

Dématisation et référé précontractuel

- Les juridictions du premier degré prennent en compte le fait que les systèmes informatiques ne sont pas infallibles.
- Ainsi, en cas de difficulté d'envoi d'une offre dématérialisée, le candidat doit prouver que cette difficulté est imputable au site mis en place par l'acheteur.
- En outre, les juges soulignent que les candidats doivent prévoir un laps de temps minimum de sécurité permettant de garantir leur envoi dématérialisé.

Auteurs

Charlotte Pezin et Christophe Cabanes, avocats au barreau de Paris

Référence

TA Limoges 22 décembre 2010, SAS Système d'information à référence spatiale, req. n°3901005

Mots clés

Référé précontractuel • Signature électronique • Service d'assistance en ligne • défaillance • Preuve •

Le recours nouveau à la procédure d'envoi d'offres dématérialisées suscite des difficultés, donc des premiers contentieux sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative dont on peut tirer quelques enseignements.

I. Difficultés dans l'envoi d'une offre dématérialisée

Tout d'abord – c'est le bon sens –, le seul constat d'une difficulté dans l'envoi d'une offre dématérialisée ne suffit pas à l'imputer au portail nouvellement aménagé par l'acheteur public.

Le tribunal administratif de Limoges l'a souligné dans les motifs très clairs d'une décision rendue sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative le 22 décembre 2010. En l'espèce, pour demander l'annulation de la procédure de passation d'un marché public de services ayant pour objet des prestations de préparation des données « images » pour les contrôles par télédétection, une société qui était en mesure de présenter sa signature électronique selon les modalités fixées par les dispositions des articles 5 à 7 de l'arrêté du 28 août 2006 « soutient que c'est à tort que sa candidature à l'attribution des lots susmentionnés a été écartée au motif que les documents de son offre, transmise par voie électronique dans les délais, ne comportaient pas la signature électronique de son représentant et qu'il n'avait pas été possible de recourir à la copie de la sauvegarde ».

La société requérante invoque une défaillance du site utilisé (absence de vérification de la signature électronique...). Selon le juge, aucun texte ou principe n'impose au pouvoir adjudicateur de s'assurer, lors de la transmission électronique des offres, de la validité des candidatures et notamment de la présence de la signature électronique. Le juge en conclut que l'absence d'un tel système ne constitue pas un manquement aux obligations de mise en concurrence des candidats à l'attribution d'un marché public.

En outre, la société soutient qu'il n'était pas possible de retirer, sur le site Internet, une offre dont les documents ne comportaient pas de signature électronique pour la remplacer par une nouvelle offre. Or il apparaît, selon le juge, que la société « n'établit ni même n'allègue que le fonctionnement de la plateforme dématérialisée en cause l'aurait privée de la possibilité de transmettre, avant [la date limite de dépôt des offres], des offres successives en applications des dispositions du dernier alinéa du I de l'article 48 du code des marchés publics »⁽¹⁾.

On attend donc du requérant qu'il apporte la preuve d'abord de l'imputabilité de la difficulté d'envoi de l'offre au portail aménagé par la personne publique; et également de ce que, pour sa part, le candidat a respecté le formalisme de présentation des offres imposé par la personne publique qui n'a jamais tenu au sens de l'article 52 du code des marchés publics de solliciter la régularisation d'une candidature ou d'une offre incomplète⁽²⁾.

II. Laps de temps minimum de sécurité et défaillance de l'assistance technique

Ensuite, à supposer que le candidat rencontre une difficulté, peut se poser la question délicate de l'appréciation du caractère approprié de sa réaction. On rappellera sur ce thème que le guide pratique de dématérialisation des marchés publics dans sa version 1.1 (octobre 2010), en son article 7.2, prévoit que « les plis, quel que soit leur support, qui ont été reçus après la date et l'heure limite de dépôt annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence ne sont pas ouverts et sont déclarés irrecevables. Il appartient à l'entreprise de prendre ses dispositions pour anticiper une éventuelle difficulté technique ».

La dématérialisation des offres n'a donc pas eu pour effet de faire disparaître cette règle également de bon sens qui doit conduire un candidat à se préoccuper de l'envoi de son offre dans un délai lui permettant de traiter un aléa normal et propre à l'utilisation d'un mode de transmission dématérialisé.

Le tribunal administratif de Caen a été amené très récemment à traiter la question de la régularité du rejet d'une offre que le candidat n'avait pu malgré plusieurs tentatives adresser sur la plateforme dématérialisée.

Bien que l'instruction ait révélé que la difficulté était imputable à une erreur du candidat dans la mise en œuvre de la procédure de téléchargement qu'il avait engagée moins d'une heure avant la clôture du délai de dépôt des plis, le tribunal administratif a néanmoins écarté l'argument de défense fondé sur la tardiveté de la mise en œuvre de cette procédure de téléchargement en retenant notamment 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. »⁽³⁾

Un délai d'une heure devrait donc être considéré comme un laps de temps minimum suffisant pour mettre en œuvre une procédure de téléchargement; d'autant qu'au cas d'espèce, l'argument de tardiveté a trouvé un autre obstacle dans la carence constatée de la « hot line » annoncée.

En l'espèce, le règlement de la consultation organisée par le syndicat mixte de la baie du Mont Saint-Michel prévoyait que les entreprises le souhaitant avaient la possibilité de dématérialiser leur candidature et leur offre sur une plateforme électronique. Le règlement précisait qu'après la date limite de remise des offres, fixée au jeudi 22 décembre 2011 à 13 heures, aucune candidature et offre ne pourrait être déposée par voie électronique sur la plateforme; et qu'« une assistance pour le dépôt des plis est disponible » en appelant un numéro de téléphone précis. Une telle mention impliquait donc que l'assistance téléphonique devait être assurée jusqu'au terme du délai de dépôt des plis, le 22 décembre 2011 à 13 heures.

Les deux tentatives de téléchargement de l'offre de la Société Catherine Delannoy et Associés, commencées le 22 décembre 2011, successivement à 12 heures 24 et 12 heures 39, ont échoué. L'échec de la transmission n'a pu être imputé à une défaillance technique de la plateforme dématérialisée mais à une erreur du candidat dans la mise en œuvre de la procédure de téléchargement, qui a empêché le transfert des documents.

La société requérante ayant d'une part établi, par des relevés téléphoniques, que l'assistance technique en ligne de l'opérateur n'avait pas été joignable à 12 heures 50, avant l'heure limite du dépôt des candidatures; et que cette défaillance n'a pas été palliée par un contact avec les services du syndicat avant 13 heures.

L'instruction ayant d'autre part révélé que le blocage des ordinateurs de la société requérante empêchant la transmission aurait pu être facilement levé, par simple utilisation de la touche F5 du clavier. Le juge a pu retenir que :

« Il ne résultait pas de l'instruction que les dix minutes restantes ne pouvaient pas permettre un diagnostic rapide, par la plateforme, 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 étant imputable au pouvoir adjudicateur, la Société Catherine Delannoy et Associés, 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. »

En outre, selon le juge, la société précitée ne s'est pas trouvée placée dans la situation visée par les dispositions de l'article 7 de l'arrêté ministériel du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des documents de la consultation, des

(1) TA Limoges 22 décembre 2010, SAS Système d'information à référence spatiale, req. n°3901005.

(2) TA Toulouse 9 mars 2011, Sté MC², I, req. n°1100792.

(3) TA Caen 20 janvier 2012, Sté Catherine Delannoy et associés, req. n°1200012.

candidatures et des offres⁽⁴⁾, rappelées par le règlement de la consultation. 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 [...] d'une transmission effective par la voie électronique à cause de la défaillance du service d'assistance en ligne ». 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.

Le tribunal administratif de Caen a ainsi fait droit à la requête par une motivation très circonstanciée fondée sur le temps utile pour résoudre la difficulté rencontrée⁽⁵⁾. Ainsi est-il permis

d'envisager une solution différente s'il avait pu être prouvé que l'erreur du candidat n'aurait pas pu être résolue dans le temps restant avant la clôture, en lui opposant alors utilement les conséquences de la tardiveté de son envoi.

On relèvera enfin que la solution finalement retenue par le tribunal administratif de Caen s'inspire d'une précédente décision sanctionnant les défaillances de l'opérateur du portail électronique⁽⁶⁾. Ce qui doit probablement inciter les personnes publiques à définir précisément leurs attentes en termes d'assistance aux candidats et à se donner les moyens contractuels d'en contrôler l'efficacité et d'en sanctionner les carences. ■

(4) « 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. »

(5) TA Limoges, 12 novembre 2010, Infostance c/Région Limousin et a. : « S'il est vrai, ainsi que le relève la région Limousin, que la société n'a entrepris la transmission des documents de son offre que peu de temps avant l'heure limite de dépôt de celle-ci, l'objectif d'amélioration de la rapidité et de la facilité de l'accès à la commande publique, que poursuit la dématérialisation de procédures de passation des marchés publics, s'oppose à ce qu'il soit fait

grief à un candidat à l'attribution d'un marché public d'avoir regardé le temps strictement nécessaire aux opérations matérielles de transmission par voie électronique des documents de son offre comme le délai normal d'acheminement des documents. »

(6) TA Limoges 12 novembre 2010, Infostance c/Région Limousin et a. : « Dans une hypothèse où alors même qu'aucun dysfonctionnement du site internet de cet opérateur n'aurait pu être constaté, son service assistance en ligne n'avait pas été en mesure de proposer d'autre solution au problème rencontré par l'utilisateur que celle consistant à obliger celui-ci à réinstaller son certificat de signature et s'était borné à indiquer au pouvoir adjudicateur que les difficultés rencontrées étaient entièrement imputables au candidat. »

Extrait

TA Limoges 22 décembre 2010, SAS Système d'information à référence spatiale, req. n° 3901005

« Considérant que, pour demander l'annulation de la procédure de passation par l'Agence de services et de paiements (ASP) du marché public de services portants sur les lots n° 1 et 2 de prestations de préparation des données « images » pour les contrôles par télédétection, la SAS SYSTEMES D'INFORMATION A REFERENCE SPATIALE (SIRS), qui était en mesure de présenter sa signature électronique selon les modalités fixées par les dispositions des articles 5 à 7 restées en vigueur de l'arrêté du 28 août 2006, soutient que c'est à tort que sa candidature à l'attribution des lots susmentionnés a été écartée au motif que les documents de son offre, transmise par voie électronique dans les délais, ne comportaient pas la signature électronique de son représentant et qu'il n'avait pas été possible de recourir à la copie de la sauvegarde, les conditions fixées par les dispositions sus évoquées de l'arrêté du 14 décembre 2009 n'étant pas remplies ; que si la société requérante ne conteste ni l'absence de signature électronique des documents de son offre, ni l'impossibilité d'ouverture de sa copie de sauvegarde ; elle fait valoir que cette absence de signature électronique était imputable à la société d'achatpublic.com, opérateur du réseau informatique désigné, aux termes de l'article 4 du règlement de la consultation, par le pouvoir adjudicateur pour la transmission des offres par voie électronique, et ne pouvait, dès lors, pas être opposée à la recevabilité de sa candidature.

Considérant que la SAS SYSTEMES D'INFORMATION A REFERENCE SPATIALE (SIRS) fait valoir, en se référant notamment à des copies d'écran présentées à l'audience publique, que le dépôt d'une offre sur le site de l'opérateur achatpublic.com n'est accessible que par l'intermédiaire de certains systèmes de navigation et que le dépôt d'une offre n'est pas possible en utilisant le navigateur « FIREFOX » ; qu'en admettant qu'elle entende, ainsi, relever un manquement aux dispositions précitées du IV de l'article 56 du code des marchés publics obligeant le pouvoir adjudicateur à assurer la transmission des offres sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, et à supposer ce manquement établi, celui-ci ne serait pas de nature à avoir lésé les intérêts de la société requérante, dont il ne résulte pas de l'instruction qu'elle aurait rencontré des difficultés particulière à transmettre son offre ; qu'elle n'est, par suite, pas recevable à l'invoquer.

Considérant que la SAS SYSTEMES D'INFORMATION A REFERENCE SPATIALE (SIRS) souligne, qu'à aucun moment, lors de la transmission, sur le site du réseau informatique de la société achatpublic.com de son offre, qui a fait l'objet d'un accusé de réception, le message d'erreur « le pli contient des documents non signés ou mal signés. Voulez vous continuer ? » ne s'est affiché ; que d'ailleurs, ajoute-t-elle, l'existence de ce message d'erreur n'est pas mentionné dans le « manuel d'utilisation de la salle des marchés » du site de l'opérateur achatpublic.com et qu'ainsi, l'absence de tout autre dispositif de sécurité ou d'alerte de nature à permettre à un candidat, irrévocablement engagé dans une procédure de transmission de son offre par voie électronique, de vérifier que les documents de son offre ne comportaient pas la signature de son représentant et de réparer cette erreur en temps utile révèle ; eu égard aux particularités de la transmission et de la signature des offres par voie électronique, un manquement au principe de mise en concurrence des candidats à l'attribution d'un marché public ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du « manuel d'utilisation de la salle des marchés » du site du réseau informatique achatpublic.com que si, ainsi qu'il est indiqué au point 5.5 de ce manuel, la procédure dite de vérification du dépôt, qui a essentiellement pour objet la constatation du dépôt de l'offre dans le délai, permettrait à un candidat de savoir que le fichier « candidature.doc » serait non signé, il n'est fait mention d'aucune opération de vérification de la signature électronique des documents et notamment de l'existence du message d'erreur susmentionné, que toutefois, à supposer que ce message d'erreur ne se serait pas affiché en raison d'une défaillance dans le fonctionnement du site ou que la conception de ce site ne comportait pas ce dispositif à la date de la transmission de son offre par la société requérante, ni aucune disposition législative ou réglementaire, ni contrairement à ce que soutient la société requérante, le principe de l'égalité de traitement entre les candidats transmettant leur offre par voie électronique et ceux la transmettant par voie postale ou la déposant au lieu indiqué par le pouvoir adjudicateur n'impose à celui-ci l'obligation de s'assurer, lors de la transmission électronique des offres, de la validité des candidatures et notamment, même si le contrôle de cette présence par le candidat ou ses préposés ne revêt pas les mêmes formes que celle de la signature de documents sur support papier, de la présence de la signature électronique du représentant du candidat ou de recourir, pour cette transmission électronique, à une plate forme dématérialisée assurant une telle vérification : que dès lors la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le mauvais fonctionnement du système d'alerte sus évoqué ou l'absence de ce dispositif ou d'un dispositif d'effet équivalent, tel celui présenté à l'audience publique par le représentant de la SAS SYSTEMES D'INFORMATION A REFERENCE SPATIALE (SIRS) comme offrant les meilleures garanties, consistant à bloquer toute poursuite de la procédure de dépôt des offres par voie électronique si la signature électronique du représentant du candidat n'a pas été présentée ; constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence des candidats à l'attribution d'un marché public.

Considérant que si la SAS SYSTEMES D'INFORMATION A REFERENCE SPATIALE (SIRS) soutient également qu'il n'était pas possible de retirer, sur le site internet achatpublic.com, une offre dont les documents ne comportaient pas de signature électronique pour la remplacer par une nouvelle offre, elle ne fait état que d'une demande relative à cette possibilité postérieure à la date limite de dépôt des offres : qu'en tout état de cause, elle n'établit ni même n'allègue, que le fonctionnement de la plate forme dématérialisée en cause l'aurait privée de la possibilité de transmettre, avant cette date, des offres successives, en application des dispositions précitées du dernier alinéa du I de l'article 48 du Code des marchés publics. »