

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BASTIA****N° 1101008**
_____**SARL INTERFACE**
_____**M. Gallaud**
Rapporteur
_____**Mme Christine Castany**
Rapporteur public
_____**Audience du 22 mai 2014**
Lecture du 5 juin 2014
_____39-02-005
39-08
C+**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE****AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le Tribunal administratif de Bastia

(1ère chambre)

Vu le jugement en date du 18 avril 2013, statuant avant dire droit sur la requête de la SARL Interface tendant à l'annulation du marché de fournitures, d'installation et de maintenance d'une infrastructure Wifi sur le port de plaisance de la commune de Saint-Florent, passé entre cette commune et la SAS E-kip Méditerranée Informatique, et à la condamnation de la commune à lui verser la somme de 10 093 euros en réparation des conséquences dommageables de son éviction, a ordonné une expertise en vue :

- de prendre connaissance des pièces du dossier, de se faire communiquer tous documents techniques ou autres qu'il estimera utiles à sa mission. Il pourra entendre tous sachants ;

- de déterminer s'il ne peut être répondu aux spécifications du cahier des clauses techniques particulières que par une technologie Wimax ou si une technologie Wifi est suffisante, en distinguant le cas échéant selon les spécifications ;

- de déterminer si la technologie proposée par la SAS E-kip méditerranée informatique permet de répondre à l'ensemble des exigences du cahier des clauses techniques particulières ;

- de dire si les prix proposés tant par la SAS E-kip méditerranée informatique que par la SARL Interface sont conformes aux prix du marché, et évaluer les marges en précisant si elles sont habituelles ;

- de se prononcer sur l'évaluation préalable retenue par le conseil municipal dans sa délibération du 29 juin 2011, en indiquant au tribunal si elle était réaliste ou surestimée ;

- de déterminer le coût de présentation de l'offre de la SARL Interface et son manque à gagner ;

- et, s'il y a lieu, de faire toutes autres constatations nécessaires, d'enregistrer les observations de tout intéressé et d'annexer à son rapport tous documents utiles à la solution du litige ;

Vu l'ordonnance en date du 17 octobre 2013 par laquelle le président du Tribunal a étendu la mission de l'expert et lui a demandé, en outre de :

- préciser les critères qui ont permis au conseil municipal d'évaluer le coût de l'opération à 25 000 euros ;

- rendre compte de l'identité des publicités parues dans deux journaux et de leur cohérence avec le cahier des clauses techniques particulières ;

- préciser si la rédaction du cahier des clauses techniques particulières est suffisamment claire et précise afin que les exigences techniques soient définies en liaison directe avec les besoins de la commune de Saint-Florent ;

Vu le mémoire, enregistré le 27 décembre 2013, présenté pour la SARL Interface, qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre :

- que la procédure de passation s'est déroulée dans des conditions irrégulières, dès lors que les avis d'appel public à la concurrence publiés dans le journal « Le Petit Bastiais » et mis en ligne sur le site internet « Kelkoon » comportaient des divergences, le premier faisant référence à la technologie Wifi, le second à la technologie Wimax ; que, de surcroît, l'avis publié sur le site internet susévoqué faisant référence à une marque, à savoir « Alvarion », sans que soit mentionné que l'équivalent était admis ;

- que l'offre de l'attributaire était six fois inférieure à celle de la SARL Interface, et cinq fois inférieure à l'estimation faite à hauteur de 25 000 euros par la commune ; que, dans ces conditions, cette dernière aurait dû considérer que l'offre pouvait s'avérer anormalement basse et solliciter des précisions auprès de la SAS E-Kip Informatique ; qu'en s'abstenant de le faire, elle a rompu le principe d'égalité de traitement entre les candidats ; que, par ailleurs, elle a méconnu le principe de bon emploi des deniers publics auquel elle devait s'astreindre ;

- que, comme l'a relevé l'expert, l'offre de la société adjudicataire n'était pas conforme à trois des prescriptions du CAHIER DES CLAUSES TECHNIQUES PARTICULIÈRES, s'agissant de l'étanchéité des bornes et du respect de la norme IP65, de l'exigence d'un débit garanti, et de l'utilisation d'un serveur ;

- que la SARL Interface avait, compte tenu de ces irrégularités, une chance sérieuse d'obtenir le marché ; qu'elle a en effet été classée seconde alors que l'offre de l'attributaire aurait dû être rejetée comme non conforme à l'objet du marché, et que son offre était en adéquation avec l'estimation du pouvoir adjudicateur et permettait d'un point de vue technique de satisfaire aux objectifs poursuivis par la commune ;

Vu le mémoire, enregistré le 12 mars 2014, présenté pour la SAS E-Kip Méditerranée Informatique, qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens et porte le montant de sa demande présentée au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à la somme de 4 500 euros ;

Elle soutient :

- qu'il ressort des conclusions de l'expert que la technologie Wimax n'était pas requise pour répondre aux prescriptions du marché ;

- que l'écart de prix entre les deux offres a été dûment justifié durant l'expertise par la différence de technologie et de matériel utilisé par les deux sociétés concurrentes ; que l'offre de l'attributaire ne saurait donc être regardée comme étant anormalement basse, dès lors qu'il n'est pas établie qu'elle aurait été sous-évaluée par rapport au prix du marché ou qu'elle révélerait des insuffisances au niveau technique de nature à compromettre l'exécution du marché, indépendamment de l'écart de prix existant entre les offres ; qu'il ressort du rapport de l'expert que les prix annoncés par les candidats sont conformes aux prix du marché ;

- que la conformité à l'objet du marché de l'offre déposée par la société attributaire du marché n'est pas contestable ; qu'en effet, s'agissant de l'étanchéité des bornes, la solution proposée est appropriée ; qu'en ce qui concerne le débit garanti, elle a répondu aux prescriptions techniques relatives au débit fixé par la CCTP ; que l'expert a lui-même indiqué qu'il était impossible d'assurer un débit garanti et que, conséquemment, aucune des deux offres n'avait pu répondre parfaitement à cette prescription ; que le CCTP ne donnait aucune indication en ce qui concerne les caractéristiques du serveur ; qu'ainsi, l'utilisation d'un PC de bureautique en qualité de serveur n'est pas de nature à vicier l'offre ;

- que, subsidiairement, la seule circonstance qu'un vice ait été susceptible d'avoir un retentissement sur le choix du cocontractant ne suffit pas à justifier l'annulation du contrat ; qu'une telle disparition rétroactive n'est encourue que si les irrégularités invoquées affectent le consentement de la personne publique ou le bien fondé du contrat ou encore si les circonstances de l'espèce révèlent une volonté de la personne publique de favoriser un candidat ; qu'en l'espèce, seul le critère du prix a été déterminant pour départager les deux offres ; qu'aucune circonstance particulière ne justifie l'annulation du marché ; que, compte tenu de la bonne exécution de celui-ci, une telle mesure aurait pour effet de porter atteinte de manière disproportionnée aux intérêts des cocontractants ainsi qu'à l'intérêt général ;

- que la requérante n'a droit à aucune indemnisation dès lors que c'est la notation du prix qui a justifié l'attribution du marché et qu'elle n'établit ainsi pas le lien de causalité entre les irrégularités et le préjudice invoqués ;

Vu l'ordonnance en date du 22 janvier 2014 par laquelle le président du tribunal a liquidé et taxé les frais et honoraires de l'expert à la somme de 24 099,92 euros ;

Vu l'ordonnance en date du 14 avril 2014 fixant la clôture de l'instruction le même jour en application des dispositions des articles R. 611-11-1 et R. 613-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le codes des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 22 mai 2014 :

- le rapport de M. Gallaud, premier conseiller ;

- les conclusions de Mme Christine Castany, rapporteur public ;

- et les observations de Me Valéry, pour la SARL Interface ;

1. Considérant que la commune de Saint-Florent a mis en œuvre une procédure adaptée sur le fondement des articles 27 et 28 du code des marchés publics, en vue de passer un marché ayant pour objet la fourniture, l'installation et la maintenance d'une infrastructure Wifi pour les plaisanciers amarrés dans son port de plaisance ; qu'à l'issue de cette procédure, l'offre de la SAS E-Kip Méditerranée informatique a été retenue ; que la SARL Interface, qui a ainsi vu écartée l'offre qu'elle avait présentée, demande au Tribunal d'annuler ce marché et de condamner la commune de Saint-Florent à lui verser une somme de 10 093 euros en réparation des conséquences dommageables de son éviction ; que, par le jugement susvisé, le Tribunal a ordonné une expertise avant de statuer sur cette requête ;

Sur la contestation de la validité du contrat :

2. Considérant, en premier lieu, que si la SARL Interface soutient, dans son mémoire enregistré le 24 février 2012, que le choix du cocontractant est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation et que ce choix est intervenu à l'issue d'une procédure irrégulière, elle n'a assorti ce moyen d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien fondé à aucun moment de l'instruction et notamment pas après que l'expert a rendu son rapport ; que la circonstance qu'elle s'est heurtée au refus de la commune de lui communiquer certaines pièces ne saurait la dispenser d'apporter des précisions suffisantes afin de permettre au Tribunal d'accomplir son office ;

3. Considérant, en second lieu, que la requérante soutient que l'offre de la société attributaire n'était pas conforme aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières et qu'elle ne pouvait donc pas être retenue ; qu'elle doit être regardée comme se prévalant de la méconnaissance des dispositions du III de l'article 53 du code des marchés publics, applicables à l'ensemble des marchés passés selon une procédure formalisée, qui dispose que : « *Les offres*

inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue » ;

4. Considérant qu'il résulte de l'instruction et en particulier du rapport de l'expert que, contrairement à ce que soutient la SARL Interface, la solution technique proposée par l'attributaire est conforme à la norme 802-11n, incluant l'utilisation de la modulation QAM64, dès lors que les matériels qu'elle proposait de déployer présentaient ces caractéristiques ; qu'en outre, son offre est fondée notamment sur l'amendement « i » de la norme 802.11 induisant un cryptage des données en WAP2 qui prend en charge le mécanisme CCMP, et que le chiffrement AES 128 est induit par ce mode de cryptage ; que, par ailleurs, il ressort du rapport de l'expert que les bornes d'accès peuvent fonctionner en niveau 2 ou en niveau 3, étant précisé que le cahier des clauses techniques particulières ne saurait manifestement pas être interprété comme exigeant un fonctionnement cumulatif sur ces deux niveaux mais comme laissant la possibilité du choix entre les deux, et que ces matériels permettent l'emploi d'une technologie monocanal ;

5. Considérant, en revanche que, postérieurement au dépôt du rapport d'expertise, la SARL Interface a soutenu, en outre, que l'offre de l'attributaire n'était pas conforme aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières, s'agissant de l'étanchéité des bornes et du respect de la norme IP65, de l'exigence d'un débit garanti, ainsi que de l'utilisation d'un serveur ;

6. Considérant qu'il résulte du rapport de l'expert que les bornes d'accès Wifi « Netgear WNDAP » dont l'implantation était prévue dans l'offre de l'attributaire, ne sont pas en elle-même étanches selon le standard IP65, mais sont mises dans des coffrets étanches, respectant ce standard ; qu'ainsi, l'offre de l'attributaire n'est pas conforme aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières qui imposaient que les bornes soient étanches du fait de leur installation extérieure et qu'elles respectent ces normes ; que si la SAS E-kip Méditerranée Informatique soutient que le procédé proposé a permis de rendre les bornes étanches, elle ne contredit pas utilement l'appréciation de l'expert selon laquelle ce procédé, consistant à mettre les bornes dans des coffrets étanches ne saurait être regardé comme équivalent, dès lors que le comportement de l'étanchéité des coffrets dans le temps n'est pas garanti, notamment en cas d'ouverture du contenant lors de l'introduction des antennes et du passage des câbles nécessaires au fonctionnement des antennes ou lors d'éventuelles pannes ; qu'en effet, une telle ouverture est susceptible d'altérer l'étanchéité initiale, et donc le degré d'humidité de l'atmosphère à l'intérieur des coffrets étanches, susceptible d'agir sur la qualité de fonctionnement du matériel ; qu'en outre, aucune précision n'est apportée, relative aux caractéristiques du matériel, s'agissant en particulier du vieillissement du polymère constituant ces coffrets, notamment par l'action des UV auxquels ils sont constamment exposés durant la saison estivale, vieillissement qui peut entraîner des modifications des propriétés chimiques, physiques et mécaniques du matériau source d'une dégradation éventuelle du contenant et de son étanchéité ;

7. Considérant, par ailleurs, qu'il est constant que l'offre de l'attributaire ne prévoit pas d'utilisation d'un lien à débit garanti ; que si celle-ci se prévaut de ce que l'expert à lui-même indiqué qu'il était impossible d'assurer un débit garanti et que, conséquemment, aucune des deux offres n'avait pu répondre parfaitement à cette prescription technique, il n'en demeure pas moins que l'offre en cause ne répond pas à des prescriptions du cahier des clauses techniques particulières ; qu'au demeurant, l'intéressée avait la possibilité de saisir la commune d'une demande de mise au point, ce qu'elle s'est abstenue de faire ;

8. Considérant, enfin, qu'il résulte du rapport de l'expert que l'offre de la SAS E-Kip Méditerranée Informatique prévoit l'utilisation d'un simple PC avec un serveur OS, et non un véritable serveur ; que si l'intéressée soutient que le cahier des clauses techniques particulières ne précisait pas de quel type de serveur devait être équipée l'installation, alors que le terme de serveur ne fait que désigner un ordinateur relié à Internet, il est toutefois constant que les prescriptions dudit cahier des clauses techniques particulières prévoyaient l'utilisation d'un serveur de type Radius ou équivalent ; que l'intéressée ne critique pas utilement l'appréciation de l'expert selon laquelle ces prescriptions étaient suffisamment précises et impliquaient l'utilisation d'une machine conçue pour gérer des tâches intensives devant afficher d'excellentes performances non seulement informatiques, mais également de robustesse, dotée de plusieurs processeurs, d'une mémoire cache plus importante qu'un simple PC avec OS serveur de caractéristiques courantes, d'alimentation électrique doublée dans la plupart des cas, ainsi que de plusieurs disques durs pour gérer la tolérance de panne et l'intégrité des données ; qu'il est constant que l'équipement proposé par l'attributaire ne présentait nullement de telles caractéristiques, de sorte que son offre ne répondait pas davantage sur ce point aux prescriptions du marché ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'offre de l'attributaire devait être regardée comme inappropriée au sens des dispositions de l'article 53 du code des marchés publics, et aurait dû être éliminée pour ce motif ; que, par suite, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la question de savoir si le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en s'abstenant d'éliminer cette offre comme anormalement basse, la SARL Interface est fondée à contester la validité du marché litigieux ;

Sur les conséquences de l'existence de vices entachant la validité du contrat :

10. Considérant que, saisi par un concurrent évincé d'un recours contestant la validité d'un contrat, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

11. Considérant que, contrairement à ce que soutient la SAS E-Kip Méditerranée Informatique, l'annulation rétroactive du contrat n'est pas nécessairement limitée aux cas dans lesquels les irrégularités invoquées affectent le consentement de la personne publique ou le bien fondé du contrat, ou encore au cas dans lequel les circonstances révèlent la volonté du pouvoir adjudicateur de favoriser un candidat ; qu'une irrégularité ayant trait au choix du cocontractant peut légalement, en fonction des circonstances de l'espèce, amener le juge à prononcer une telle mesure ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit précédemment que l'offre de la SAS E-Kip Méditerranée Informatique aurait dû être éliminée, dès lors qu'elle ne répondait pas sur plusieurs points substantiels aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières ; que si celle-ci soutient que l'annulation du marché porterait une atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits des cocontractants, elle se contente de faire valoir la « bonne exécution du marché » ; que la seule circonstance que la solution décrite dans l'offre de l'attributaire a été

correctement mise en place et qu'elle permet d'assurer une couverture Wifi du port de Saint-Florent n'est à cet égard pas suffisante, étant, en toute hypothèse, encore rappelé que l'offre était néanmoins inappropriée ; que la commune de Saint-Florent n'allègue pas même pour sa part que l'annulation du marché emporterait une atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits des cocontractants ; que, dans les circonstances de l'espèce, l'illégalité susévoquée a exercé une influence sur le choix du cocontractant et doit conduire à l'annulation du marché litigieux ;

Sur les conclusions indemnitaires :

13. Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

14. Considérant que la SARL Interface soutient que son offre était conforme aux prescriptions du marché et que le montant qu'elle proposait était conforme à l'estimation administrative effectuée par le conseil municipal, de sorte qu'elle avait une chance sérieuse d'obtenir le marché ;

15. Considérant toutefois, qu'il ressort du rapport de l'expert que l'offre de la requérante ne répondait pas sur plusieurs points aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières, dès lors que les bornes EOR 7550 ne fonctionnent pas simultanément dans la bande de fréquence des 2,4 GHz ou dans celle des 5 GHz, que son offre prévoyait le rajout d'antennes SU54 répondant à la norme 802.16 du standard Wimax, de surcroît non étanches, et que les liens BU 28 répondaient également à cette même norme ; qu'il s'en suit que l'offre de la SARL Interface ne répondait pas davantage aux prescriptions du marché et aurait dû de même que celle de l'attributaire, être éliminée eu égard à son caractère inapproprié au sens des dispositions précitées de l'article 53 du code des marchés publics ; que, par suite, elle était dépourvue de toute chance d'obtenir le marché et ne saurait prétendre à aucune indemnisation au titre des irrégularités qu'elle invoque ;

Sur les dépens :

16. Considérant qu'aux termes de l'article R. 761-1 du code de justice administrative : *« Les dépens comprennent les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'Etat. / Sous réserve de dispositions particulières, ils sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties [...] »* ; qu'aux termes de l'article R. 621-13 du même code : *« Lorsque l'expertise a été ordonnée sur le fondement du titre III du livre V, le président du tribunal (...) en fixe les frais et honoraires par une ordonnance prise conformément aux dispositions des articles R. 621-11 et R. 761-4. Cette ordonnance désigne la ou les parties qui assumeront la charge de ces frais et honoraires (...) Dans le cas où les frais d'expertise mentionnés à l'alinéa précédent sont compris dans les dépens d'une instance principale, la formation de jugement statuant sur cette instance peut décider que la charge définitive de ces frais incombe à une partie autre que celle qui a été*

désignée par l'ordonnance mentionnée à l'alinéa précédent ou par le jugement rendu sur un recours dirigé contre cette ordonnance [...] » ;

17. Considérant, qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre les frais de l'expertise de M. Poggi, taxés et liquidés à la somme de 24 099,92 euros, par ordonnance du président du tribunal de céans du 22 janvier 2014, à la charge définitive de la commune de Saint-Florent ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

18. Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :
« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation » ;

19. Considérant, d'une part, que ces dispositions font obstacle à ce que soit mises à la charge de la SARL Interface, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie tenue aux dépens, les sommes que demandent la commune de Saint-Florent et la SAS E-Kip Méditerranée Informatique au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que, de même, elles font obstacle, pour le même motif à ce que cette dernière voie mise à sa charge une somme au titre des frais exposés par la SARL Interface ;

20. Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Saint-Florent une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la SARL INTERFACE et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le marché passé par la commune de Saint-Florent avec la SAS E-Kip Méditerranée Informatique pour la fourniture, l'installation et la maintenance d'une infrastructure Wifi pour les plaisanciers amarrés dans son port de plaisance est annulé.

Article 2 : Les frais de l'expertise de M. Poggi, taxés et liquidés à la somme de 24 099,92 euros, par ordonnance du président du tribunal de céans du 22 janvier 2014, sont mis à la charge définitive de la commune de Saint-Florent.

Article 3 : La commune de Saint-Florent versera à la SARL Interface une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la SARL Interface, à la commune de Saint-Florent, et à la SAS E-Kip Méditerranée Informatique.

Copie pour information en sera adressée au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bastia.

Délibéré après l'audience du 22 mai 2014, à laquelle siégeaient :

M. Guillaume Mulsant, président,
M. Hugues Alladio, premier conseiller,
M. Timothée Gallaud, premier conseiller,

Lu en audience publique le 5 juin 2014

Le rapporteur,

Le président,

Signé

Signé

T. GALLAUD

G. MULSANT

Le greffier,

Signé

S. COSTANTINI

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Corse 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 décision.

Pour expédition conforme

Le greffier

Signé

S. COSTANTINI