

N° 1200012

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**SOCIETE CATHERINE DELANNOY
ET ASSOCIES**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Mondésert
vice-président,
juge des référés

Le Tribunal Administratif de Caen,

Le juge des référés

Audience du 19 janvier 2012
Lecture du 20 janvier 2012

39-08-015-01
54-03-05
C

Vu la requête, enregistrée le 4 janvier 2012, présentée pour la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES, société anonyme représentée par sa présidente directrice générale et dont le siège est situé 12 rue de Châtillon à Paris (750014), par Me Capitant, avocat ;

La SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES demande au juge du référé précontractuel :

1°) de suspendre la procédure mise en œuvre par le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel pour l'attribution d'un marché relatif au contrôle de la démarche qualité du contrat de concession des ouvrages et services d'accueil du Mont Saint-Michel ;

2°) d'annuler la procédure mise en œuvre par le syndicat mixte ;

3°) d'enjoindre au syndicat mixte, sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, de reprendre la procédure de passation au stade de l'examen des candidatures ;

4°) de mettre à la charge du syndicat mixte de la baie du Mont Saint Michel la somme de 4.000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société soutient que le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel a procédé, le 4 novembre 2011, à la publication d'un avis d'appel public à la concurrence pour l'attribution d'un marché relatif au contrôle de la démarche qualité du contrat de concession des ouvrages et services d'accueil du Mont Saint-Michel ; que la date limite de réception des candidatures et des offres a été fixée au 22 décembre 2011 à 13 heures ; que l'article IV.4.2 du règlement de la consultation prévoyait la possibilité pour les candidats de déposer un dossier dématérialisé sur la plateforme électronique www.klecoon.com ; que, souhaitant transmettre son offre par voie

électronique, elle a testé avec succès le fonctionnement de la plateforme le 20 décembre 2011 ; que le 22 décembre 2011, à 12h24, elle s'est connectée à la plateforme afin de transmettre sa candidature et son offre ; que la procédure de connexion n'étant pas arrivée à son terme, elle a relancé la connexion à 12h39 ; que la plateforme n'a pas réceptionné son offre, si bien qu'elle s'est tournée vers la hotline, ainsi que le prévoyait l'article IV.4.2 du règlement de la consultation ; que n'ayant reçu aucune aide et n'ayant pu laisser aucun message, car la hotline était fermée, elle a tenté de contacter le syndicat mixte mais sans succès ; qu'elle a envoyé à ce dernier un courrier électronique l'informant de la situation ; qu'elle lui a transmis son offre par voie postale le 22 décembre 2011 ; que par courrier du 29 décembre 2011, le syndicat mixte lui a notifié le rejet de sa candidature au motif que son dossier lui était parvenu après la date limite de dépôt des candidatures ; que sa requête est recevable dès lors que les manquements qu'elle invoque l'ont lésée, l'empêchant de participer à la procédure de passation ; que la défaillance des moyens mis en œuvre par le syndicat mixte dans le cadre de la procédure de transmission des candidatures et des offres par voie dématérialisée est double ; elle est constituée, premièrement, par le dysfonctionnement de la procédure de transmission de son dossier sur la plateforme et, deuxièmement, par l'impossibilité de joindre la hotline ; que cette défaillance méconnaît les dispositions de l'article 56 du code des marchés publics, lesquelles mettent à la charge du pouvoir adjudicateur l'obligation d'assurer le bon fonctionnement des plateformes auxquelles il a recours ; qu'un tel dysfonctionnement ne doit pas porter préjudice aux candidats, qui ne peuvent être pénalisés pour un motif technique, alors même que celui-ci ne serait pas imputable avec certitude à un dysfonctionnement ; qu'en l'espèce, le syndicat mixte est responsable de l'échec de la procédure de transmission de sa candidature dès lors qu'elle avait réalisé un test établissant la conformité de ses installations ; que le commencement tardif de la transmission de sa candidature ne peut lui être reproché ; que l'absence de possibilité de recours à la hotline dans les conditions prévues par le règlement de consultation et par la plateforme constitue un manquement du pouvoir adjudicateur au principe d'égal accès à la commande publique et à son obligation de transparence et de publicité ;

Vu, enregistré le 16 janvier 2012, le mémoire par lequel le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 3.000 euros soit mise à la charge de la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le syndicat mixte soutient que la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES ne démontre pas n'avoir trouvé aucune assistance auprès de la hotline ou de ses propres services ; qu'il n'a reçu aucun appel de la société requérante, deux salariés étant présents jusqu'à 13 heures, heure limite de dépôt des candidatures et des offres ; que la société requérante a contribué à cette situation en débutant la procédure de transmission de sa candidature trente minutes seulement avant le terme du délai de dépôt ; que si la dématérialisation a pour but de faciliter l'accès à la commande publique, elle ne dispense pas pour autant le candidat d'une certaine prudence dans la gestion de l'envoi de son offre ; que, comme en cas d'une transmission par voie postale, il lui appartient de déterminer un délai raisonnable pour garantir l'arrivée de son offre avant la date limite de réception ; qu'en l'espèce, la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES n'a contacté la hotline qu'après 13 heures, c'est-à-dire après la clôture de la consultation ; qu'ainsi, elle ne s'est pas placée dans une situation lui permettant de déposer dans les délais son offre et doit être regardée seule responsable de ce dépôt tardif ; que si elle a produit une copie de sauvegarde le 23 décembre 2011, cette transmission est intervenue hors délai et a été déclarée irrecevable en application de l'article 6.5.5 du guide pratique de dématérialisation des marchés publics ; qu'en tout état de cause, en application de l'article IV.4.2 du règlement de la consultation, le pouvoir adjudicateur devait rejeter l'offre tardive de la requérante ; que cette

dernière ne démontre pas le dysfonctionnement qu'elle invoque ; que le portail électronique en cause fonctionnait normalement ; qu'il ressort du rapport d'analyse du service technique de la société Klekoon que la difficulté d'envoi est imputable à la requérante, son système informatique ayant bloqué l'envoi de sa candidature ; qu'un recours à la hotline et l'utilisation de la seconde méthode de transfert des fichiers offerte par la plateforme auraient permis de contourner cette difficulté ;

Vu le mémoire de production de pièces, déposé par la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES le 19 janvier 2012 ;

Vu les pièces produites au cours de l'audience par le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision, en date du 1^{er} juillet 2011, par laquelle la présidente du tribunal a désigné M. Xavier Mondésert, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience publique du 19 janvier 2012, à 15h :

- le conseil de la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES ;
- le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel ;
- la société Scat ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 19 janvier 2012 au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Mondésert, vice-président, juge des référés ;
- les observations de Me Capitant pour la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES ;
- et les observations de Me Pezin pour le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel.

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience publique, à 16 heures, la clôture de l'instruction ;

Considérant que, dans le cadre de la procédure adaptée prévue par l'article 28 du code des marchés publics, le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel a publié un avis d'appel public à la concurrence pour l'attribution d'un marché relatif au contrôle de la démarche qualité du contrat de concession des ouvrages et services d'accueil du Mont Saint-Michel ; que par un courrier du 29 décembre 2011, le syndicat mixte a fait savoir à la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES que sa candidature à ce marché avait été rejetée au motif qu'après échec de la tentative d'envoi électronique, la copie de sauvegarde sur papier n'avait été reçue qu'après la date et l'heure limites de dépôt annoncées dans l'avis de publicité ; que, par la présente requête, la société demande au juge du référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de suspendre la procédure mise en œuvre par le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel, d'annuler les actes rejetant sa candidature et son offre ainsi que d'enjoindre au syndicat mixte de les admettre en reprenant la procédure ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *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. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : « *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 du même code : « *Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés* » ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient, dès lors, 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 susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant qu'aux termes de l'article 56 du code des marchés publics : « *I. Dans toutes les procédures de passation des marchés publics et accords-cadres, les documents écrits mentionnés par le présent code peuvent être remplacés par un échange électronique ou par la production de supports physiques électroniques, selon les dispositions prévues au présent article (...)* 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 le caractère quasi instantané des transmissions électroniques et l'objectif d'amélioration de la rapidité et de la facilité de l'accès à la commande publique, que vise la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, autorisent le candidat à l'attribution d'un marché public à déposer par voie électronique les documents de son offre sans délai autre que l'heure limite fixée, seul l'envoi de la copie de sauvegarde pouvant se voir opposer un délai normal d'acheminement des documents ; qu'il appartient toutefois à l'entreprise candidate de prévoir, avant l'heure limite de réception, un laps de temps minimum de sécurité permettant de garantir son envoi dématérialisé en lui laissant les moyens de remédier à un éventuel problème technique qui pourrait survenir au cours du dépôt électronique de son offre ;

Considérant qu'en l'espèce, le règlement de la consultation organisée par le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel prévoit, en son paragraphe IV-4-2, que les entreprises le souhaitant avaient la possibilité de dématérialiser leur candidature et leur offre sur une plateforme électronique domiciliée à l'adresse www.klekoon.com ; que le règlement précise qu'après la date limite de remise des offres, fixée au jeudi 22 décembre 2011 à 13 heures, aucune candidature et offre ne pourra être déposée par voie électronique sur la plateforme ; que le règlement mentionne qu'« *une assistance pour le dépôt des plis est disponible au 0 892 222 401* » ; qu'une telle mention implique nécessairement que l'assistance téléphonique devait être assurée jusqu'au terme du délai de dépôt des plis, le 22 décembre 2011 à 13 heures ;

Considérant que les deux tentatives de téléchargement de l'offre de la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES, commencées le 22 décembre 2011, successivement à 12 heures 24 et 12 heures 39, ont échoué ; qu'en l'état du dossier, il n'est pas établi que l'échec de la transmission serait imputable à une défaillance technique de la plate-forme dématérialisée Klekoon ; qu'au contraire, il résulte de l'instruction que le dysfonctionnement rencontré par la société requérante est dû à son erreur dans la mise en œuvre de la procédure de téléchargement, qui a empêché le transfert des documents ;

Considérant, toutefois, que la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES établit, par les relevés téléphoniques qu'elle produit et qui ne sont pas utilement contestés, que l'assistance technique en ligne de l'opérateur Klekoon n'a pas été joignable à 12 heures 50, avant l'heure limite du dépôt des candidatures ; que cette défaillance n'a pas été palliée par un contact qui aurait été possible avec les services du syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel avant 13 heures ; qu'au cours des débats lors de l'audience de référé, il est apparu que le blocage des ordinateurs de la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES empêchant la transmission pouvait être facilement levé, par simple utilisation de « la touche F5 » ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que les dix minutes restantes ne pouvaient pas permettre un diagnostic rapide, par la plateforme Klekoon, de l'erreur de téléchargement ni ensuite, dans le strict respect du délai n'expirant qu'à 13 heures précises, l'achèvement de la transmission régulière de la candidature et de l'offre de la société requérante, compte tenu du temps nécessaire au téléchargement et du délai prévisible de transmission, alors même que l'entreprise candidate devait respecter diverses prescriptions relatives à la signature électronique de son offre ; que, dans ces conditions, le dysfonctionnement de la plateforme Klekoon étant imputable au pouvoir adjudicateur, la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES, qui d'ailleurs avait procédé avec succès à un essai de transmission électronique deux jours auparavant, est fondée à soutenir que sa candidature aurait dû être déclarée régulière et que le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel, en la rejetant pour tardiveté, a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats ainsi que les dispositions de l'article 56 du code des marchés publics précité, qui font obligation au pouvoir adjudicateur d'assurer la sécurité des transactions sur un réseau informatique, accessible de façon non discriminatoire ;

Considérant que, de plus, aux termes de l'article 7 de l'arrêté ministériel du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des documents de la consultation, des candidatures et des offres : « *La copie de sauvegarde est ouverte(...) 2. Lorsqu'une candidature ou une offre a été transmise par voie électronique et n'est pas parvenue dans les délais ou n'a pu être ouverte, sous réserve que la copie de sauvegarde soit parvenue dans les délais* » ; que la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES ne s'est pas trouvée placée dans la situation visée par ces dispositions, rappelées par le règlement de la consultation, et elle n'entre donc pas dans le champ de ce dispositif, dès lors que les fichiers constitutifs de son offre n'ont pas pu faire l'objet, comme il a été dit ci-dessus, d'une transmission effective par la voie électronique à cause de la défaillance du service d'assistance en ligne ; que, par suite, le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel ne peut utilement opposer à la société requérante la réception tardive de la copie de sauvegarde, qui d'ailleurs n'était pas obligatoire, envoyée le 22 décembre 2011 et reçue le lendemain ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES est fondée à demander, d'une part, l'annulation de la décision du 29 décembre 2011 par laquelle le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel a rejeté son offre au titre du marché relatif au contrôle de la démarche qualité du contrat de concession des ouvrages et services d'accueil du Mont Saint-Michel, d'autre part, la suspension de la procédure de passation de ce marché ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative : « *Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution* » ;

Considérant que la présente ordonnance implique nécessairement que le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel reprenne la procédure de passation au stade de l'examen des offres des entreprises candidates, en prenant en compte celle de la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES ; que, par suite, il y a lieu de prononcer une injonction en ce sens, sans toutefois qu'il soit nécessaire d'impartir un délai d'exécution au syndicat mixte ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant, qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* » ;

Considérant que les dispositions précitées de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que les sommes demandées par la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES soient mises à la charge du syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel ; qu'en revanche, il y a lieu, en l'espèce, de condamner la société requérante à verser au syndicat mixte la somme de 1.500 euros au titre des frais exposés par ce dernier ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La décision du 29 décembre 2011 par laquelle le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel a rejeté l'offre présentée par la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES, au titre du marché relatif au contrôle de la démarche qualité du contrat de concession des ouvrages et services d'accueil du Mont Saint-Michel, est annulée.

Article 2 : Il est enjoint au syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel de suspendre la procédure de passation au stade de l'examen des offres des entreprises candidates, et de la reprendre en prenant en compte comme recevable l'offre de la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES.

Article 3 : Le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel versera, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, la somme de 1.500 euros à la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE CATHERINE DELANNOY ET ASSOCIES, au syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel et à la société Scat.

Fait à Caen, le 20 janvier 2012.

Le juge des référés,

signé

X. MONDÉSERT

Le greffier,

signé

C. ALEXANDRE

La République mande et ordonne au **PREFET DE LA MANCHE** 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 ordonnance.

Pour expédition conforme
le greffier en chef,

C. GUICHARD