

N° 1001164

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE FRANCE TELECOM

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Claude Jardin
Magistrat délégué

Le juge des référés

(le magistrat délégué)

Ordonnance du 29 avril 2010

Vu la requête, enregistrée par télécopie le 8 avril 2010 et régularisée par la production de l'original le 14 avril 2010, ainsi que le mémoire complémentaire enregistré par télécopie le 9 avril 2010 et régularisé par la production de l'original le 17 avril 2010, présentés pour la SOCIETE FRANCE TELECOM, dont le siège est 6 place d'Alleray à Paris (75015), représentée par son représentant légal, par le cabinet HDLM-Avocats ; la SOCIETE FRANCE TELECOM demande au juge des référés :

1°) d'ordonner l'interruption de la procédure de passation du marché ayant pour objet la fourniture de services de communications électroniques destinés à des organismes publics de la région Centre, lancée par le groupement d'intérêt public Région Centre Inter Active (RECIA) en qualité de coordonnateur d'un groupement de commandes ;

2°) d'annuler cette procédure ainsi que la décision du 25 mars 2010 par laquelle le directeur du groupement d'intérêt public RECIA a rejeté son offre et la décision de retenir l'offre de la société RMI ;

3°) d'ordonner au groupement d'intérêt public RECIA, s'il entend conclure un marché ayant le même objet, de reprendre l'intégralité de la procédure de passation du marché litigieux en respectant ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

4°) de faire injonction au groupement d'intérêt public RECIA de communiquer la convention de groupement de commandes, le rapport d'analyse des offres, tout autre rapport présenté à la commission d'appel d'offres et le procès-verbal d'analyse des offres de cette commission ;

5°) de mettre la somme de 6 000 euros à la charge du groupement d'intérêt public RECIA en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en défense, enregistré par télécopie le 20 avril 2010 et régularisé par la production de l'original, présenté pour le groupement d'intérêt public RECIA, représenté par son directeur M. Didier Fournier, par Me Palmier, avocat ; le groupement d'intérêt public RECIA demande au juge des référés :

1°) de rejeter la requête ;

2°) de mettre la somme de 6 000 euros à la charge de la SOCIETE FRANCE TELECOM en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en défense, enregistré par télécopie le 22 avril 2010, présenté pour la société RMI, représentée par son représentant légal en exercice, par le cabinet d'avocats Peyrical et associé ; la société RMI demande au juge des référés :

1°) de rejeter la requête ;

2°) de mettre la somme de 6 000 euros à la charge de la SOCIETE FRANCE TELECOM en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire complémentaire en défense, enregistré par télécopie le 23 avril 2010, présenté pour le groupement d'intérêt public RECIA, représenté par son directeur M. Didier Fournier, par Me Palmier, avocat ; le groupement d'intérêt public RECIA conclut aux mêmes fins que précédemment ;

Vu les mémoires complémentaires, enregistrés par télécopie les 23 et 25 avril 2010 et régularisés par la production des originaux le 26 avril 2010, présentés pour la SOCIETE FRANCE TELECOM, représentée par son représentant légal, par le cabinet HDLM-Avocats ; la SOCIETE FRANCE TELECOM conclut aux mêmes fins que sa requête ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle président du tribunal a donné délégation à M. Claude Jardin pour statuer sur les demandes de référés en matière de passation de contrats et marchés présentées sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 26 avril 2010 à 10 h, présenté son rapport et entendu les observations de Me Hasday, avocat de la SOCIETE FRANCE TELECOM, de Me Palmier, avocat du groupement d'intérêt public RECIA et de Me Sabatier, avocat de la société RMI ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 applicable en l'espèce : « 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, ou la délégation d'un service public./ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; que l'article L. 551-2 du même code dispose : « 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. » ; que selon l'article L. 551-3 de ce code : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ;

Sur les fins de non-recevoir opposées par les défendeurs :

Considérant en premier lieu que l'article R. 551-1 du code de justice administrative dispose, s'agissant des référés précontractuels : « 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. » ;

Considérant que la formalité de notification rendue obligatoire par ces dispositions, qui a pour objet de faire obstacle à la signature du contrat par le pouvoir adjudicateur dans l'hypothèse où le greffe du tribunal administratif ne communiquerait pas immédiatement le recours au défendeur, n'est pas prescrite à peine d'irrecevabilité ; que les défendeurs ne peuvent dès lors, et en tout état de cause, utilement opposer à la SOCIETE FRANCE TELECOM une fin de non-recevoir tirée de son inaccomplissement ;

Considérant en deuxième lieu qu'eu égard aux caractéristiques particulières de la procédure prévue par l'article L. 551-1 du code de justice administrative et aux courts délais dans lesquels elle est enserrée, la circonstance que la SOCIETE FRANCE TELECOM n'a pas, lorsqu'elle a saisi le juge des référés, justifié de la qualité de son représentant pour engager cette action n'est pas de nature à rendre sa requête irrecevable ;

Sur le fond :

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées 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 auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant que l'article 52 du code des marchés publics dispose : « Les candidatures (...) sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. » ; qu'aux termes de l'article 53 du même code : « I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non

discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; (...) / II. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération. / Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié. / Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance. / Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. » ;

Considérant que le règlement de la consultation du marché litigieux fait obligation aux soumissionnaires de placer dans « la deuxième enveloppe intérieure », « offre », un projet de marché incluant un dossier technique comprenant notamment « Les références détaillées de mise en place de réseaux, services de communications électroniques » ; que le critère n°1 d'attribution du marché, « Valeur technique de l'offre », pondéré à cinquante pour cent, est apprécié, selon l'article 5 du même règlement, « en fonction de la qualité et de la précision de description des solutions proposées, de la complétude de l'offre par rapport au CCTP et à son annexe « cadre de réponse », des compétences attestées des personnes affectées à ce projet et des références techniques présentées » ;

Considérant qu'il résulte des dispositions citées plus haut du code des marchés publics que les capacités du candidat, établies notamment par ses références professionnelles, doivent être examinées au moment de la sélection des candidatures et que les offres des seules entreprises dont la qualification professionnelle a été jugée satisfaisante doivent être ensuite examinées, la sélection se faisant entre ces offres par application des critères fixés par le I de l'article 53 du code, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; que le sous-critère d'attribution du marché litigieux tenant aux références techniques présentées, examiné à partir des références détaillées exigées dans les conditions rappelées ci-dessus, est essentiellement lié, tel qu'il est défini par les documents de la consultation, à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché et ne pouvait dès lors légalement être mis en œuvre pour sélectionner les offres ; qu'en introduisant un tel critère à ce stade de la procédure de passation du marché litigieux, le groupement d'intérêt public RECIA a manqué à ses obligations de mise en concurrence ;

Considérant que, selon son cahier des clauses techniques particulières, le marché litigieux a pour objet « la mise en œuvre d'un ensemble de services d'accès de communications électroniques » à destination des membres d'un groupement de commandes constitué entre, d'une part, le groupement d'intérêt public RECIA, qui a la qualité de coordonnateur et qui regroupe l'Etat, pour les services du rectorat d'Orléans-Tours, la région Centre, le département du Cher, les universités d'Orléans et de Tours, le CROUS d'Orléans-Tours, d'autre part, l'INRA, le BRGM, le CEMAGREF et l'AFPA d'Orléans ; que les services à fournir, répertoriés dans un catalogue de services annexé à l'acte d'engagement, incluent par défaut des prestations de base énumérées par l'article 1.1 de ce cahier, chaque candidat devant établir une offre de prix péréqués sur le territoire régional pour chaque service répertorié dans le catalogue, quelle que soit la technologie mise en œuvre ; que les candidats renseignent en outre une matrice intitulée

« Passage d'un service à un autre », deuxième onglet du catalogue de services, ou explicitent leurs propositions de coûts et de délais dans le cadre de réponse qu'ils joignent à leur offre ; que le nombre initial des sites à desservir sera de l'ordre de trois cent vingt ; qu'en vertu de l'article 2.1.8 du même cahier, intitulé Devis Quantitatif Estimatif (DQE) : « Pour chacun des membres du groupement et relativement aux besoins exprimés par eux, un DQE est à compléter par le candidat (Annexe 3 du présent CCTP). Pour chaque site et en fonction des besoins exprimés au regard des références du catalogue de services, seront indiqués les coûts associés (mise en œuvre initiale et abonnement mensuel HT et TTC) » ;

Considérant que le critère n°2 d'attribution du marché, « Prix », pondéré à quarante cinq pour cent, est apprécié selon l'article 5 du règlement de la consultation, « en fonction d'une part du catalogue de services des candidats et d'autre part du devis quantitatif estimatif fourni dans le dossier de réponse des candidats » ; qu'il résulte de l'instruction, et plus particulièrement du tableau produit et commenté par le groupement d'intérêt public RECIA lors de l'audience publique, que le montant de l'offre de l'entreprise la moins disante, RMI, évalué à 5 976 221 euros sur une durée de quatre ans en fonction du DQE, s'est vu attribuer une note de sept sur dix alors que l'offre de la société requérante, qui était la plus onéreuse, évaluée à 8 729 600 euros selon les mêmes modalités, s'est vu attribuer la note de trois points sur dix ;

Considérant que, pour l'appréciation du critère prix, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de respecter une stricte proportionnalité entre le nombre de points attribué à une offre et son montant en euros ; qu'en revanche, les méthodes de notation de ce critère, que le pouvoir adjudicateur définit librement en l'absence de disposition sur ce point dans le code des marchés publics, doivent, lorsqu'elles aboutissent à s'écarter d'une telle proportionnalité, être justifiées par des considérations objectives, pour que ce pouvoir ne puisse se réserver une marge de pouvoir discrétionnaire ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure de passation des marchés ;

Considérant qu'en l'absence de toute explication des raisons objectives pour lesquelles l'offre de l'entreprise la moins disante s'est vu attribuer la note de sept, alors que le barème de notation prévoyait dix points pour le critère prix, et l'offre la plus onéreuse la note de trois, ce qui a pour conséquence qu'une offre qui n'est pas deux fois moins chère que celle de sa concurrente obtient plus de deux fois le nombre de points de celle-ci, la méthode de notation du critère prix adoptée en l'espèce ne peut être regardée comme répondant aux exigences venant d'être rappelées, ce qui constitue un deuxième manquement du groupement d'intérêt public RECIA à ses obligations de mise en concurrence ;

Considérant que le DQE comprend, pour une partie des sites y figurant, deux cases relatives au changement de service, invitant les soumissionnaires à chiffrer le coût de mise en œuvre de cette évolution et celui de l'abonnement mensuel en résultant ; qu'il résulte de l'instruction que, pour l'appréciation du critère prix, l'offre la plus avantageuse au regard de ces coûts s'est vu attribuer un demi point supplémentaire, la moins avantageuse retirer un demi point et celle classée deuxième a vu sa note du critère prix maintenue, sans que les documents de la consultation ne contiennent aucune information sur cette question ; que si le pouvoir adjudicateur, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres, il doit en revanche porter à leur connaissance les conditions de mise en œuvre des critères de notation ; qu'en l'espèce, l'attribution forfaitaire d'un nombre de points pour apprécier l'un des aspects financiers des offres, qui, si elle avait été connue, aurait été susceptible d'influencer la préparation des offres, affecte les conditions de

mise en œuvre du critère prix ; que le groupement d'intérêt public RECIA, en ne l'indiquant pas dans les documents de consultation du marché litigieux puis en sélectionnant les offres selon des modalités partiellement ignorées des soumissionnaires, a par suite commis un troisième manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant que ni la circonstance que la société requérante a signé l'acte d'engagement du marché et approuvé ses pièces constitutives sans émettre de réserves, ni celle qu'elle a attendu seize jours après le rejet de son offre pour saisir le juge des référés précontractuels ne sont de nature à établir qu'elle n'a pas été lésée ou ne risque pas d'être lésée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence précédemment analysés alors au surplus que les informations prévues à l'article 83 du code des marchés publics ne lui ont été communiquées que par un courrier daté du 15 avril 2010 ; qu'en égard au stade de la procédure auquel ces manquements ont été commis, et à la circonstance que certains d'entre eux n'ont été révélés que par l'instruction de la requête portée devant le juge des référés précontractuels, les défendeurs ne peuvent utilement se prévaloir de ce qu'elle n'a posé aucune question au pouvoir adjudicateur sur les aspects de la procédure de passation qu'elle critique avant d'introduire le présent litige ; qu'en dépit de la différence de prix entre l'offre de la société attributaire du marché et celle de la société requérante, il ne peut être exclu de manière certaine qu'elle ait été lésée par les manquements en cause ou risque de l'être dès lors, d'une part, qu'à défaut de toute indication sur la manière dont le pouvoir adjudicateur a noté le critère valeur technique et alors que le poids respectif des sous-critères n'était pas fixé par les documents de consultation du marché, il est impossible d'évaluer l'incidence du manquement commis, d'autre part, que, s'agissant du critère prix, la même incertitude prévaut ; que, dans ces conditions, compte tenu de l'ensemble des manquements du groupement d'intérêt public RECIA à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, de leur portée et du stade de la procédure auquel ils se rapportent, la société requérante doit être regardée comme ayant été lésée, au sens de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Considérant que, même si, en cas d'annulation de la procédure de passation en litige, compte tenu de la durée cumulée d'une nouvelle procédure de passation et de la mise en œuvre des solutions qui seront proposées par le titulaire du marché, le marché en cours, valable jusqu'au 31 décembre 2010, est susceptible d'avoir pris fin avant que le nouveau marché puisse produire tous ses effets, ce qui, dans l'hypothèse où la SOCIETE FRANCE TELECOM n'obtiendrait pas le renouvellement du marché à l'issue d'une procédure régulière, entraîne une forte insécurité juridique, il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur soit dépourvu de toute possibilité de conclure pour une brève période des contrats destinés à assurer la continuité du service public ; que, par ailleurs, les délais plus courts que peut proposer la SOCIETE FRANCE TELECOM n'ont pas nécessairement à être pris en compte pour l'appréciation des offres dans le cadre de la passation d'un nouveau marché si bien que cette société ne sera pas nécessairement avantagée par une nouvelle procédure ; qu'enfin, les candidats évincés de la présente procédure de passation conserveraient, même si le juge des référés ne faisait pas droit à la demande de la société requérante, la possibilité de saisir le juge du contrat d'un recours tendant à l'annulation du marché conclu après la décision du juge des référés, ce qui introduirait également des risques ultérieurs d'insécurité juridique ; que les conséquences négatives de l'annulation de la procédure de passation contestée ne peuvent ainsi être regardées comme excédant ses avantages, tenant au respect des obligations de publicité et de mise en concurrence plusieurs fois méconnues par le pouvoir adjudicateur, aux droits des soumissionnaires lésés par les manquements établis et à l'intérêt de la conclusion pour une durée de quatre ans d'un contrat dont la validité ne risque pas d'être remise en cause ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin en tout état de cause d'ordonner la communication des documents sollicités, la SOCIETE FRANCE TELECOM est fondée à demander au juge des référés d'annuler la procédure de passation du marché ayant pour objet la fourniture de services de communications électroniques destinés à des organismes publics de la région Centre, lancée par le groupement d'intérêt public RECIA, ainsi que la décision du 25 mars 2010 par laquelle le directeur du groupement d'intérêt public RECIA a rejeté son offre et la décision de retenir l'offre de la société RMI ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'ordonner d'autres mesures pour que le pouvoir adjudicateur se conforme à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge du groupement d'intérêt public RECIA une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par la SOCIETE FRANCE TELECOM et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soient mises à la charge de la SOCIETE FRANCE TELECOM, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, les sommes que le groupement d'intérêt public RECIA et la société RMI demandent au titre des mêmes frais ;

O R D O N N E :

Article 1er : La procédure de passation du marché ayant pour objet la fourniture de services de communications électroniques destinés à des organismes publics de la région Centre, lancée par le groupement d'intérêt public RECIA, ainsi que la décision du 25 mars 2010 par laquelle le directeur du groupement d'intérêt public RECIA a rejeté l'offre de la SOCIETE FRANCE TELECOM et la décision de retenir l'offre de la société RMI, sont annulées.

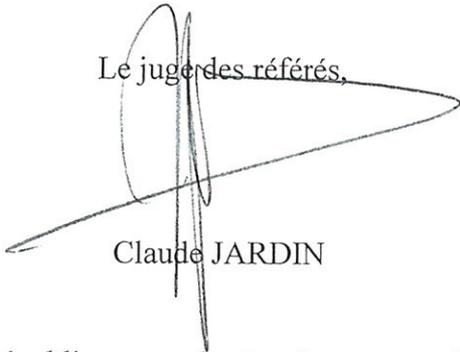
Article 2 : Le groupement d'intérêt public RECIA versera une somme de 3 000 euros à la SOCIETE FRANCE TELECOM en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions du groupement d'intérêt public RECIA et de la société RMI tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi que le surplus des conclusions de la SOCIETE FRANCE TELECOM sont rejetés.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE FRANCE TELECOM, au groupement d'intérêt public RECIA et à la société RMI.

Fait à Orléans, le 29 avril 2010.

Le juge des référés,



Claude JARDIN

Le greffier,



Marie-Paule CAILLER

La République mande et ordonne au préfet du Loiret en ce qui le concerne et 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 copie conforme
Le Greffier en Chef

