

N° 1602101

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE TRIBORD

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Tronel
Juge des référés

Le juge des référés,

Ordonnance du 3 juin 2016

39-08-015-02

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 12 et 31 mai 2016, la société Tribord, représentée par Me Saout, demande au juge du référé contractuel, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

1°) d'annuler le contrat conclu le 26 avril 2016 entre le ministère de la défense et la société Marc SA correspondant au lot n° 2 du marché AOO149-15 relatif à la gestion des zones de regroupement de déchets des formations de la base de défense de Brest-Lorient ;

2°) de mettre à la charge de l'État la somme de 3 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le concurrent évincé qui a saisi le juge du référé précontractuel est recevable à saisir le juge du référé contractuel dès lors que le contrat a été signé postérieurement à la communication de la requête par le greffe. En l'espèce, la requête a été transmise par le greffe du tribunal au ministère de la défense le 26 avril 2016 à 12 h 17. Le ministre en a accusé réception le lendemain à 9 h 22 et a signé le contrat le 26 avril à 17 h 07.

- les conditions posées par l'article L. 551-18 du code de justice administrative pour annuler le contrat en litige sont réunies :

- le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas rejeter son offre comme irrégulière au motif que les dossiers contenus dans les dossiers zippés n'étaient pas signés électroniquement, alors pourtant qu'ils l'étaient.

- il était possible de vérifier la validité de la signature électronique de son offre. Le ministre ne peut dès lors pas invoquer ce nouveau motif de rejet de l'offre.

- la signature du marché l'a privée de son droit d'exercer le recours en référé précontractuel.

Par un mémoire en défense, enregistré le 27 mai 2016, le ministre de la défense conclut :

- 1°) à titre principal au rejet de la requête ;
- 2°) à titre subsidiaire, à ce que la pénalité qui pourrait être prononcée sur le fondement de l'article L. 551-20 du code de justice administrative n'excède pas 1 000 euros ;
- 3°) à ce qu'il soit mis à la charge de la société Tribord la somme de 2 300 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la requête en référé contractuel est irrecevable dès lors que l'acte d'engagement a été signé après l'expiration du délai de stand-still et avant que l'administration prenne connaissance sur l'application télérecours, le 27 avril 2016 à 9 h 22, de la requête en référé contractuel.

- l'offre de la société Tribord a été régulièrement rejetée dans la mesure où il n'a pas été possible pour le pouvoir adjudicateur de vérifier l'état de révocation du certificat de signature électronique.

- subsidiairement, en ce qui concerne le prononcé d'une sanction financière en application de l'article L. 551-20 du code de justice administrative, il convient de relever que la signature prématurée du contrat résulte du fait que le greffe du ministère ne reçoit aucune notification spécifique aux référés et n'est pas en mesure d'ouvrir quotidiennement toutes les requêtes lui parvenant. En l'espèce, seule une demi-journée sépare l'envoi du référé précontractuel de sa lecture. Enfin, compte tenu de l'irrégularité de l'offre de la société Tribord, celle-ci n'a pas été privée d'une chance de remporter le marché. Pour ces motifs, la pénalité ne saurait excéder 1 000 euros.

Vu :

- les autres pièces du dossier.
- l'ordonnance n° 1601817 du 4 mai 2016.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- l'arrêté du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Tronel, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus, au cours de l'audience publique du 31 mai 2016 :

- le rapport de M. Tronel, juge des référés.
- Me Saout et M. Daugan, informaticien, représentant la société Tribord, qui concluent aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens.

- Mme Faucher, adjointe au chef du bureau du contentieux contractuel et domanial de la direction des affaires juridiques et M. Corre, expert juridique au sein du pôle achats à la plateforme achats-finances Ouest, représentant le ministère de la défense, qui concluent au rejet de la requête en exposant les arguments présentés dans les écritures en défense.

La requête a été transmise à la société Marc SA qui n'a pas produit de mémoire.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

La société Tribord a produit une note en délibéré, enregistrée le 1^{er} juin 2016.

1. Considérant que la plate-forme achats-finances Ouest, située à Brest et relevant du ministère de la défense, a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert publiée au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 7 janvier 2016 et ayant pour objet la mise à disposition de différents contenants, la collecte, le transport, la valorisation, l'élimination de déchets inertes, industriels banals et dangereux (lot n°1) et la gestion des zones de regroupements de déchets des formations de la base de défense de Brest-Lorient (lot n° 2) ; que le 18 février 2016, la société Tribord a déposé une offre pour le lot n° 2 sur la plate-forme de dématérialisation « la PLACE » ; que, le 15 avril 2016, le pouvoir adjudicateur a informé la société requérante du rejet de son offre au motif tiré de ce que ni le formulaire DC 1, ni l'acte d'engagement n'était signé ; que le 25 avril 2016, celle-ci a déposé devant le tribunal de céans un référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que par une ordonnance rendue le 4 mai 2016, le juge des référés a pris acte du désistement de la société Tribord de sa requête en référé précontractuel ; que par la présente requête, la société saisit le juge du référé contractuel d'une demande tendant à l'annulation du contrat correspondant au lot n° 2 ;

Sur la recevabilité de la requête :

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, le recours en référé contractuel « *n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.* » ; que l'article L. 551-4 du même code dispose que : « *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, l'article R. 551-1 du même code dispose que : « *Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. / Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités. / Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur.* » ;

3. Considérant qu'en vertu de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, le recours contractuel demeure ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4, qui lui interdit de signer le contrat à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification de la décision du juge des référés sur ce recours ; que, si ces dispositions ne peuvent trouver à s'appliquer lorsque le recours contractuel, présenté par un demandeur qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel, est dirigé contre un marché signé durant la suspension prévue à l'article L. 551-4 alors que le pouvoir adjudicateur était dans l'ignorance du référé précontractuel, il en va toutefois différemment lorsque, alors même que le demandeur a méconnu ses obligations de notification prévues à l'article R. 551-1, la signature est intervenue alors que le pouvoir adjudicateur avait été informé, par le greffe du tribunal administratif, de l'existence d'un tel recours ;

4. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article R. 611-8-2 du code de justice administrative : « *Les avocats, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les administrations de l'Etat, les personnes morales de droit public et les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public peuvent s'inscrire dans l'application informatique mentionnée à l'article R. 414-1, dans les conditions fixées par l'arrêté prévu à cet article. / Toute juridiction peut adresser par le moyen de cette application, à une partie ou à un mandataire ainsi inscrit, toutes les communications et notifications prévues par le présent livre pour tout dossier et l'inviter à produire ses mémoires et ses pièces par le même moyen. / Les parties ou leur mandataire sont réputés avoir reçu la communication ou la notification à la date de première consultation du document qui leur a été ainsi adressé, certifiée par l'accusé de réception délivré par l'application informatique, ou, à défaut de consultation dans un délai de huit jours à compter de la date de mise à disposition du document dans l'application, à l'issue de ce délai. Sauf demande contraire de leur part, les parties ou leur mandataire sont alertés de toute nouvelle communication ou notification par un message électronique envoyé à l'adresse choisie par eux. / Lorsque le juge est tenu, en application d'une disposition législative ou réglementaire, de statuer dans un délai inférieur ou égal à un mois, la communication ou la notification est réputée reçue dès sa mise à disposition dans l'application.* » ; que selon l'article R. 551-5 de ce même code, applicable aux référés précontractuels : « *Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-5* » ;

5. Considérant qu'il ressort des pièces de la procédure devant le juge du référé précontractuel du tribunal de céans (requête n° 1601817), que le greffe a mis à la disposition du ministre de la défense, sur la plate-forme télérecours à laquelle est inscrite son administration, la requête en référé précontractuel de la société Tribord, le 26 avril 2016 à 12 h 17 ; que le ministre ne soutient pas que des dysfonctionnements l'auraient empêché d'accéder à cette information dès sa mise à disposition ; que la notification de la requête est par suite, réputée avoir été faite le 26 avril 2016 à 12 h 17, indépendamment de la date à laquelle l'administration a lu la requête, en l'espèce le 27 avril 2016 à 9 h 22 ; qu'ainsi, en signant le contrat correspondant au lot n° 2 du marché en litige, le 26 avril à 17 h 07, le pouvoir adjudicateur a méconnu l'obligation de suspension découlant de l'article L. 551-4 du code de justice administrative qui lui était opposable dès le 26 avril 2016 à 12 h 17 ; que, par suite, contrairement à ce que soutient le ministre de la défense, la société Tribord est recevable à saisir le juge du référé contractuel ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

6. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce (...) la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 du même code : « *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées*

et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat. » ;

7. Considérant, d'autre part, qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics, applicable à la procédure de passation litigieuse : « *Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...)* » ; que le 1° du I de l'article 35 dispose : « *(...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. (...)* » ; qu'aux termes de l'article 11 : « *(...) Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges en sont les pièces constitutives. / L'acte d'engagement est la pièce signée par un candidat à un accord-cadre ou à un marché public dans laquelle le candidat présente son offre ou sa proposition (...)* » ; que le I de l'article 48 dispose : « *Les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement défini à l'article 11. / L'acte d'engagement pour un marché ou un accord-cadre passé selon une procédure formalisée, lorsque l'offre est transmise par voie électronique, est signé électroniquement dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. (...)* » ; qu'aux termes de l'article 56 : « *(...) II. Le pouvoir adjudicateur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique (...)* / IV. - *Dans les cas où la transmission électronique 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. (...)* » ; que l'article 2 de l'arrêté ministériel du 15 juin 2012 susvisé dispose : « *(...) II Le signataire transmet, avec le document signé, le mode d'emploi permettant de procéder aux vérifications nécessaires. Ce mode d'emploi contient, au moins, les informations suivantes : / 1° La procédure permettant la vérification de la validité de la signature ; / 2° L'adresse du site internet du référencement du prestataire par le pays d'établissement ou, à défaut, les données publiques relatives au certificat du signataire, qui comportent, au moins, la liste de révocation et le certificat du prestataire de services de certification électronique émetteur (...)* » ; qu'aux termes de l'article 3 de cet arrêté : « *I. - Le format de signature est conforme au référentiel général d'interopérabilité défini par le décret du 2 mars 2007 susvisé. / II. - La signature est au format XAdES, CAdES ou PAdES. Le règlement de la consultation ou la lettre de consultation peut prévoir un ou plusieurs formats supplémentaires.* » ; que l'article 4 dispose : « *Pour apposer sa signature, le signataire utilise l'outil de signature de son choix* » ; qu'aux termes de l'article 5 de ce texte : « *I. - La fourniture de la procédure permettant la vérification de la validité de la signature mentionnée au II de l'article 2 est gratuite. Elle permet, au moins, de vérifier : / 1° L'identité du signataire ; (...)* / 3° *Le respect du format de signature mentionné à l'article 3 ; / 4° Le caractère non échu et non révoqué du certificat à la date de la signature ; / 5° L'intégrité du fichier signé. / II. - Ces vérifications peuvent être effectuées de manière automatisée, lorsque les techniques utilisées sur le profil d'acheteur le permettent, à l'exception de la vérification de l'identité du signataire du document. / III. - L'opérateur économique qui utilise le dispositif de création de signature proposé par le profil d'acheteur est dispensé de fournir la procédure de vérification de la signature.* » ; qu'enfin, le point II.1-2 de l'article 2 du règlement de consultation fixe les modalités à respecter en cas de transmission des offres par voie électronique en prévoyant, d'une part, que préalablement au dépôt d'une offre transmise par voie électronique dématérialisée ou sur support physique informatique, le candidat doit obtenir un certificat de signature électronique (CSE) auprès d'un tiers certificateur dont la liste est accessible sur les sites internet indiquées dans le règlement de consultation ; qu'il indique en outre que : « *Le CSE est nominatif, la*

personne qui signe doit avoir le pouvoir d'engager la société. / Le titulaire du CSE doit donc être : / soit le représentant légal de la société (gérant, président, etc.) ; / soit toute autre personne qui disposera dans ce cas d'une délégation de pouvoir (à joindre dans le dossier de candidature). / Le CSE doit convenir pour la réponse aux marchés publics, être d'un niveau au moins égal à 2 étoiles et être conforme au référentiel général de sécurité (RGS). / Il appartient au candidat d'anticiper (préavis d'au minimum 2 semaines) les délais d'obtention du certificat, et d'en tester le bon fonctionnement suffisamment tôt pour être dans les délais d'une offre par voie postale en cas de difficultés. / Rappel : Un zip signé ne vaut pas signature des documents qu'il contient. En cas de fichier zippé, chaque document pour lequel une signature est requise doit être signé séparément. / Le candidat désirant transmettre son offre via la PLACE devra : / - s'inscrire préalablement sur le site www.marches-publics.gouv.fr afin d'obtenir un identifiant et un mot de passe ; / - depuis le tableau de bord des consultations (résultat de recherche), l'Utilisateur Entreprise authentifié peut répondre à une consultation en cliquant sur le bouton Actions\Répondre à la consultation ; / - signer individuellement les documents dématérialisés de l'offre à l'aide de la signature électronique certifiée d'une personne habilitée à engager l'entreprise.(...) » ;

8. Considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions et stipulations précitées, d'une part, qu'une offre qui, à la date limite de remise des offres, n'est pas signée par une personne dûment mandatée ou habilitée à engager l'entreprise candidate est irrégulière et doit, comme telle, être rejetée sans être examinée, d'autre part, que, dans le cas où, comme en l'espèce, l'offre est transmise par voie électronique, la signature s'effectue, sous la responsabilité du candidat qui utilise l'outil de signature de son choix, au moyen d'un certificat de signature électronique garantissant l'identification du candidat, le respect du format de signature imposé, le caractère non échu et non révoqué du certificat à la date de la signature et l'intégrité du fichier signé ;

9. Considérant que la société Tribord fait valoir que l'offre qu'elle a déposée sur la plate-forme « la PLACE » au titre du lot n° 2 du marché en litige était régulièrement signée et que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas l'éliminer pour défaut de signature du formulaire DC 1 et de l'acte d'engagement ;

10. Considérant qu'il résulte de l'instruction et des débats au cours de l'audience publique que pour déposer son offre, la société Tribord a utilisé un certificat électronique proposé par la société ChamberSign – référencée sur le site de la plate-forme des achats de l'État - associé au format de signature XAdES à partir d'un document Word ; que le pouvoir adjudicateur a constaté que le certificat de signature n'embarquait pas la chaîne de certification et en a déduit que l'origine de ce problème venait de la configuration du poste du signataire sur lequel les certificats racines n'avaient pas été probablement installés ; que cependant, le rapport de vérification de signature et la capture d'écran produites en pièces jointes n°8 et n°9 par la société requérante attestent de la validité de la signature de l'offre déposée sur la plate-forme « la PLACE » et de la possibilité de vérifier cette validité ; que les débats menés au cours de l'audience publique n'ont pas pu expliquer précisément les raisons techniques pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'a pas pu vérifier la validité de la signature électronique de cette offre ;

11. Considérant que dans la mesure où la société Tribord a respecté la procédure prévue par l'arrêté du 15 juin 2012 et le règlement de consultation du marché en litige et qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de vérifier la signature électronique proviendrait d'une erreur commise par la société requérante, son offre ne pouvait pas être rejetée comme irrégulière ; que ce manquement aux obligations de publicité et de mise

en concurrence, qui a empêché l'analyse de l'offre de la société Tribord, a affecté ses chances d'obtenir le contrat ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Tribord est fondée à demander l'annulation du contrat sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; qu'il résulte de l'instruction qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général, tenant notamment à la nécessité de garantir la sécurité routière ou à la prise en compte d'un intérêt économique, ne justifie le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation du contrat prévues par l'article L. 551-19 du même code ;

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

13. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'État le versement à la société Tribord de la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit à la demande de l'État présentée sur leur fondement ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : Le contrat conclu au titre du lot n° 2 « gestion des zones de regroupement de déchets des formations de la base de défense de Brest-Lorient » du marché référencé AOO149-15 est annulé.

Article 2 : L'État versera à la société Tribord une somme de 1 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par le ministre de la défense sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Tribord, au ministre de la défense et à la société Marc SA.

Fait à Rennes, le 3 juin 2016.

Le juge des référés,

signé

N. Tronel

La greffière d'audience,

signé

A. Gauthier

La République mande et ordonne au ministre de la défense 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.