TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE

N°1702445 **RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

[redacted]

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

[redacted]

Le juge des référés

Ordonnance du 16 juin 2017

39-08-015-01
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 30 mai et 13 juin 2017, la société anonyme [redacted], demande au juge des référés statuant en application des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1) d'annuler les actes de la procédure de passation du marché de fourniture et de distribution d'ordinateurs portables aux lycéens et apprentis [redacted], à compter de l'examen des candidatures ;

2) d'annuler la décision [redacted] du 10 mai 2017 rejetant sa demande du 27 mars 2017 de prise en compte de son offre ;

3) d'enjoindre [redacted] si elle entend poursuivre la procédure d'attribution de ce marché, de reprendre cette procédure au stade de l'examen des candidatures et des offres, en admettant la candidature et l'offre de [redacted]

[redacted] soutient que :

- la requête est recevable dès lors qu'elle est le mandataire du groupement, qu'elle a soumissionné au marché public de la région [redacted], que des dysfonctionnements l'ont privée d'un traitement et d'une mise en concurrence égaux aux autres soumissionnaires et qu'elle n'a pas été informée de la signature du contrat ;
- la procédure ne respecte pas les dispositions de l'article 1 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, du considérant 53 et de l'article 22 1) de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, de l'article 42 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ainsi que de l'article 1er II de l'arrêté du 14 avril 2017 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs, dès lors que les moyens électroniques d'immatérialisation des offres n'étaient pas compatibles avec les techniques d'information et de communication

généralement utilisées et ont restreint son accès à la procédure de passation du marché ;
- elle a procédé les 14 et 23 mars 2017 à deux tests de pré-requis de la plateforme qui ont révélé la conformité de la configuration du futur poste émetteur ;
- le 27 mars à 9h25 elle a procédé à une première tentative d'envoie de son offre, restée infructueuse, tandis que l'opération de téléchargement ne devait durer que cinq minutes ;
- ensuite de cet échec, elle a tenté de trouver une solution en joignant le service d'assistance technique de la plateforme Agysoft par téléphone, sans succès, puis lui a adressé deux messages électroniques l'informant du problème technique qu'elle rencontrait et, dans le même temps, essayé de joindre le service d'assistance technique du portail marché public de la région Occitanie, trois fois, mais sans succès, et ce n'est qu'à la quatrième fois qu'elle a obtenu une réponse l'informant qu'un mail avec le mode opératoire lui serait envoyé, mail qu'elle n'a reçu qu'à 14h27, dont les informations ne paraissent pas dans le guide d'utilisation de la plateforme Agysoft ;
- le dysfonctionnement de la plateforme l'a lésée dès lors qu'elle n'a pas pu soumissionner avant l'heure de clôture des offres à 12h00.

Par un mémoire en défense, enregistré le 9 juin 2017 la région [redacted], représentée par [redacted], conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de [redacted] la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens de la requête n[redacted]s fondés et notamment que :
- les errances dont [redacted] se plaint ne proviennent pas de manquements aux obligations techniques et d'assistance de la région, mais de la défaillance du réseau de [redacted] ainsi que de son manque de diligence ;
- elle n'avait aucune marge de manœuvre afin d'accepter ou non l'offre de [redacted] dès lors que celle-ci est intervenue après 12h00.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme [redacted], vice-président, pour statuer en qualité de juge des référés.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 13 juin 2017 à 14H30 :
- le rapport du juge des référés,
- les observations [redacted], qui a repris les termes de ses écritures,
- les observations de [redacted], qui a repris les termes de ses écritures et souligné en outre que dans le

cas où une injonction serait prononcée il faudrait que les élèves et apprentis de la région ne soient pas privés des ordinateurs dont la livraison est prévue pour le mois d'octobre 2017,

- et les observations de [redacted], selon lesquelles la plateforme Marcoweb est de bonne notoriété, et les exigences du CCTP ont été telles qu'il a été nécessaire pour présenter l'offre de mobiliser quatre agents, d'anticiper les opérations dès les 23 et 24 mars 2017 et de prendre un temps substantiel bien supérieur à cinq minutes pour télécharger l'offre qui représentait 29 mégas.

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

La région [redacted] a présenté une note en délibéré enregistrée le 14 juin 2017 à 22H.

1. 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, (...) Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *I.-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. (...)* » ;

2. 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 à laquelle ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente ;

3. Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence déposé le 14 février 2017, la région [redacted] a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché public de fourniture et distribution de 50 000 ordinateurs portables aux lycéens et apprentis de la région ; que la date limite de dépôt des offres a été fixée au 27 mars 2017 à 12h00 ; que [redacted] a soumissionné à cette appel d'offres par le dépôt d'une offre dématérialisée sur la plateforme Marcoweb conformément au règlement de la consultation, dont le téléchargement des pièces a été achevé le 27 mars 2017 à 12h04 ; que par décision en date du 10 mai 2017, la [redacted] a rejeté la demande de [redacted] du 27 mars 2017 que son offre soit prise en compte dans la procédure de passation du marché, au motif que l'offre était arrivée après le délai de clôture ; que par la présente requête, [redacted] demande au juge des

référés sur le fondement des dispositions précitées l'annulation de cette décision et de la procédure de passation du marché à compter de l'examen des candidatures ;

Sur les conclusions en annulation de la procédure de passation à compter de l'examen des candidatures, et de la décision du 10 mai 2017 :

4. Considérant qu'aux termes du I de l'article 57 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.* » ; qu'aux termes de l'article 42 du même décret : « *I. - Les dispositifs utilisés pour communiquer par des moyens électroniques ainsi que leurs caractéristiques techniques ne sont pas discriminatoires et ne restreignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation. Ils sont communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées* » ;

5. Considérant qu'il appartient aux candidats à un marché public de prévoir, avant l'heure limite de dépôt des offres, un laps de temps minimum de sécurité permettant de garantir l'envoi des offres dématérialisées dans les délais requis, ce en vue de pallier à tout risque de retard dans le processus de gestion interne d'élaboration des offres ainsi qu'à d'éventuels problèmes techniques ; qu'il résulte des pièces du dossier et notamment du rapport d'expertise établi à la demande de [redacted], conseil en systèmes d'information et en dématérialisation, non utilement contredit par la [redacted], que le téléchargement des pièces relatives à l'offre de [redacted] nécessitait une durée de cinq minutes ; que La Poste a procédé avec succès à deux tests de pré-requis de la plateforme Marcoweb les 14 et 23 mars 2017 qui ont confirmé la viabilité de l'environnement et de la compatibilité de la machine qui serait utilisée par elle pour effectuer le téléchargement ; qu'en commençant, dans ces conditions, le téléchargement au plus tard à 9h25 le 27 mars 2017 alors que l'heure limite de dépôt des offres était prévue à 12h00, [redacted] respecté un délai suffisant de sécurité afin de pallier à tout problème de sécurité ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment de l'analyse des logs effectuée par la [redacted] que [redacted] fait un premier essai de téléchargement à 9h15 qui s'est conclu par une erreur dans la mise en œuvre de la procédure de téléchargement, cette analyse indiquant que « l'affaire que vous souhaitez consulter n'existe pas » ; que [redacted] a tenté à nouveau l'opération de dépôt, avec une IP identique à 9h48 et à 9h53, puis avec une IP différente à 10h48 ; qu'il n'est pas contesté que dans le même temps, confrontée à ce blocage, [redacted] a tenté de joindre le service d'assistance technique du portail des marchés publics de la région ; qu'après trois appels téléphoniques (9h31, 9h41,10h08) et deux messages électroniques (10h13, 10h30) infructueux, [redacted] n'a pu avoir un correspondant qu'à 11h05 ; que ce dernier lui a indiqué qu'il la recontacterait par message électronique pour lui donner une procédure permettant de résoudre la difficulté ; que par ce message reçu à 14h27, l'opérateur a expliqué qu'un « envoi précédent peu bloquer le suivant c'est pour cela qu'il faut purger la tentative précédente et de cliquer sur « Créer un nouveau dépôt » pour annuler et remplacer la précédente tentative échouée. » ; qu'il ressort du rapport d'expertise, précité, que l'exécution de la procédure ainsi décrite aurait permis à [redacted] de transmettre son offre à temps si cette réponse avait été donnée avant la fin du délai, du fait notamment de la faible durée nécessaire au téléchargement « normalement de moins de 5 minutes » ; que si, finalement, l'offre de [redacted] a été transmise à 12H04 avant même qu'elle n'ait reçu ce message, il est constant que ce n'est pas depuis son poste que cette opération a pu être effectuée, mais de l'ordinateur d'un tiers qu'elle avait sollicité pour surmonter le blocage ; qu'il ne résulte pas des pièces du dossier et notamment du « guide

d'utilisateur portail entreprises » fournit par la société Agysoft, éditeur du programme de la plateforme de dépôt des offres, que [redacted] ait eu à sa disposition l'énoncé de cette procédure permettant de résoudre le blocage ; que, dans les circonstances de l'espèce rappelées ci-dessus, cette défaillance n'a pas pu être palliée par un contact suffisamment rapide avec les services de la région et d'Agysoft ; qu'il résulte de ce qui précède que l'échec de [redacted] à télécharger son offre dans le délai a découlé du défaut d'information sur le fonctionnement de la plateforme de dépôt des offres qui s'est avérée n'être pas compatible, en l'espèce, sans ces informations, avec l'ordinateur de [redacted] dont il n'est pas prétendu qu'il ne relevait pas des technologies de l'information et de la communication généralement utilisées ;

7. Considérant que, contrairement aux affirmations de la région [redacted], aucun élément du dossier ne permet de conclure que l'échec de [redacted] à télécharger son offre dans le délai soit en relation avec la circonstance que cette société n'avait pas effectué un test de dépôt sur le portail test en plus des tests de pré-requis, non plus que pareil test de dépôt, seulement recommandé par la société Agysoft afin de contrôler les « éventuels blocages internes » dus à la « taille des fichiers, leur format …etc. » aurait permis de surmonter les difficultés rencontrées ; qu'aucun élément du dossier, encore, ne montre que cet échec de [redacted] soit en relation avec le « pare-feu » de son ordinateur, non plus que ce « pare-feu » était incompatible avec l'utilisation de la plateforme ;

8. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société [redacted] est fondée à soutenir qu'en rejetant sa candidature pour tardiveté, la région [redacted] a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats ainsi que les dispositions précitées au point 4 qui font obligation au pouvoir adjudicateur d'assurer la sécurité des communications sur un réseau informatique non discriminatoire, ne restreignant pas l'accès à la procédure de passation ; que la société [redacted], lésée par ces manquements, est donc fondée à demander l'annulation de la décision du 10 mai 2017 et de la procédure de passation du marché à compter de l'examen des candidatures ;

Sur les conclusions en injonction :

9. Considérant que la présente ordonnance implique nécessairement que la région [redacted] reprenne la procédure de passation du marché au stade de l'examen des offres en prenant en compte celle de [redacted] ; que par suite, il y a lieu de prononcer une injonction en ce sens ;

10. Considérant, en effet, que quatre candidats ont répondu à l'appel d'offres de la région [redacted] par le dépôt d'une offre sur la plateforme ; que seule [redacted] a déposé son offre après le délai ; que dans ces conditions compte tenu de ce qu'il appartiendra au pouvoir adjudicateur, en exécution de l'injonction, d'examiner seulement l'offre de [redacted] pour la confronter à celles des autres candidats, le délai de reprise de la procédure ne présentera pas eu égard aux avantages s'attachant au respect des obligations de mise en concurrence et de publicité et compte tenu de l'intérêt public lié à l'exécution du marché, des conséquences négatives l'emportant sur ces avantages ;

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

11. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de [redacted], qui n'est pas la partie

perdante dans la présente instance, la somme que la région [redacted] demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1er : La procédure de passation du marché de fourniture et distribution d'ordinateurs portables aux lycéens et apprentis de la région, lancée par la région [redacted] est annulée à compter de l'examen des candidatures, ainsi que la décision du 10 mai 2017 par laquelle la région [redacted] a rejeté l'offre de la société [redacted] pour ce marché.

Article 2 : Il est enjoint à la région [redacted], si elle entend poursuivre la procédure d'attribution du marché de fourniture et distribution d'ordinateurs portables aux lycéens et apprentis de la région, de reprendre cette procédure au stade de l'examen des candidatures et des offres en prenant compte comme étant recevable l'offre de la société La Poste.

Article 3 : Les conclusions de la région [redacted] tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société [redacted] à la région [redacted].

Fait à Toulouse, le 16 juin 2017

Le juge des référés, Le greffier,

[redacted]

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Garonne 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,