

N^{os} 400791, 400794
Ministre de la défense
c/ société Tribord

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 30 septembre 2016
Lecture du 17 octobre 2016

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La dématérialisation des procédures, de passation des commandes publiques comme d’instruction des requêtes contentieuses, est un objectif à bien des égards louable mais qui exige des administrations un certain effort d’adaptation, comme l’illustre la présente affaire.

A travers sa plateforme d’achats, le ministère de la défense a lancé en janvier 2016 un appel d’offres en vue de la conclusion d’un marché public dont le lot n° 2 avait pour objet la gestion des zones de regroupement de déchets des formations de la base de défense de Brest-Lorient. La société Tribord a déposé une offre dématérialisée, que le pouvoir adjudicateur a rejeté au motif que l’absence de signature du formulaire DC 1 et de l’acte d’engagement la rendait irrégulière. La société a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Rennes le 25 avril 2016 mais, apprenant que le marché avait été signé le lendemain, s’est désisté de son recours pour former un référé contractuel en annulation du contrat. Par une ordonnance du 3 juin 2016, le juge du référé a annulé le contrat au motif que le rejet de l’offre de la société requérante n’était pas justifié et avait affecté ses chances d’obtenir le contrat. Le ministre de la défense se pourvoit en cassation contre cette ordonnance et vous demande d’ordonner qu’il soit sursis à son exécution. Vous pourrez joindre ces deux requêtes.

Le premier moyen est dirigé contre les motifs par lesquels le juge du référé a écarté la fin de non recevoir opposée par le ministre tirée de l’irrecevabilité du référé contractuel.

Vous savez que celui-ci est ouvert, aux termes de l’article L. 551-14 du code de justice administrative, au demandeur qui a formé un référé précontractuel lorsque le pouvoir adjudicateur n’a pas respecté la suspension prévue à l’article L. 551-4 ou à l’article L. 551-9 ou ne s’est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours. La suspension prévue à l’article L. 551-4 est celle de la signature du contrat et court « à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu’à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle ». Le ministre de la défense faisait valoir qu’il ne pouvait lui être reproché d’avoir signé le marché pendant la période de suspension dès lors qu’il n’avait eu connaissance du référé précontractuel formé par la société Tribord que le 27 avril, soit le lendemain du jour où il avait signé le contrat. Le juge du référé a écarté cette fin de non recevoir au motif que « le greffe du tribunal avait 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 12h17 » et que la notification de la requête devait, par suite, être réputée avoir été faite à ces date et heure, « indépendamment

de la date à laquelle l'administration a lu la requête, en l'espèce le 27 avril à 9h22 », de sorte « qu'en signant le marché le 26 avril 2016 à 17h07, il avait méconnu l'obligation de suspension découlant de l'article L. 551-4 qui lui était opposable dès le 26 avril 2016 à 12h17 ».

Vous écarterez tout d'abord sans difficultés le premier argument du ministre, qui n'est pas véritablement dirigé contre ces motifs, selon lequel le contrat a été signé après l'expiration du délai de suspension à compter de la transmission de la décision de rejet de l'offre, qui était de 11 jours puisqu'elle avait été faite par voie électronique (art 80 CMP). Il est exact que la décision ayant été transmise à la société évincée le 15 avril, le délai de suspension né de cette transmission, qui se décompte de date à date (2 août 2011, *sté Clean*, n° 347528, aux T p. 1021), expirait le 25 avril, ce qui permettait au pouvoir adjudicateur de signer le contrat à partir du 26 avril. Mais le référé précontractuel introduit par la société le 26 avril a rouvert un nouveau délai de suspension de la signature du contrat courant jusqu'à ce qu'il soit statué sur le recours. La configuration de la présente espèce diffère de celle de l'affaire *sté Clean* où le recours avait été introduit postérieurement à la signature du marché qui avait eu lieu après l'expiration du délai de suspension parti de la notification du rejet de l'offre. C'est pourquoi l'auteur de l'ordonnance attaquée ne s'est pas fondé sur ce premier délai de suspension mais sur celui de l'article L. 551-4, à juste titre.

Le second argument est tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en considérant que le pouvoir adjudicateur avait méconnu le délai de suspension né de l'introduction du référé en signant le marché « à un moment où il pouvait légitimement se croire autorisé à y procéder ». Et, pour vous en convaincre, il vous expose assez longuement les « contraintes organisationnelles qui pèsent sur la sous-direction du contentieux du ministère de la défense », qui n'aurait pas les moyens d'assurer une veille constante des notifications sur télérecours, d'autant plus que cette application « ne dispose pas de la sophistication requise pour que l'administration, en un simple coup d'œil sur l'écran d'accueil de l'application, soit en mesure de distinguer les requêtes en référé des autres pièces échangées via cette application ». A cette invocation de sa bonne foi, dont nous ne doutons pas mais qui demeure assez largement étrangère à l'application des règles de recevabilité du référé contractuel, le ministre de la défense ajoute un argument plus juridique tiré de ce que la société requérante ne lui a pas notifié son recours, comme l'article R. 551-1 du CJA l'y oblige. Il se prévaut de votre décision du 30 septembre 2011, *Cne de Maizières-les-Metz* (n° 350148, au rec p. 450), par laquelle vous avez jugé que le référé contractuel était fermé au demandeur qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors même que le marché avait été signé durant la suspension prévue à l'article L. 551-4 lorsque « le pouvoir adjudicateur était dans l'ignorance du référé précontractuel en raison de la méconnaissance, par le demandeur, de ses obligations de notification prévues à l'article R. 551-1 ».

Cette solution ne s'applique cependant pas lorsque le pouvoir adjudicateur a été informé par le greffe du tribunal de l'introduction d'un référé précontractuel (1^{er} mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560, aux T sur ce point). Le point de départ du délai de suspension court à compter de la date à laquelle l'introduction du référé précontractuel a été portée à la connaissance du pouvoir adjudicateur, qu'elle l'ait été par le greffe de la juridiction devant laquelle il a été introduit ou par le requérant en application de l'article R. 551-1 et, si elle l'a été par les deux, à compter de la première notification reçue. Or, en l'espèce, le référé lui a été notifié par la juridiction sur l'application télérecours.

Les modalités des notifications effectuées au moyen de cette application informatique sont précisément fixées par l'article R. 611-8-2 du code de justice administrative qui indique notamment qu'en règle générale les parties au litige ou leur mandataire « *sont réputées 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* ». Le dernier alinéa prévoit cependant que « *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.* » Tel est bien le cas du juge du référé précontractuel, qui doit statuer dans un délai de 20 jours (art R. 551-5).

Vous avez déjà eu l'occasion de rappeler qu'en application de ces dernières dispositions le mandataire d'une partie devait être « *réputé avoir reçu l'avis d'audience déposé dans cette application dès sa mise à disposition, sans qu'y fasse obstacle la circonstance qu'il n'aurait pas reçu de courrier électronique d'alerte* » (11 avril 2015, *Cne de Damouzy*, n° 379356, au rec). Il ressort de cette décision que seuls des dysfonctionnements de l'application ayant empêché le destinataire d'accéder à l'information peut faire obstacle à ce qu'il soit regardé comme l'ayant reçue. L'application de cette réserve aux conditions de recevabilité du référé contractuel méritera certainement une réflexion, car elle ne conduira pas à l'irrégularité d'une procédure contentieuse qui peut être reprise mais à l'irrecevabilité définitive d'un recours contentieux. Il est vrai que la notification du recours par son auteur qui y est tenu par l'article R. 551-1 permet d'éviter ce risque. Quoi qu'il en soit, cette hypothèse n'est pas celle de la présente affaire et le juge du référé nous semble avoir fait une exacte application des règles que nous venons de rappeler en jugeant que le pouvoir adjudicateur devait être réputé avoir eu connaissance du référé précontractuel à la date à laquelle ce recours lui a été notifié sur télérecours. Nous ne voyons donc pas comment vous pourriez suivre le ministre qui vous invite à reconnaître à l'administration un délai raisonnable pour prendre connaissance des référés notifiés par télérecours. Cela serait directement contraire aux dispositions du dernier alinéa de l'article R. 611-8-2. Vous n'avez d'ailleurs jamais admis, pour les notifications par voie postale, de tenir compte des circuits de transmission internes aux administrations ou aux personnes morales. Les règles applicables aux transmissions électroniques n'étant qu'une adaptation de vos jurisprudences constantes concernant les notifications par voie postale, nous ne voyons aucune raison de leur réserver un sort particulier. Il appartient au service qui signe les marchés de s'assurer auprès du service juridique qu'aucun recours n'a été introduit.

Les deux autres moyens du pourvoi portent respectivement sur le manquement retenu par le juge du référé et sur les conséquences qu'il en a tiré sur la demande qui lui était soumise.

La réponse que vous donnerez au premier sera d'une grande portée pratique car elle déterminera les obligations respectives du pouvoir adjudicateur et du candidat dans l'application des procédures dématérialisées d'échanges de documents entre eux.

Rappelons que le pouvoir adjudicateur avait initialement rejeté l'offre comme irrégulière au motif qu'elle n'était pas signée avant de soutenir devant le juge des référés qu'il n'avait pu vérifier la validité de la signature électronique en raison d'une mauvaise configuration du poste signataire, sur lequel les « *certificats racines* » n'auraient pas été installés.

Le juge des référés n'a pas été convaincu par ce nouveau motif. Il a relevé que « le rapport de vérification de signature et de 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 ». Il en a conclu que « que dans la mesure où la société Tribord a respecté la procédure prévue par l'arrêté du 15 juin 2012 [relatif à la signature électronique dans les marchés] et le règlement de la consultation du marché en litige [pour la signature électronique de son offre] 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 être rejetée comme irrégulière ».

Le ministre soulève, dans son mémoire en réplique, un nouveau moyen d'erreur de droit tiré de ce que le juge des référés aurait à tort fait peser sur le pouvoir adjudicateur la charge de la preuve de la cause de l'impossibilité de vérifier la signature de l'offre. Selon le ministre, « dès lors que la signature électronique n'avait pu être vérifiée par le pouvoir adjudicateur, elle devait nécessairement être écartée comme irrégulière ».

Cette affirmation nous paraît excessive. Vous jugez certes de manière constante « qu'une offre dont l'acte d'engagement n'est pas, avant la date limite de remise des offres, signé par une personne dûment mandatée ou habilitée à engager l'entreprise candidate est irrégulière et doit être éliminée comme telle avant même d'être examinée » (CE, 10 décembre 1993, *Société Lopez Entreprise*, n° 124529 ; CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne c/ Commune de Francheville*, p. 411 ; 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935, aux Tables sur un autre point ; 7 novembre 2014, *Ministre des finances et des comptes publics c/ Société BearingPoint France*, n° 383587, aux T). Aucune disposition n'impose par ailleurs au pouvoir adjudicateur d'inviter un candidat dont l'offre est irrégulière à la régulariser, y compris dans les procédures dématérialisées.

Il n'en demeure pas moins que l'acheteur est responsable de la conduite de la procédure de sélection et qu'il doit, à ce titre, définir les modalités de la mise en concurrence en garantissant aux candidats un traitement égal. Lorsqu'il met en place un dispositif dématérialisé de dépôt des offres, il lui appartient, comme l'indique l'article 56 du code des marchés publics applicable à la présente procédure, d'assurer « *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.* » L'arrêté applicable à la procédure litigieuse est un arrêté du 15 juin 2012 dont les dispositions très détaillées citées par l'ordonnance attaquée précisent les modalités de la signature électronique par le candidat et de sa vérification par le pouvoir adjudicateur.

Le bon fonctionnement d'un tel dispositif incombe au pouvoir adjudicateur qui l'a conçu et mis à disposition des candidats. Il nous semble donc que le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter comme irrégulière une offre qui lui apparaît dépourvue de signature ou dont il ne parvient pas à vérifier la signature si le candidat a correctement accompli les formalités de dépôt de son offre sur la plateforme dématérialisée. En d'autres termes, si l'absence de signature de l'offre reçue ou l'impossibilité de la vérifier est imputable au système, qu'il ait été mal conçu ou qu'il ait mal fonctionné, que ce dysfonctionnement soit établi positivement ou qu'il résulte de la preuve de ce que le candidat s'est conformé à ce qui lui était demandé,

cette difficulté ne peut pénaliser le candidat. Par conséquent, le juge des référés doit rechercher, en cas de contestation du rejet d'une offre pour défaut de signature ou impossibilité de la vérifier, quelle est la cause du problème et à qui il est imputable. Et si l'instruction ne permet pas de le déterminer, ce qui implique qu'il soit établi que le candidat s'est bien conformé à ses obligations lors du dépôt de son offre, celle-ci ne peut être regardée comme irrégulière. Toute autre solution conduirait à notre avis à faire peser sur le candidat la charge d'une preuve positive de ce que l'absence de signature est due à un dysfonctionnement du système qu'il n'est pas en mesure d'apporter, le système relevant du pouvoir adjudicateur et, en définitive, à lui faire supporter les conséquences du dysfonctionnement d'un système dont il n'est pas responsable.

La décision précitée *Ministre des finances et des comptes publics c/ Société BearingPoint France*, qui concernait aussi la signature électronique d'un acte d'engagement, n'a pas la portée que veut lui donner le ministre. Vous avez jugé, après avoir relevé « qu'il est constant que l'accusé de réception transmis à la société BearingPoint France ne mentionnait aucun « jeton » de signature associé à l'acte d'engagement ; qu'en jugeant, dans ces conditions, que cette absence de mention ne suffisait pas à établir que l'acte d'engagement de la société requérante n'était pas accompagné de sa signature électronique, au motif que n'étaient démontrés, ni l'absence de dysfonctionnement de la plateforme PLACE ni l'existence d'un dispositif signalant aux candidats le défaut de signature électronique de leurs documents, le juge des référés avait commis une erreur de droit ». Vous avez reproché au juge des référés de subordonner l'irrégularité d'une offre non signée à l'existence d'un dispositif signalant aux candidats le défaut de signature de leurs offres, qui n'était prévu par aucune disposition. Mais vous n'avez pas jugé qu'il appartenait au candidat qui avait correctement signé et déposé son offre de démontrer un dysfonctionnement du système. Il ressort au contraire des motifs que nous venons de citer que le défaut de signature était imputable au candidat qui avait commis des erreurs lors du dépôt électronique de son offre.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, la solution que nous proposons implique qu'ils assument les aléas inhérents à ces dispositifs informatisés : soit ils ont suffisamment confiance dans leur système pour rejeter comme irrégulière toute offre non signée ou dont ils ne parviennent pas à vérifier la signature, soit ils vérifient auprès des candidats que leur offre a bien été signée et déposée, afin d'éviter tout risque que la procédure soit annulée pour avoir rejeté une offre comme irrégulière alors que l'irrégularité était imputable à un dysfonctionnement de leur système. Une telle vérification avant l'examen des offres est toujours possible, et même encouragée par les nouvelles dispositions applicables aux marchés publics, puisqu'elle ne conduit pas à modifier la teneur des offres. Le ministre indique qu'il a adressé à la société candidate une demande de transmission des justificatifs de la validité de sa signature. Mais il n'a fait cette démarche qu'après avoir notifié à la société le rejet de son offre ; il n'est donc pas étonnant qu'il n'ait pas reçu de réponse...

Quoi qu'il en soit, la démarche du juge des référés consistant à rechercher si le candidat avait bien accompli les procédures prévues par l'arrêté de 2012 et par le règlement de la consultation pour la signature électronique de son offre et, après avoir constaté que tel avait été le cas, de juger que l'impossibilité de déterminer pour quelle raison le pouvoir adjudicateur n'avait pu en vérifier la signature, nous paraît exempte d'erreur de droit.

Le ministre développe ensuite longuement le seul moyen qu'il invoquait dans son pourvoi, selon lequel il aurait été empêché de vérifier les signatures des documents de la société Tribord car cette dernière n'aurait pas joint à son offre dématérialisée le mode

d'emploi, contrairement aux prescriptions de l'article 2.II de l'arrêté ministériel du 15 juin 2012, mode d'emploi qui aurait indiqué qu'il devait télécharger les racines de la société de certification des signatures électroniques afin de pouvoir les vérifier.

Cet argument revient à contester les constatations souveraines du juge des référés selon lesquelles « la société Tribord a respecté la procédure prévue par l'arrêté du 15 juin 2012 [relatif à la signature électronique dans les marchés] et le règlement de la consultation du marché en litige [pour la signature électronique de son offre] ». Il est fondé sur des éléments de fait très techniques qui n'ont jamais été présentés au juge des référés et qui, bien évidemment, ne ressortaient pas des pièces du dossier qui lui était soumis. Dans ces conditions, le moyen ne peut qu'être écarté.

Le dernier moyen s'inscrit dans la continuité du précédent, puisqu'il est tiré de ce que le juge du référé a méconnu son office en annulant le marché alors que le moyen précédent a démontré qu'aucune méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence ne pouvait être reprochée au pouvoir adjudicateur. Si vous nous suivez pour écarter le moyen précédent vous écarterez également celui-ci.

EPCMNC : - Rejet du pourvoi

- A ce que vous prononciez un NLS sur la demande de sursis à exécution
- A ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement à la sté Tribord d'une somme de 3 000 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.