



Courriel et vigilance des candidats à un marché public

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Courriel et vigilance des candidats à un marché public. La Semaine juridique - Entreprise et affaires, LexisNexis, 2013, pp.1136-1138. hal-01812424

HAL Id: hal-01812424

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01812424>

Submitted on 30 Aug 2018

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.

« Courriel et vigilance des candidats à un marché public : CE, 3 oct. 2012, Département des Hauts-de-Seine c/ Sté Columbus consulting, req. n° 359921 », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 9, février 2013, p. 1136 à 1138.

Catherine Prebissy-Schnall

Dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, le pouvoir adjudicateur a envoyé aux candidats un courriel les invitant à compléter leurs dossiers de candidature. Le contenu du message était accessible par un lien électronique dont l'activation générait un accusé-réception. L'omission du candidat d'activer le lien électronique a conduit au rejet de sa candidature faute de régularisation à l'expiration du délai imparti.

CE, 7e et 2e s.-sect., 3 oct. 2012, n° 359921, Département des Hauts-de-Seine c/ Sté Columbus consulting : [JurisData n° 2012-022289](#)

LE CONSEIL D'ÉTAT (...):

- 2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 22 décembre 2011, le département des Hauts-de-Seine a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande portant sur des « prestations d'assistance à maîtrise d'œuvre, maîtrise d'ouvrage et d'architecture pour la mise en œuvre de la feuille de route des systèmes d'information et acquisition d'une solution d'architecture associée » ; que trois groupements, parmi lesquels le groupement constitué des sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo, dont la société Columbus Consulting était le mandataire, ont présenté une candidature ; que, par un courrier daté du 19 avril 2012, le département des Hauts-de-Seine a informé la société Columbus Consulting que la candidature du groupement avait été rejetée en raison de son caractère incomplet ; que la procédure poursuivie avec les deux autres groupements candidats s'étant avérée infructueuse en raison du caractère inacceptable de leurs offres, le département a engagé une procédure négociée avec ces deux seuls groupements ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés, saisi par les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo, a, sur le fondement de l'[article L. 551-1 du Code de justice administrative](#), annulé la procédure de passation et enjoint au département des Hauts-de-Seine, s'il entendait conclure le marché, de la reprendre intégralement ;

- 3. Considérant qu'aux termes de l'[article 52 du Code des marchés publics](#) :

« I - avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que les pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours (...) » ; qu'aux termes de l'article 56 du même code : « I. - Dans toutes les procédures de passation des marchés publics et accords-cadres, les documents écrits mentionnés par le présent code peuvent être remplacés par un échange électronique ou par la production de supports physiques électroniques, selon les dispositions prévues au présent article. / Le mode de transmission est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence de cet avis, dans les documents de la consultation. / Les candidats appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils adressent au pouvoir adjudicateur. / II. - Le pouvoir adjudicateur peut

imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique. / Pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 € HT, les candidatures et les offres sont transmises par voie électronique (...) » ;

- 4. Considérant que, pour annuler la procédure de passation litigieuse, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, après avoir relevé que le règlement de la consultation prévoyait l'accès à une plate-forme de dématérialisation des marchés publics et fournissait des indications sur ses modalités d'utilisation, a estimé que le département des Hauts-de-Seine avait méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats, d'une part, en ne s'assurant pas qu'était bien parvenu sur la messagerie électronique de la société Columbus Consulting, mandataire du groupement, le message électronique indiquant qu'une demande tendant à compléter sa candidature lui avait été adressée - message dont il a souverainement relevé qu'il avait été envoyé à cette société le 2 mars 2012 à 11 h 01 - et, d'autre part, en ne réexpédiant pas à celle-ci, à tout le moins, le message contenant l'information qu'un document la concernant pouvait être consulté sur la plate-forme de dématérialisation des marchés publics du département des Hauts-de-Seine ;

- 5. Considérant qu'en jugeant ainsi que le département devait s'assurer que les candidats avaient effectivement pris connaissance de ce message, sans avoir relevé de dispositions du règlement de la consultation lui en faisant obligation, et alors qu'en vertu du guide d'utilisation de la plate-forme dématérialisée imposé aux candidats par le règlement de la consultation, tel que le juge des référés l'a souverainement interprété, le département devait seulement, pour inviter les candidats à compléter leur candidature, leur adresser, à l'adresse électronique indiquée par eux, un message d'alerte les invitant à se rendre sur cette plate-forme pour prendre connaissance des compléments d'information demandés et y répondre, le juge des référés a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'ordonnance attaquée doit être annulée ; (...)

- 7. Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que le formulaire « DC1 » remis par la société Columbus Consulting, mandataire du groupement, à l'appui de la candidature de celui-ci, comportait uniquement la signature de cette société, seul le fichier « zip » étant signé par ces trois sociétés, alors que l'article 4.1 du règlement de la consultation exigeait que ce formulaire comporte la signature électronique de chaque membre du groupement ; que, par suite, c'est à bon droit que le département des Hauts-de-Seine a estimé que leur dossier de candidature était incomplet et a demandé en conséquence au mandataire du groupement, en application des dispositions précitées de [l'article 52 du Code des marchés publics](#), de compléter ce dossier ;

- 8. Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que le département des Hauts-de-Seine a envoyé à l'adresse électronique de la société Columbus Consulting, le 2 mars 2012 à 11 h 01, un courrier électronique ayant pour objet une demande tendant à compléter son dossier de candidature ; que la société ne pouvait prendre connaissance du contenu de cette demande et en accuser réception qu'en activant le lien électronique inclus dans ce courriel ; qu'il résulte également de l'instruction, en particulier d'un courriel adressé le 13 avril 2012 par la société Atexo, gestionnaire de la plate-forme de dématérialisation, au département des Hauts-de-Seine, que ce message est bien parvenu sur le serveur de messagerie de la société Columbus Consulting ; qu'il appartenait à cette dernière d'activer le lien électronique pour pouvoir accéder au contenu de ce message et compléter le dossier de candidature du groupement dans le délai qui lui était imparti pour ce faire ; que, dans ces conditions, le

département des Hauts-de-Seine a pu estimer que le dossier de candidature des sociétés membres du groupement demeurait incomplet et rejeter en conséquence leur candidature ; (...)

Note :

Voilà un arrêt du Conseil d'État qui tombe à pic. Depuis l'introduction de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics dans le Code des marchés publics de 2001, on ne compte plus le nombre de textes adoptés (guides, rapports, *vade-mecum*...) visant à répondre aux interrogations juridiques soulevées par la mise en œuvre de ce processus de modernisation. L'objectif de ces recommandations (et notamment du guide pratique publié par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, version 2.0, décembre 2012) ne vise pas uniquement la promotion de l'usage des moyens électroniques dans le respect des principes de la commande publique, mais cherche aussi à garantir un gain qualitatif évident pour les acteurs de l'achat public qui vont relever le défi de la voie dématérialisée.

Or, si des solutions techniques ont été préconisées pour permettre aux entreprises de concentrer leurs efforts sur la réponse électronique, c'était toujours sous réserve de l'appréciation souveraine des juges. Et jusqu'à présent, le Conseil d'État n'avait pas rendu d'arrêt dans ce cadre.

Voici les faits. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 22 décembre 2011, le département des Hauts-de-Seine a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande portant sur des « prestations d'assistance à maîtrise d'œuvre, maîtrise d'ouvrage et d'architecture pour la mise en œuvre de la feuille de route des systèmes d'information et acquisition d'une solution d'architecture associée ».

Trois groupements ont présenté leurs candidatures dont le groupement composé des sociétés Columbus Consulting (mandataire), Arismore et Atexo.

Or, le formulaire « DC1 » remis par ce groupement, à l'appui de sa candidature, comportait uniquement la signature de la société mandataire.

Comme le souligne le Conseil d'État, seul le fichier « zip » était signé par ces trois sociétés, « alors que l'article 4.1 du règlement de la consultation exigeait que ce formulaire comporte la signature électronique de chaque membre du groupement ».

Le 2 mars 2012, le pouvoir adjudicateur a donc envoyé au mandataire du groupement un courrier électronique de demande de complément de candidature estimant que le dossier était incomplet ([CMP, art. 52](#)). Pour prendre connaissance du contenu de ce courriel, les candidats devaient activer le lien et compléter leurs candidatures *via* la plate-forme de dématérialisation des marchés publics du département avant le 9 mars 2012. L'activation de ce lien générerait un accusé de réception.

Le groupement composé de la société Columbus Consulting s'est toutefois abstenu de répondre conduisant alors la commission d'appel d'offres à rejeter la candidature considérée comme étant incomplète et donc irrecevable.

La procédure poursuivie avec les deux autres groupements candidats s'étant avérée infructueuse en raison du caractère inacceptable de leurs offres, le pouvoir adjudicateur a

alors engagé une procédure négociée avec ces deux seuls groupements ([CMP, art. 35, I, 1°](#)). Le juge des référés précontractuels du tribunal de Cergy-Pontoise a alors été saisi par les sociétés Columbus Consulting, Arismore et Atexo qui soutenaient que le département ne pouvait légalement recourir à la procédure négociée dès lors qu'elles n'avaient pas reçu le courriel de complément de candidature dans la procédure initiale lancée par le département.

Par ordonnance du 16 mai 2012 (n° 1203587), le juge des référés a confirmé cette rupture d'égalité de traitement des candidats et a annulé la procédure de passation du marché de prestations intellectuelles en matière informatique : le département aurait dû s'assurer que le groupement avait bien reçu sur sa messagerie électronique le message indiquant qu'une demande tendant à compléter sa candidature lui avait été adressée ou, à tout le moins, aurait dû lui réexpédier le message contenant l'information qu'un document la concernant pouvait être consulté sur sa plate-forme de dématérialisation.

Saisi d'un pourvoi contre cette ordonnance de référé, le Conseil d'État annule celle-ci et considère que le pouvoir adjudicateur n'avait pas l'obligation de s'assurer que les candidats ont effectivement pris connaissance d'un message électronique.

Si cette solution va permettre aux opérateurs économiques de concentrer davantage leurs efforts sur la réponse électronique (1), elle pose plus globalement la question de la gestion des risques contentieux dans la construction de l'information communicante (2).

1. Les efforts à consentir de la part des candidats lors des échanges dématérialisés

Il est évident que l'utilisation de la messagerie électronique est non seulement autorisée dans le cadre de la dématérialisation des procédures de passation d'un marché public mais largement utilisée par les pouvoirs adjudicateurs : elle est un levier pour aider les pouvoirs adjudicateurs à s'adapter à un environnement en mutation et optimiser la communicabilité tant en interne (au sein de leur service de commande publique) qu'en externe (vis-à-vis des opérateurs économiques). La seule obligation de l'acheteur public est d'assurer « *la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire* » ([CMP, art. 56, IV](#)). Ces précautions sont plus faciles à mettre en place lorsque les messages sont envoyés *via* la plate-forme dématérialisée de l'acheteur public puisque c'est à l'acheteur public qu'il revient d'apporter la preuve de la bonne réception de ses courriers électroniques.

En l'espèce, le Conseil d'État a souligné que le département des Hauts-de-Seine avait apporté la preuve que le courriel envoyé depuis sa plate-forme était bien parvenu sur le serveur technique du groupement évincé. Cette demande de pièces complémentaires a été faite par voie électronique et adressée de manière équivalente à toutes les entreprises dans le cadre d'un échange sécurisé de données (authentification, identification des parties grâce à la signature électronique - V. l'entrée en vigueur au 1er octobre 2012 de l'[arrêté du 15 juin 2012](#) relatif à la signature électronique dans les marchés publics ; cryptographie, garantie de l'intégrité du message envoyé, pérennité des données numérisées avec l'archivage). Le règlement de la consultation n'imposait aucune autre obligation à l'acheteur public. Au contraire, il visait expressément le cas de demande de complément de candidature en indiquant que le pouvoir adjudicateur devait alors adresser un message d'alerte aux candidats les invitant à se rendre sur la plate-forme pour prendre connaissance des compléments d'information demandés et y répondre. Le groupement aurait dû activer le lien électronique pour accéder au contenu du message. Cette absence de réaction constitue une faute de sa part. Les sociétés ne peuvent

ensuite invoquer leur propre comportement fautif pour obtenir gain de cause devant le Conseil d'État.

2. La gestion des risques contentieux posés par l'information communicante

Le juge des référés tout comme le Conseil d'État ne s'attardent pas sur le régime probatoire qui s'attache à la messagerie électronique. Dès l'instant où la plate-forme de l'acheteur public a établi la traçabilité du courriel jusqu'au serveur de la messagerie des sociétés et que seule l'activation du lien pouvait générer un accusé-réception, la preuve de la réception du message et celle de l'inertie du candidat ont été apportées par le département. Or, les choses ne sont pas aussi simples que cela. Quel aurait été le sens de la décision du Conseil d'État si la demande de pièces complémentaires avait été faite par un courriel ne comportant pas de lien ? En l'espèce, le fait d'activer le lien était considéré comme une action positive témoignant de la volonté du candidat à poursuivre la procédure. Par ailleurs le département avait bien tiré les leçons de la jurisprudence en prenant le soin d'assortir le lien inscrit dans le courrier électronique d'une demande d'accusé-réception permettant ainsi d'apporter la preuve que le courrier était bien arrivé jusqu'au serveur de messagerie du candidat (*TA Toulouse, 29 mars 2010, CBB Electricité-Climatisation, n° 1001105* : annulation d'une procédure de passation d'un marché car le candidat évincé n'avait pas reçu le courriel envoyé par le pouvoir adjudicateur *via* la plate-forme de dématérialisation l'informant d'un additif au dossier de consultation des entreprises. Ce document complémentaire avait été mis en ligne sur le site Internet de l'acheteur public. Mais le département n'était pas en mesure d'apporter la preuve de la réception de ce courriel par la requérante, en l'absence de demande d'accusé réception. Le juge a considéré « qu'il n'est pas établi que son envoi ait été réitéré ou qu'un accusé de réception ait été demandé de manière à permettre de vérifier que les entreprises qui avaient précédemment retiré les documents de la consultation du marché en avaient pris connaissance » ; *TA Toulon, 17 juin 2010, Sté ADW Network, n° 0901622*). Mais, en réalité, les critères pour juger de la fiabilité des échanges dématérialisés ne sont pas suffisamment clairs : la preuve électronique a besoin du support électronique pour exister, elle est virtuelle et peut être facilement reproduite et ainsi présenter le même contenu que l'original. Bref, rien ne garantit en définitive que le courriel a bien été envoyé par le pouvoir adjudicateur, qu'il a bien été reçu par tous les candidats et que le système de traçabilité de la plate-forme est infalsifiable (V. également sur cette question *F. Linditch, Le courriel fait son entrée dans les procédures formalisées : JCP A 2013, 2003* : « Le concurrent peut parfaitement prétendre n'avoir jamais reçu le message. Toute la fragilité de la dématérialisation tient à sa nature même. Néanmoins, on peut penser que la double affirmation de l'administration et de son prestataire devrait être difficile à surmonter dans le cadre de l'instance, notamment en procédure de référé dont la rapidité ne laisse pas au juge le moyen de pousser bien loin son office »). Tout l'enjeu est donc d'apporter des garanties de sécurité attachées au papier mais dans un univers informatique. En l'espèce, le Conseil d'État aurait pu, par exemple, exiger du pouvoir adjudicateur une automatisation des actions sur les boîtes aux lettres telles que la redirection, les réponses automatiques, la multi-diffusion. Mais compte tenu des progrès de la technologie et des réformes incessantes de la réglementation de la commande publique, il est difficile de préconiser des solutions techniques toujours pertinentes.

Cet arrêt du Conseil d'État aura au moins le mérite de s'interroger sur les pistes d'optimisation à mettre en œuvre pour développer les échanges dans un espace de confiance numérique.

Mots clés : Marché public. - Formation. - Dématérialisation. - Formalités de publicité et de mise en concurrence. - Courriel non ouvert. - Dossier de candidature incomplet : faute du candidat