

Conseil d'État

N° 400791

ECLI:FR:CECHR:2016:400791.20161017

Mentionné aux tables du recueil Lebon

7ème - 2ème chambres réunies

M. François Lelièvre, rapporteur

M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP MATUCHANSKY, POUPOT, VALDELIEVRE, avocats

Lecture du lundi 17 octobre 2016

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société Tribord a demandé, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, au juge des référés du tribunal administratif de Rennes d'annuler le contrat conclu le 26 avril 2016 entre le ministre de la défense et la société Marc relatif au lot n° 2 du marché relatif à la gestion des zones de regroupement de déchets des formations de défense de Brest-Lorient. Par une ordonnance n° 1602101 du 3 juin 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Rennes a annulé ce contrat.

1° Par un pourvoi sommaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 20 juin et 27 septembre 2016 sous le n° **400791** au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le ministre de la défense demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) réglant l'affaire en référé, à titre principal, de rejeter la demande de la société Tribord ou, à titre subsidiaire, d'infliger à l'Etat une pénalité financière d'un montant de 1 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

2° Par un recours, enregistré le 20 juin 2016 sous le n° 400794 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le ministre de la défense demande au Conseil d'Etat qu'il soit sursis à l'exécution de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rennes.

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

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 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Matuchansky, Poupot, Valdelièvre, avocat de la société Tribord ;

1. Considérant que le pourvoi et la requête à fin de sursis à exécution du ministre de la défense sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée 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, par une publication au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 7 janvier 2016, 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 administratif de Rennes un référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que le 26 avril 2016, le ministre de la défense a signé avec la société Marc le contrat correspondant au lot n° 2 ; que par une ordonnance du 4 mai 2016, le juge des référés a pris acte du désistement de la société Tribord de son référé précontractuel ; que la société a alors présenté au juge des référés une demande d'annulation du contrat sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ; que par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a fait droit à cette demande d'annulation ;

Sur la recevabilité du référé contractuel :

3. Considérant, d'une part, 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 " ;

4. Considérant qu'il résulte des dispositions citées ci-dessus des articles L. 551-4 et R. 551-1 du code de justice administrative qu'il appartient au pouvoir adjudicateur, lorsqu'est introduit un recours en référé précontractuel dirigé contre la procédure de passation d'un contrat, de suspendre la signature de ce contrat à compter, soit de la communication de ce recours par le greffe du tribunal administratif, soit de sa notification par le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours agissant conformément aux dispositions de l'article R. 551-1 du code de justice administrative ; qu'en vertu des dispositions de l'article L. 551-14 du même code, la méconnaissance de cette obligation de suspension par le pouvoir adjudicateur ouvre la voie du recours contractuel au demandeur qui avait fait usage du référé précontractuel ; que la circonstance que l'auteur du recours se soit abstenu de notifier celui-ci au pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues par l'article R. 551-1 du code de justice administrative n'est pas de nature à rendre irrecevable le référé contractuel intenté par ce dernier postérieurement à la signature du contrat, s'il s'avère que le pouvoir adjudicateur avait été informé de l'existence du référé précontractuel par le greffe du tribunal administratif ;

5. 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 " ;

6. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée, non contestées sur ce point, que le greffe du tribunal administratif de Rennes a mis à la disposition du ministre de la défense le 26 avril 2016 à 12h17 le référé précontractuel déposé par la société Tribord, en utilisant l'application informatique " Télérecours " à laquelle est inscrite son administration ; que le ministre a signé le contrat correspondant au lot n° 2 du marché en litige le 26 avril 2016 à 17h07 ; qu'en jugeant qu'il résulte des dispositions du dernier alinéa de l'article R. 611-8-2 du code de justice administrative, applicables à la procédure de référé précontractuel dès lors que le juge est tenu de statuer dans un délai inférieur à un mois, que la communication de ce référé doit être réputée avoir été reçue par le ministre dès sa mise à disposition dans l'application " Télérecours " et en en déduisant que le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article L. 551-4 du code de justice administrative en signant le contrat postérieurement à la réception du référé précontractuel et que, de ce fait, la voie du référé contractuel était ouverte à la société Tribord, le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'erreur de droit ;

Sur les autres moyens du pourvoi :

7. Considérant 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 " ; qu'aux termes, enfin, de l'article L. 551-20 du même code : " Dans le cas où le contrat 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, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière " ;

8. Considérant 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 du même code : " 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 relatif à la signature électronique dans les marchés 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 (...) " ;

9. Considérant que, devant le juge du référé contractuel, le ministre de la défense a fait valoir, pour établir l'irrégularité de l'offre de la société Tribord, que cette irrégularité tenait non pas à la circonstance que l'offre n'avait pas été signée, mais au fait qu'il n'avait pas été en mesure de vérifier la validité de la signature électronique de la société ; qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge du référé contractuel a refusé d'accueillir cette argumentation aux motifs que les débats menés au cours de l'audience n'avaient pu expliquer précisément les raisons techniques pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'avait pu vérifier la validité de la signature électronique de l'offre, que la société Tribord avait respecté la procédure prévue par l'arrêté ministériel du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés et par le règlement de consultation du marché et qu'il ne résultait 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 ; qu'en formant sa conviction sur ce point, dans les circonstances de l'espèce, au vu des résultats de l'instruction, le juge des référés n'a pas fait peser la charge de la preuve de l'irrégularité de la signature électronique sur le ministre de la défense et n'a, ainsi, commis aucune erreur de droit ; que le ministre ne peut se prévaloir, pour la première fois en cassation, de nouveaux éléments tendant à établir que le dysfonctionnement serait imputable à la société Tribord ;

10. Considérant que les dispositions précitées de l'article L. 551-20 du code de justice administrative, permettant au juge d'infliger une sanction autre que l'annulation du contrat et notamment une simple pénalité financière, ne peuvent être mises en oeuvre que lorsque le manquement constaté résulte uniquement de la signature du contrat 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 du même code ; que le juge ayant retenu, en plus du manquement tiré de la signature du contrat par le ministre alors qu'il était tenu de la suspendre en raison de la réception du référé précontractuel introduit par un candidat, un autre manquement affectant les chances de la société requérante d'obtenir le contrat et tiré de l'irrégularité du rejet de son offre, il n'a pas commis d'erreur de droit en ne faisant pas usage de son pouvoir de modulation de la sanction prévu par les dispositions de l'article L. 551-20 du même code ;

11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le ministre de la défense n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; que les conclusions aux fins de sursis à exécution de cette ordonnance sont par suite devenues sans objet ;

12. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat le versement d'une somme de 3 000 euros à la société Tribord au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1er : Le pourvoi n° **400791** du ministre de la défense est rejeté.

Article 2 : Il n'y a pas lieu de statuer sur le recours n° 400794 du ministre de la défense.

Article 3 : L'Etat versera la somme de 3 000 euros à la société Tribord en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au ministre de la défense et à la société Tribord.

Copie en sera adressée à la société Marc.