

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON**

N° 0901622

SOCIETE ADW NETWORK

Mme Schaegis
Rapporteur

M. Angéniol
Rapporteur public

Audience du 20 mai 2010
Lecture du 17 juin 2010

CNIJ 39 02 02 05

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Toulon

(2ème chambre)

Vu la requête, enregistrée le 2 juillet 2009, présentée par la SOCIETE ADW NETWORK, dont le siège est 5 rue Jean Baptiste Durand à Villeurbanne (69100), représentée par son gérant en exercice ;

La SOCIETE ADW NETWORK demande au tribunal d'annuler le marché public à procédure adaptée passé par la communauté d'agglomération dracénoise le 3 juin 2009 dont l'objet est « solution de raccordement réseau hertzien » ;

Elle soutient :

- qu'à la lecture du courrier lui notifiant le rejet de son offre et l'attribution du marché à la société Circet, elle a découvert qu'une phase de négociation avait eu lieu, et qu'elle n'y avait pas été conviée ;
- que la communauté d'agglomération dracénoise affirme avoir adressé un courriel à cette fin à l'ensemble des candidats, mais que la SOCIETE ADW NETWORK ne l'a jamais reçu ;
- que le courriel n'est pas un support de communication fiable et qu'au minimum, un accusé de réception aurait dû être demandé ;
- qu'en l'absence de réponse ou d'accusé de réception, il convenait de relancer par tout autre moyen les candidats ;
- que la communauté d'agglomération dracénoise ne peut fournir la preuve qu'elle a envoyé ce courriel à la requérante ;
- que cette phase de négociation n'était pas prévue dans le règlement de consultation du marché ;
- que le marché attaqué ne respecte pas les conditions de mise en concurrence et d'égalité de traitement des candidats que pose le code des marchés publics ;

Vu la décision attaquée ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 10 août 2009, présenté par la communauté d'agglomération dracénoise concluant au rejet de la requête, et à la condamnation de la SOCIETE ADW NETWORK à lui verser la somme de 1 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir mis en œuvre une phase de négociation non prévue par le règlement de la consultation, puisque les articles 28 et 42 du code des marchés publics rappellent que dans le cadre de la passation d'un marché à procédure adaptée, la négociation est habituelle ;
- que, d'ailleurs, le règlement de consultation mentionnait bien la possibilité d'un recours à la négociation en sa page 9 ;
- que la requérante ne démontre pas n'avoir pas reçu le courriel du 18 mai 2009 ;
- qu'elle ne démontre pas en quoi sa non réponse audit courriel l'aurait lésée dans le cadre de la mise en concurrence ;
- que le courriel était assorti d'une demande d'accusé de réception, mais que le destinataire peut toujours refuser l'envoi d'un accusé de réception ;
- qu'elle n'a reçu aucun courriel de mauvais adressage ;
- que le courriel envoyé à la requérante mentionnait la date de son émission, le nom et prénom de la personne dont il émane et sa fonction, et l'identification du destinataire, condition posées par la législation pour le considérer comme un commencement de preuve ;
- qu'elle produit une copie écran de son serveur mail pour établir la réalité de l'envoi de ce courriel ;

Vu le mémoire, enregistré le 24 août 2009, présenté par la SOCIETE ADW NETWORK concluant aux mêmes fins que dans sa requête, et à la condamnation de la communauté d'agglomération dracénoise à lui verser la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- qu'elle ne conteste pas la possibilité de recourir à la négociation dans le cadre d'un marché à procédure adaptée, mais qu'elle indique que le règlement de consultation ne prévoyait pas que cette phase de négociation puisse être initiée uniquement par courriel ;
- qu'elle a vérifié le fonctionnement de sa messagerie, et a recherché en vain le courriel du 18 mai 2009 ;
- que le fait de ne pas participer à cette phase de négociation l'a empêchée de proposer une meilleure offre financière, ce qu'elle était en mesure de faire ;
- que la communauté d'agglomération dracénoise devrait être en mesure de fournir des éléments plus probants de l'envoi dudit mail, compte tenu du logiciel de messagerie qu'elle utilise ;
- que, quand bien même on établirait qu'une machine a téléchargé un courriel, il n'est pas établi pour autant qu'un être humain en ait pris connaissance, ce qui justifie qu'en l'absence de retour, l'on envoie un second message ;
- que la législation applicable aux courriels ne peut être invoquée que si l'on peut établir avoir eu recours au courriel ;

Vu le mémoire, enregistré le 9 novembre 2009, présenté par la communauté d'agglomération dracénoise concluant comme en ses précédentes écritures ;

Elle fait valoir :

- que l'article 28 du code des marchés publics relatif à la négociation dans les marchés à procédure adaptée n'exclut pas le recours au courriel ;
- que l'article 56 du même code indique que les documents écrits peuvent être remplacés par un échange électronique ;
- que la preuve apportée par la requérante est la copie écran de son logiciel de messagerie, qui est aisément falsifiable ;
- que seule une attestation de la société hébergeant le serveur de messagerie serait probante, mais elle n'est pas produite ;

Vu le mémoire, enregistré le 7 janvier 2010, présenté par la SOCIETE ADW NETWORK concluant aux mêmes fins que dans ses précédentes écritures et à la publicité du jugement à venir ;

Elle soutient :

- que la liberté laissée aux personnes publiques de déterminer les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques du marché, ce choix doit toutefois permettre de respecter les principes généraux fixés à l'article 1^{er} du code des marchés publics, et notamment l'égalité de traitement des candidats, et la transparence des procédures ;
- que toutes les copies d'écran proposées par la défense sont aisément falsifiables ;
- que la communauté d'agglomération dracénoise n'a pas répondu à la demande de la requérante faite en application de l'article 83 du code des marchés publics, concernant les motifs du rejet de son offre ainsi que les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 20 mai 2010 :

- le rapport de Mme Schaegis ;
- les conclusions de M. Angéniol, rapporteur public ;
- les observations de M. Redon, co-gérant de la SOCIETE ADW NETWORK ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que pour passer un marché à procédure adaptée portant sur une « solution de raccordement réseau hertzien » de certains de ses bâtiments, la communauté d'agglomération dracénoise, qui avait retenu cinq entreprises candidates, a décidé d'entamer une phase de négociation, en leur adressant un courriel le 18 mai 2009 ; que la SOCIETE ADW NETWORK soutient n'avoir jamais reçu ledit courriel, et qu'il n'est pas contesté qu'elle n'a jamais adressé d'accusé de réception en ce sens ; que la requérante demande l'annulation du marché, attribué le 3 juin 2009 à la société Circet, en ce qu'il a été passé au terme d'une procédure qui porterait atteinte aux principes d'égalité des candidats et de transparence ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « II.-Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code. » ; qu'aux termes de l'article 56 du même code : « I. - Dans toutes les procédures de passation mentionnées au chapitre II du présent titre, 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. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, pour les marchés négociés sans publicité préalable, dans la lettre de consultation le mode de transmission qu'il retient. » ; qu'il ressort du rapprochement de ces dispositions que la personne publique peut valablement recourir au support électronique dans la procédure de passation d'un marché public, sous réserve qu'elle ait satisfait au principe de transparence en informant au préalable les candidats du choix de ce support de communication ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction que le règlement de la consultation pour la marché à procédure adaptée portant sur des prestations de raccordement informatique des bâtiments relevant de la communauté d'agglomération dracénoise, s'il prévoit une négociation, et précise que les candidatures peuvent être dématérialisées, et s'il vise, à titre d'avis préliminaire, l'article 56 précité relatif aux communications et échanges d'informations par voie électronique, n'informe pas explicitement les candidats de ce que l'autorité administrative aura recours exclusivement au courrier électronique pour engager la phase de négociation ; que ce défaut d'information entache la procédure d'une irrégularité qui affecte la transparence du marché ;

Considérant toutefois qu'il ressort également de l'instruction que, d'une part, la société requérante n'établit pas en quoi sa non réponse au courriel du 18 mai 2009 l'aurait lésée dans le cadre de la mise en concurrence et n'a d'ailleurs pas formulé de conclusions tendant au paiement d'une indemnité à titre de réparation d'un quelconque préjudice ; que, d'autre part, l'annulation pure et simple du marché attribué à la société Circet le 3 juin 2009 lequel a été entièrement exécuté est de nature à entraîner des conséquences notablement préjudiciables sur le fonctionnement du service public ; que, dès lors et en dépit du vice de procédure ci-dessus relevé, il n'y a pas lieu d'annuler le marché attaqué ;

Sur les conclusions tendant à la publicité du jugement à intervenir :

Considérant que ces conclusions qui ne sont pas au nombre de celles qui peuvent être soumises au juge administratif doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application 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. » ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions ;

DECIDE :

Article 1er : La requête de la SOCIETE ADW NETWORK est rejetée.

Article 2 : Le présent jugement sera notifié à la SOCIETE ADW NETWORK, à la communauté d'agglomération dracénoise et au groupe Circet.

Délibéré après l'audience du 20 mai 2010, à laquelle siégeaient :

Mme Bonmati, président,
M. Harang et Mme Schaegis, premiers conseillers,

Lu en audience publique le 17 juin 2010.

Le rapporteur,

Signé

Chrystelle SCHAEGIS

Le président,

Signé

Dominique BONMATI

Le greffier,

Signé

Audrey CAILLEAUX

La République mande et ordonne au préfet du Var 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,



