

Note sous Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, Référé, 28 août 2008, numéro 0801182, Société D.M.S. contre Région Réunion, Centre de formation aux métiers de l'automobile et des transports

Rémi Boniface, Siva Moutouallaguin

► **To cite this version:**

Rémi Boniface, Siva Moutouallaguin. Note sous Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, Référé, 28 août 2008, numéro 0801182, Société D.M.S. contre Région Réunion, Centre de formation aux métiers de l'automobile et des transports. *Revue juridique de l'Océan Indien*, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2008, pp.283-285. hal-02866340

HAL Id: hal-02866340

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02866340>

Submitted on 12 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CONTRATS ET COMMANDE PUBLIQUE - Marchés publics - procédure dématérialisées - réception des offres - téléchargement - temps de téléchargement - prise en compte de la réception complète du document (oui) - insertion dans la jurisprudence classique de la réception des offres

TA Saint-Denis, Ord. Réf., 28 août 2008, Société D.M.S. c/ Région Réunion, « Centre de formation aux métiers de l'automobile et des transports » (C.F.A.T.), Req. N°0801182.

Me Rémi BONIFACE, Avocat à La Cour

Siva MOUTOUALLAGUIN, Doctorant en droit public, chargé d'enseignement à l'Université de La Réunion

Vers un nouvel adage : « début de téléchargement ne vaut pas réception » ?

Au 1er janvier 2010, les pouvoirs adjudicateurs (État, collectivités territoriales, établissements publics locaux et établissements publics autres qu'industriels et commerciaux) pourront rendre obligatoire, dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, la transmission des candidatures et des offres par voie électronique. Cette échéance, pourtant inscrite à l'article 56 III. 2° du Code des Marchés Publics de 2006, n'est connue que par un cinquième des entreprises intéressées. Et en 2008, seulement 4 % d'entre elles ont déposé régulièrement leurs offres en ligne (voir Direction des Journaux Officiels et Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, Étude, *DJO*, 4 sept. 2008, comm. Presse). Puisque cette pratique n'est, de toute évidence, pas très répandue, le juge administratif n'a eu jusqu'ici que peu d'occasions de se prononcer sur ses modalités. La décision du juge des référés du Tribunal Administratif de Saint-Denis revêt dès lors, une importance évidente.

Dans les faits, les services du Conseil régional de La Réunion avaient envoyé à la publication, le 6 mai 2008, un avis d'appel public à la concurrence portant sur un appel d'offres ouvert, pour la construction d'un Centre de formation aux métiers de l'automobile et des transports (C.F.A.T.). L'enveloppe prévisionnelle des travaux avait été évaluée à la somme de 33

800 000 euros TTC et la date limite de réception des offres était le 3 juillet 2008 à 10 heures, heure de Paris, soit 12 heures locales. Seule la Société D.M.S. a choisi de déposer son offre par la voie électronique. Mais le 25 juillet 2008, la REGION REUNION a dû informer la société D.M.S. de la tardiveté du dépôt de son offre. On le sait, de jurisprudence constante, les délais de présentation des offres prévus au Code des Marchés Publics, revêtent un caractère obligatoire (voir en ce sens, notamment : CE, 15 nov. 1996, *Sté Guadeloupe Entretien Maintenance*, Rec. CE 1996, tables p. 1010 ; RD imm. 1997, p. 73, obs. F. LLORENS et PH. TERNEYRE) et ce, à peine d'irrégularité de la procédure. Contestant cependant ce motif d'éviction de la procédure, la société D.M.S. a saisi une première fois le juge des référés précontractuels, par une requête du 30 juillet 2008. Le Tribunal Administratif a alors rejeté cette première requête de D.M.S. au motif, au demeurant non contestable, que le requérant n'avait alors présenté aucune conclusion dont le juge des référés puisse s'estimer saisi. C'est dans ces conditions que, par un second référé, la Société D.M.S. a tenté de faire admettre la recevabilité de son offre.

Quelle était la question posée et quel en était l'enjeu ? Le requérant soutenait, qu'il s'était connecté à la plate-forme de réception des offres de la REGION REUNION, le 3 juillet 2008, soit le dernier jour fixé pour le dépôt des offres et qu'il aurait commencé à 9h36 l'envoi des fichiers contenant son offre, c'est-à-dire avant l'heure limite de 10h00 impartie aux candidats ; et que, par suite du temps nécessaire à la transmission de son offre, celle-ci n'avait pu être finalement enregistrée – c'est-à-dire reçue en totalité – qu'à 10h28, soit après 10h00, heure limite de réception des offres... L'on comprend bien ici l'intérêt du débat, où la Société D.M.S. tentait évidemment de s'exonérer de tout reproche, dans la mesure où le temps de cette transmission, selon elle, n'aurait pas été le sien, mais celui de la REGION REUNION ou encore celui pris par la technique propre au cryptage des fichiers – cette opération étant celle qui permet de rendre impossible la compréhension d'un document à toute personne n'ayant pas la clef de déchiffrement et ce, afin de préserver l'anonymat des candidats. Dans le cas d'une transmission par la voie postale d'une offre arrivant après l'heure limite, il est bien certain que la personne publique ne se trouve alors en possession d'aucune enveloppe en état d'être ouverte et que, dès lors, le rejet s'impose pour l'offre reçue après le jour ou l'heure fixés. Mais que devait-on considérer dans le cas d'espèce où, même si rien n'avait été *reçu* avant l'heure limite de 10h00, *une partie* des fichiers composant l'offre du candidat avait cependant, avant cette heure limite, été *téléchargée* sur la plate-forme de la REGION REUNION ? Qui doit supporter les aléas propres à la transmission d'une offre par voie électronique – temps de téléchargement et temps de cryptage ? La transmission par voie électronique provoque-t-elle, en l'espèce, la naissance de nouveaux faits ayant une portée juridique, que la règle existante ne peut prendre en considération ?

La règle existante – on le sait - est celle qui est appliquée dans le cas d'une transmission par voie postale : dès lors qu'un candidat ne dépose pas lui-même son offre, il reste soumis aux aléas de la poste (par exemple : une grève postale qui intervient en cours de procédure ne constitue pas un évènement de force majeure et n'oblige donc pas la Collectivité à prolonger les délais de réception des offres, même si ceux-ci étaient de courte durée ; c'est aux candidats qu'il appartient de s'assurer, auprès de la Collectivité, et avant la date limite, du bon acheminement de leur envoi et de prendre les dispositions appropriées : Rép. min. n° 36498 : *JOAN Q* 1er juill. 1996, p. 3537 ; *Marchés publ.* 8/95-96, p. 7 ; *Mon. TP* 4 oct. 1996, p. 304). Pour cette raison, Frédérique OLIVIER estime, que « *cet état de fait milite indéniablement en faveur de l'utilisation des procédures dématérialisées* » (F. OLIVIER, « Réception des offres hors délai », *Contrats et Marchés publics*, n° 6, Juin 2006, comm. 167, Commentaire sur CAA Versailles, 21 mars 2006, *Ministre de la Défense*, n° 04VE00357). Cependant, lorsqu'une entreprise se trouve confrontée à des aléas similaires, mais dans le cadre d'une procédure dématérialisée, la décision du juge

devrait-elle lui être *plus favorable* ? La réponse paraît contenue dans la question elle-même, de sorte que, sans véritable surprise, le juge des référés du Tribunal Administratif de Saint-Denis y a répondu par la négative, en décidant : « *qu'il appartenait à la société D.M.S. de prendre les précautions appropriées pour que l'intégralité de son offre dématérialisée soit susceptible, compte tenu des délais de transmission pouvant être raisonnablement anticipés, de parvenir aux services de la Région avant 10 heures, heure de la Réunion ; qu'en débutant l'émission de son offre, qui comprenait 13 fichiers, dont quatre d'entre eux dépassaient les 22 000 kilo-octets, le fichier afférent au lot n°6 dépassant quant à lui 64 000 kilo-octets, 24 minutes avant l'heure limite de remise des offres, la société D.M.S. a pris le risque de ne pas voir l'intégralité de son envoi dématérialisé, reçu et décrypté par le pouvoir adjudicateur, dont il n'est au demeurant ni démontré, ni même soutenu qu'il aurait réalisé ces opérations qui lui incombent dans un temps anormalement long* ».

Le temps de transmission par la voie électronique est ainsi assimilable à celui de la voie postale et les aléas pouvant l'affecter sont donc imputables au candidat qui procède à l'envoi de son offre et non au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci a normalement réalisé les opérations qui lui incombent. De sorte que le juge administratif retient que : « *l'heure limite de réception des offres est celle à laquelle les services de la Région disposent de l'ensemble des éléments de l'offre dématérialisée, une fois ceux-ci transmis par l'entreprise candidate, puis décryptés par les services du pouvoir adjudicateur : que si la société D.M.S. a commencé la transmission de son offre à 9H36, l'offre n'est entièrement parvenue à la Région Réunion qu'à 10H28, selon les écritures de la requérante, ou qu'à 10H32 selon la copie d'écran précitée* ». Entre la date d'envoi et celle de la réception de l'offre - au sens de l'article 3 du décret n° 2002-692 du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du Code des Marchés Publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, selon lequel : « *la transmission des candidatures et des offres doit pouvoir faire l'objet d'une date certaine de réception et d'un accusé de réception électronique* », c'est donc celle de la réception de **l'ensemble des éléments de l'offre dématérialisée**, qui est pertinente. En d'autres termes, la transmission par la voie électronique présente déjà pour l'entreprise un *avantage de fait* – un moindre délai entre l'envoi et la réception de son offre. Mais il ne paraît exister aucune raison d'y ajouter encore un *avantage de droit*. En effet, au nom de quoi faudrait-il traiter différemment la question des aléas dans le cours de la transmission de l'offre, selon qu'un candidat a choisi la voie postale et l'autre la voie électronique ? La Collectivité doit d'ailleurs se montrer extrêmement prudente et, nous semble-t-il, lorsqu'elle peut légitimement hésiter, elle doit privilégier la solution la plus sévère et ce, afin de décourager par avance tout reproche, même infondé, de favoritisme.

En définitive, l'on voit bien que, si la dématérialisation des procédures de passation d'un marché public offre un bénéfice incontestable à l'entreprise qui choisit d'y recourir (voir : E. CAPRIOLI, A. CANTERO, « L'entreprise face à la dématérialisation des marchés publics », *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2005, Etude 33), il est parfaitement juste qu'elle reste soumise, sur le plan juridique, aux mêmes « *règles en vigueur pour la transmission matérielle [qui] trouvent seulement à s'appliquer à un contexte technologique nouveau* » (« Comment « horodater » la réception des candidatures et des offres transmises par voie électronique ? », *Contrats et Marchés publics*, n° 3, Mars 2005, comm. 97, Rép. min. n° 30330 : JOAN Q 14 déc. 2004, p. 9937).