

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX**

bn

N° 1100972

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM****AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS****M. Chemin
Vice-président,
Juge des référés****Le vice-président,
juge des référés****Audience du 25 mars 2011
Ordonnance du 30 mars 2011**39-02-05
39-08-015-01 C+ **COPIE**

Vu la requête, enregistrée le 11 mars 2011, présentée pour la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM, société anonyme dont le siège social est situé 158 ter rue du Temple à Paris (75003), par Me d'Herbomez, avocat au barreau de Paris ; la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM demande au juge du référé précontractuel :

- d'annuler la procédure de passation du marché public à bons de commande portant sur la fourniture à la commune de Bordeaux de terminaux de radiocommunication, d'accessoires et pièces détachées à la norme Tetra, ainsi que sur la mise en service de ces fournitures et leur maintenance ;

- de mettre à la charge de la commune de Bordeaux une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient qu'elle est recevable à agir dans la mesure où, candidate à la passation du marché litigieux, son offre a été rejetée au stade de la présentation sans avoir été examinée, au motif irrégulier de l'absence de signature électronique ; qu'elle disposait de l'ensemble des outils informatiques requis par le règlement de consultation du marché et le défaut de signature électronique n'est pas de son fait ; que les différents outils et logiciels informatiques listés par le règlement de consultation ne présentaient pas tous une sécurisation égale de la procédure dématérialisée ; qu'ainsi en ne procédant pas à la vérification de chacun de ces outils, la commune de Bordeaux n'a pas respecté le principe de l'égalité de traitement des candidats, ni assuré la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire ; qu'il incombait à la commune de Bordeaux, informée des difficultés rencontrées par la société, d'examiner son offre et de permettre la régularisation de la procédure de passation en application des articles 52 et 1^{er} du code des marchés publics ; qu'en ne le faisant pas la commune a commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence de nature à léser ses intérêts ; qu'il ne saurait lui

N°1100972

2

être reproché d'avoir procédé à la remise dématérialisée de son offre à la date limite prescrite ; que le règlement de consultation n'impose pas la soumission obligatoire par voie électronique comme le requiert l'article 56 du code des marchés publics, s'agissant d'un marché dont l'objet est la fourniture de matériels informatiques ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 23 mars 2011, présenté pour la commune de Bordeaux, par la SCP Noyer-Cazcarra, avocats au barreau de Bordeaux, qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que l'offre présentée par la société requérante, qui n'a pas été signée électroniquement alors même que la société avait volontairement choisi de l'adresser par voie dématérialisée, était irrégulière et la commune était légalement tenue de l'écarter ; qu'en effet, les dispositions du code des marchés publics, et notamment son article 48-I et l'article 5 de l'arrêté du 28 août 2006 pris pour son application, imposent aux candidats, lorsqu'ils répondent par voie électronique, de signer électroniquement les pièces de leur candidature ainsi que leur acte d'engagement, la seule signature manuscrite de ces pièces n'étant pas admise ; qu'ainsi la circonstance que la société requérante a signé son acte d'engagement de façon manuscrite, puis a scanné celui-ci pour être adressé par voie électronique, ne suffit pas à rendre son offre régulière dans la mesure où cette pièce n'a pas par ailleurs fait l'objet d'une signature électronique ; qu'en outre, l'impossibilité pour la société requérante de signer électroniquement son offre n'a découlé, ni d'une défaillance technique de la plate-forme « achatpublic.com » de l'opérateur, ni d'une mauvaise préconisation du règlement de la consultation rédigé par la ville de Bordeaux, mais clairement d'un problème interne à l'ordinateur de cette société, ainsi que l'a révélé l'analyse réalisée par le service technique de l'opérateur ; que cette analyse technique aboutit en effet à la conclusion que le dysfonctionnement observé par la société requérante est dû à une ou plusieurs mises à jour de son système d'exploitation (Windows XP) qui ont causé une régression de ce système par rapport à son navigateur (Mozilla Firefox) le rendant en partie incompatible avec ce navigateur ; qu'il ne saurait être reproché à la commune d'avoir autorisé les candidats à utiliser le navigateur Mozilla Firefox qui fait partie des logiciels libres largement utilisés par de nombreux candidats, ni d'avoir anticipé le problème de dialogue qui s'est produit entre le navigateur et le système d'exploitation utilisé par la société requérante ; que de surcroît, la société requérante s'est montrée particulièrement négligente en ne répondant à l'appel d'offres que quelques dizaines de minutes seulement avant l'heure limite de remise des offres sans prévoir un laps de temps minimum de sécurité pour répondre de façon dématérialisée à un appel d'offres afin de se donner les moyens de remédier à un éventuel problème technique qui pourrait survenir lors du dépôt de son offre ; qu'elle s'est ainsi elle-même exposée au risque de ne pas être en mesure de déposer son offre en temps et en heure ; que les dispositions de l'article 52 du code des marchés publics ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats de compléter leur offre lorsque celles-ci sont incomplètes, puisque seules les pièces relatives à leur candidature sont visées par ces dispositions ; qu'ainsi, elle était légalement fondée à rejeter l'offre de la société requérante sans l'avoir préalablement invitée à la régulariser ; que le fait qu'elle n'aurait pas imposé aux candidats de transmettre leur offre par voie électronique en application de l'article 56-II, 2° du code des marchés publics, en leur permettant de choisir entre la transmission papier et la transmission électronique, n'a en tout état de cause pas été de nature à léser la société requérante, l'ensemble des sociétés candidates ayant finalement utilisé la même procédure électronique pour répondre à l'appel d'offres ; qu'au reste, le marché litigieux dont l'objet ne porte pas sur la fourniture de matériels ou de services informatiques, mais sur du matériel électronique de radiocommunication, n'est pas soumis aux dispositions de l'article 56-II, 2° du code précité ;

N°1100972

3

Vu le mémoire complémentaire enregistré le 24 mars 2011, présenté pour la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM, qui conclut aux mêmes fins que la requête ;

Elle ajoute que le certificat de signature électronique utilisé par elle présente toutes les caractéristiques de fiabilité requises par l'article 1316-4 du code civil ; que le problème informatique qu'elle a rencontré a affecté le chargement de sa signature électronique sans qu'il ne soit contesté que son offre a été correctement chargée sur le profil acheteur de la commune de Bordeaux tel que le mentionne le procès-verbal de candidature du 28 janvier 2011 ; que dans ces conditions, elle ne saurait voir son offre rejetée et supporter les conséquences de la défaillance des outils informatiques prescrits par la commune quand bien même ceux-ci échapperaient au contrôle du pouvoir adjudicateur ; qu'il appartenait éventuellement à cette dernière de préciser les versions exactes des logiciels utilisables plutôt que de désigner des logiciels d'une manière générique, ce qui implique la possibilité d'utiliser les dernières versions disponibles qui n'étaient pas compatibles ; que la commune avait l'obligation de vérifier la compatibilité entre eux des outils préconisés dans les documents de consultation, sauf à vider de leur sens les principes de confidentialité, de sécurité des transactions et d'accès non discriminatoire à un réseau informatique visés par l'article 56-IV du code des marchés publics ; que la possibilité pour les candidats de tester les configurations prescrites avant la remise de leurs offres devrait être une obligation inhérente à la sécurisation des procédures qui incombe à l'acheteur public pour garantir aux candidats le libre accès non discriminatoire aux appels d'offres ; qu'en outre, le recours à une assistance téléphonique auprès du support technique de la plate-forme « achatpublic.com » ne répond pas aux exigences de traitement non discriminatoire des candidats, cette assistance technique depuis l'étranger étant impossible ; que le choix de la procédure dématérialisée, des outils informatiques nécessaires et de la plate-forme comme interface incombant à la seule ville de Bordeaux, et la société ayant suivi les prescriptions des documents de consultation, les difficultés rencontrées révèlent qu'elle n'a pas bénéficié d'un traitement non discriminatoire dans le cadre de la procédure litigieuse ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision en date du 1^{er} octobre 2010 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Chemin, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté modifié du 28 août 2006 pris pour l'application du I de l'article 48 et de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés ;

Vu l'arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

N°1100972

4

Après avoir à l'audience publique du 25 mars 2011, à 10 heures, dont les parties ont été régulièrement avisées, présenté le rapport de l'affaire et entendu les observations :

- de Me Lagrenade, avocat de la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM, en présence de M. Huet, directeur commercial de la société ;

-et de Me Guédon, avocat de la commune de Bordeaux, en présence de M. Combes, directeur des affaires juridiques de la commune ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 applicable comme en l'espèce aux contrats pour lesquels une consultation a été engagée à partir du 1^{er} décembre 2009 : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de 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 » ; que l'article L. 551-2 du même code dispose : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, 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. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 de ce même code : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ; que selon l'article L. 551-4 de dudit code : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. » ; qu'enfin, aux termes de l'article L. 551-10 : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) » ; qu'en application de ces dernières dispositions, il incombe au juge du référé précontractuel de rechercher si, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, le manquement allégué aux obligations de publicité et de mise en concurrence est susceptible de léser ou d'avoir lésé la société requérante, fût-ce de manière indirecte en favorisant une autre entreprise ;

Considérant que la commune de Bordeaux a lancé, en décembre 2010, une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande portant sur la fourniture de terminaux de radiocommunication, d'accessoires et pièces détachées à la norme Tetra, ainsi que sur la mise en service de ces fournitures et leur maintenance ; que la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM, qui s'est portée candidate, a vu son offre rejetée le 8 février 2011 comme étant irrégulière, au motif qu'elle n'avait pas été signée électroniquement ; que la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM demande l'annulation de la procédure de passation de ce marché ;

Considérant qu'aux termes du I de l'article 48 du code des marchés publics : « Les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement défini à l'article 11. Lorsqu'elles sont transmises par voie électronique, la signature de l'acte d'engagement est présentée selon les modalités prévues par un arrêté du ministre chargé de l'économie. / Sans préjudice des dispositions prévues à l'article 56

N°1100972

5

relatives à la copie de sauvegarde, les offres sont transmises en une seule fois. (...) » ; que l'article 56 du même code dispose : « (...) IV. - Dans les cas où la transmission électronique des offres est obligatoire et dans ceux où elle est une faculté donnée aux candidats, le pouvoir adjudicateur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie (...) Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat (...) V. - Les candidats qui présentent leurs documents par voie électronique peuvent adresser au pouvoir adjudicateur, sur support papier ou support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue au pouvoir adjudicateur dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres. (...) » ; que l'article 5 de l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du I de l'article 48 et de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics formalisés dispose : « Les candidatures et les actes d'engagement, transmis par voie électronique ou envoyés sur support physique électronique, sont signés par l'opérateur économique au moyen d'un certificat de signature électronique, qui garantit notamment l'identification du candidat. » ;

Considérant que la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM, qui avait choisi de présenter son offre sous forme dématérialisée ainsi que le permettait le règlement de consultation du marché, a rencontré lors du dépôt de celle-ci, quelques heures avant la date limite du dépôt des offres qui expirait le 27 janvier 2011 à 12 heures, des difficultés techniques qui l'ont empêchée de signer électroniquement son offre ; qu'elle soutient que ce défaut de signature électronique ne lui est pas imputable, dès lors qu'elle disposait des outils informatiques répondant aux prescriptions du règlement de consultation, et notamment du logiciel de navigation Mozilla Firefox qui était au nombre de ceux autorisés par ce règlement ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment de l'analyse réalisée par le service technique de l'opérateur responsable de la plate-forme électronique de présentation des offres mise à la disposition des candidats par le pouvoir adjudicateur, que le dysfonctionnement rencontré par la société requérante est dû à une ou plusieurs mises à jour du système d'exploitation Windows XP de son ordinateur qui ont causé une « régression » par rapport au logiciel de navigation utilisé ; que ce dysfonctionnement n'est donc pas dû à une défaillance de la plate-forme dématérialisée ou à un problème de compatibilité du navigateur Mozilla Firefox avec la plate-forme, mais à un problème de dialogue interne entre le système d'exploitation de l'ordinateur de la société et son navigateur utilisé pour accéder au fichier contenant la signature électronique ; qu'il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir prévu un tel aléa technique lié à des problèmes de mise à jour propres à chaque application en définissant de façon plus précise dans son règlement de consultation les versions du navigateur à utiliser alors qu'il n'est pas contesté que le navigateur en cause, couramment à la disposition du public, est compatible avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées ; qu'il ne saurait davantage être reproché à la plate-forme dématérialisée mise à leur disposition par le pouvoir adjudicateur de ne pas avoir offert aux candidats la possibilité de tester avant la remise de leurs offres les configurations informatiques prescrites, alors qu'aucune disposition réglementaire prise en application des dispositions précitées de l'article 56-IV du code des marchés publics n'imposait une telle obligation ; qu'au demeurant, le logiciel de navigation Mozilla Firefox n'était pas le seul logiciel autorisé par le règlement de consultation, et il n'est ni soutenu, ni même allégué par la société requérante, qui n'était nullement contrainte de recourir à ce seul navigateur, qu'elle aurait été dans l'impossibilité de faire usage d'un autre navigateur préconisé dans le règlement de la consultation pour effectuer la signature

N°1100972

6

électronique de son offre ; que la circonstance que l'assistance technique de l'opérateur aurait été difficilement joignable depuis l'étranger où le représentant de la société se trouvait au moment où il a déposé son offre électroniquement est, en l'espèce, sans influence sur la solution du litige, dès lors qu'il résulte de l'instruction que le problème rencontré n'aurait pu être résolu rapidement, la société n'ayant d'ailleurs adressé un mail à la commune de Bordeaux lui signalant ses difficultés que bien après l'heure limite de remise des offres à 18 heures 30 ; que, dans ces conditions, le dysfonctionnement dont elle se plaint n'étant pas imputable au pouvoir adjudicateur, la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM n'est pas fondée à soutenir que son offre, qui n'a pas été signée électroniquement, aurait dû être déclarée régulière, et que la commune de Bordeaux aurait méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats, ainsi que les dispositions précitées de l'article 56 du code des marchés publics qui font obligation au pouvoir adjudicateur d'assurer la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire ;

Considérant que la société requérante ne peut utilement invoquer les dispositions du I de l'article 52 du code des marchés publics aux termes desquelles « avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que les pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours », dès lors que ces dispositions donnent seulement au pouvoir adjudicateur la possibilité de demander à un candidat de compléter son dossier de candidature, mais non la possibilité d'inviter un candidat à régulariser son offre ; qu'enfin, et en tout état de cause, elle ne peut davantage utilement soutenir que la commune de Bordeaux aurait dû imposer le mode de transmission électronique des offres à tous les candidats en application des dispositions de l'article 56-II, 2° du même code qui n'imposent ce mode de transmission que lorsque la procédure de passation porte sur des marchés de fourniture de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, et non comme en l'espèce sur la fourniture de matériels de radiocommunication ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en déclarant irrégulière l'offre de la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM qui n'était pas signée électroniquement, la commune de Bordeaux n'a pas méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieuse ;

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Bordeaux la somme que la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société requérante la somme que la commune de Bordeaux demande sur le fondement des mêmes dispositions ;

ORDONNE

Article 1er : La requête de la SOCIÉTÉ MAGDALENE TELECOM est rejetée.

N°1100972

7

Article 2 : Les conclusions de la commune de Bordeaux présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE MAGDALENE TELECOM et à la commune de Bordeaux. En outre, copie en sera transmise au préfet de la Gironde.

Fait à Bordeaux, le 30 mars 2011.

Le vice-président,
juge des référés,

Le greffier

Bernard CHEMIN

Bertrand MARÉCHAL

La République mande et ordonne au préfet de la Gironde en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
Le greffier en chef,

