NTAMBWA, Kinshasa, Août 2012.
   - LELEU, T. et MINET – LELEU, A., *Contentieux Administratif en cartes mentales,* édition ellipses, Paris, 2022.
   - MBOKO NDJ'ANDIMA, J.-M., *Abrégé de droit administratif*, Kinshasa : Médiaspaul, 2022.
   - YUMA BIABA, L., *L'essentiel du Droit administratif général*, imprimerie Kinpress, Kinshasa, 2018-2019.

[30] Ibidem.

[31] Lire les articles 73 à 76 de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, *Journal officiel de la République démocratique du Congo*, Kinshasa, 53e année, numéro spécial, 14 janvier 2012.

[32] Articles 145 à 150, décret n° 23/12 du 03 mars 2023 portant Manuel de procédures des marchés publics, *Journal officiel de la République démocratique du Congo*, Kinshasa, 64e année, numéro spécial, 07 mars 2023.