

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N°1114486 / 3

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société ORANGE FRANCE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Mendras
Juge des référés

Ordonnance du 13 septembre 2011

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 22 août 2011, présentée pour la société ORANGE FRANCE, dont le siège est 1, avenue Nelson Mandela à Arcueil Cedex (94 745), par Me Hasday ; la société ORANGE FRANCE demande au juge des référés statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- 1°) d'annuler la décision du 11 août 2011 du ministre de l'intérieur des collectivités territoriales et de l'immigration rejetant son offre présentée pour l'attribution d'un accord-cadre mono-attributaire ayant pour objet « la fourniture de solutions de communications mobiles » et des services y associés ;
- 2°) d'annuler la décision d'attribution de cet accord-cadre ;
- 3°) de suspendre et d'annuler la procédure de passation à compter du stade de l'examen des offres ;
- 4°) d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres ou à défaut d'annuler la procédure de passation ;
- 5°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 5000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que par un avis publié le 10 mai 2011 le ministère de l'intérieur, coordonnateur d'un groupement de commandes , a lancé un appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un accord-cadre dénommé « Opache 3 » ayant pour objet « la fourniture de solutions de communications mobiles » et des services y associés ; que cet accord-cadre portait sur deux types de prestations : d'une part des services de transmission de la voix et de données, et notamment des communications téléphoniques en France et à l'étranger, d'autre part la fourniture et la maintenance de terminaux et d'accessoires ; que le montant estimatif des marchés subséquents qui

seront passés en application de cet accord cadre tel qu'estimé par le pouvoir adjudicateur est de 60 000 000 euros hors taxes ; que les critères de sélection étaient constitués de la valeur technique pondérée à 35 %, du prix pondéré à hauteur de 60 % et de la performance en matière de protection de l'environnement, pondéré à hauteur de 5 % ; que la date limite de réception des offres a été fixée au 5 juillet 2011 ; que la société ORANGE FRANCE qui a soumissionné a été classée 1^{ère} sur le critère de la valeur technique et le critère environnemental mais en second rang sur celui du prix ; qu'elle n'a obtenu que 358 points sur 600 alors que l'attributaire, la société SFR, s'est vue reconnaître une note de 600 sur 600 ; que l'application d'une règle de trois à la formule de notation retenue par le pouvoir adjudicateur, permet de déterminer que le prix proposé par l'attributaire s'élève à 27 029 000 euros ; que ce prix est inférieur de 40,3% à celui de l'offre faite par la société ORANGE FRANCE et de 54,9 % au montant des marchés qui seront passés en application de cet accord cadre ; que le pouvoir adjudicateur aurait donc dû recourir à la procédure prévue pour les offres anormalement basses par l'article 55 du code des marchés publics en demandant à l'attributaire des éléments d'explication sur les éléments composant son prix ; que le caractère anormalement bas de l'offre présentée par la société SFR est mis en évidence par le fait qu'il serait nécessaire de diviser par deux le coût unitaire de la société ORANGE FRANCE concernant les postes « tarifs France » pour parvenir à un chiffre de 28,8 millions d'euros, équivalent, quoique encore légèrement supérieur à celui de la société SFR ; qu'il serait nécessaire pour atteindre ce chiffre de 28,8 millions d'euros de proposer le prix de l'abonnement à 0,50 euros et le prix de la minute à 0,0125 euros, alors que ces prix sont en-dessous du coût de reversement entre opérateurs fixé par l'ARCEP ; que dans ces conditions le pouvoir adjudicateur aurait nécessairement et obligatoirement dû solliciter de l'attributaire des explications et justifications sur le cas très anormalement bas de son offre, ce qui l'aurait nécessairement conduit à la rejeter ;

Vu, enregistré le 29 août 2011, le mémoire en défense présenté par le ministre de l'intérieur de l'outre mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ; le ministre conclut au rejet de la requête, à titre subsidiaire, à ce qu'il soit enjoint au pouvoir adjudicateur de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres, et de rejeter la demande de la société ORANGE FRANCE tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; il soutient que le moyen tiré de la violation de l'article 55 du code des marchés publics est inopérant et manque en fait ; que ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que lorsque le pouvoir adjudicateur entend rejeter une offre anormalement basse ; que ce texte n'a en effet pour objet que d'instituer une garantie pour le candidat qui verrait « in fine » son offre rejetée comme anormalement basse ; qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler l'appréciation portée sur les mérites respectifs des offres ; qu'en l'espèce et au surplus le pouvoir adjudicateur a bien respecté ces dispositions ; que par courrier du 4 août 2011 il a été demandé à la société SFR de fournir les précisions et justifications utiles afin que l'administration apprécie plus avant le caractère économiquement valable de l'offre financière qu'elle a présentée ; que la société SFR a déposé le 5 août 2011 sur la place de marché interministérielle une réponse à cette demande de justifications qui a fait l'objet d'une analyse précise par le pouvoir adjudicateur et a emporté sa conviction sur la viabilité de cette offre ; que la société requérante ne saurait tirer argument de l'écart entre le montant de l'offre de la société SFR prétendument évaluée par elle à 27 millions d'euros et le montant estimatif de l'accord cadre de l'ordre de 60 millions d'euros annoncé par le pouvoir adjudicateur pour apporter la preuve de ce que cette offre de la société SFR est anormalement basse ; que l'estimation faite par le pouvoir adjudicateur ne correspond nullement à un niveau réel et contractuel de dépenses ; que la société requérante ne saurait pas davantage se fonder sur la comparaison du prix estimé de l'offre de l'attributaire avec le prix qu'elle a elle-même proposé dès lors notamment que l'offre des deux candidats n'est pas fondée sur un modèle technologique et économique identique ; qu'en effet à la différence des autres candidats la société SFR a choisi un modèle de tarification s'appuyant sur des

forfaits illimités ; que dans un tel modèle les communications sont intégrées dans un abonnement mensuel forfaitaire, indépendant du volume et de la durée des appels émis ; que l'ARCEP a admis que le coût actuel réglementaire de terminaison d'appel réglementaire se révèle compatible avec le développement d'offres illimitées ; que pour les opérateurs le modèle illimité présente des avantages majeurs en matière de tarification et de garantie et de régularité des recettes notamment, qui se répercutent dans la compétitivité des tarifs proposés ; que la société SFR a également indiqué que son offre tarifaire anticipe l'augmentation de la consommation de type internet mobile et qu'elle avait procédé à une optimisation de sa structure de coûts internes ; que de fait son offre prévoit moins de ressources que la société ORANGE FRANCE pour assurer le support technique, 30% de moins pour le support administratif et 2 fois moins pour les interlocuteurs opérationnels ; que c'est donc à tort que la société ORANGE FRANCE en se fondant sur la seule comparaison des offres, sans en connaître le parti pris technologique, conclut que l'offre de la société attributaire est anormalement basse ; que la méthode utilisée par la requérante fondée sur un coût à la minute est erronée dans la mesure où précisément la société SFR a choisi un modèle de tarification différent ; qu'à titre subsidiaire, si par impossible le moyen présenté par la société requérante, était regardé comme fondé, il y aurait lieu, en application des dispositions de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, de prendre en considération les conséquences très préjudiciables pour la continuité de l'activité de certains des services de l'Etat qui sont bénéficiaires de l'accord-cadre, de l'annulation de la procédure de passation et, compte tenu de ce que ces conséquences dépasseraient les avantages d'une telle annulation, de ne pas y procéder et de rejeter la requête ;

Vu, enregistré le 30 août 2011, le mémoire, présenté pour la société SFR par Me Letellier ; la société SFR conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société ORANGE FRANCE à lui verser la somme de 7000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle soutient que le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur se serait irrégulièrement abstenu de mettre en œuvre la procédure de l'article 55 du code des marchés publics manque en droit autant qu'en fait ; que la seule contrainte procédurale qui s'impose à l'acheteur public, en vertu de ce texte, est de subordonner l'éviction d'une offre effectivement anormalement basse à la formulation, au préalable, d'une demande de précisions et à l'examen des justifications fournies ; que l'article 55 crée en effet un processus de protection du candidat qui sera « in fine » évincé pour offre anormalement basse et non un mécanisme de contrôle pour régulariser le maintien d'une offre financièrement pertinente ; qu'en tout état de cause le moyen manque en fait puisque le pouvoir adjudicateur a constaté que le prix proposé par la société SFR était particulièrement optimisé et a le 4 août 2011 sollicité des précisions et des justifications à la société afin d'apprécier le caractère économiquement viable de son offre ; que par ailleurs le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'écarter une offre anormalement basse et qu'en tout état de cause lorsqu'il décide de l'accueillir le juge ne saurait le sanctionner qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation, alors au surplus que le juge du référé précontractuel ne peut au mieux procéder qu'à une analyse superficielle des propositions sans rentrer dans le détail et l'étude de ces dernières ; que les simples écarts de prix entre les offres des candidats ne suffisent pas à établir que le prix proposé par la société SFR était anormalement bas, ni même que le pouvoir adjudicateur aurait, en l'espèce, commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant ses propositions ; que seule peut être regardée comme une offre anormalement basse celle d'une part, qui ne se situe pas dans les canons de l'offre économique rationnelle et ne permet pas à l'entreprise de dégager une marge bénéficiaire et, d'autre part, qui empêche une bonne exécution du contrat ; que la société requérante n'apporte aucun élément de nature à justifier que l'offre de la société SFR répond à ces critères ; que non seulement la société SFR s'engage à assurer la parfaite exécution du contrat mais en outre dégagera dans le cadre de cette exécution une marge bénéficiaire ; qu'elle s'est évertuée à proposer un système de facturation innovant reposant sur un modèle différent de la société requérante, les communications étant

facturées sur la base d'un coût fixe avec forfait illimité, qui invalide les calculs proposés dans sa requête par la société ORANGE FRANCE qui sont fondés sur une facturation à la minute et ne prennent pas en compte les optimisations réalisées par la société SFR sur les structures de coûts ;

Vu, enregistré le 8 septembre 2011 le mémoire en réplique présentée pour la société ORANGE FRANCE qui persiste dans ses conclusions ; elle soutient que en n'ayant pas rejeté l'offre de l'attributaire comme étant anormalement basse alors que les explications apportées par la société SFR étaient insuffisantes, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation et méconnu les principes d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence des procédures ; que la réponse qu'a faite la société SFR à la demande du ministère de l'intérieur sur le caractère économiquement viable de son offre était insuffisante et ne permettait pas de justifier de son niveau de prix ; que le ministère s'en est simplement remis à la parole et aux indications données par la société attributaire, et n'a donc pu procéder à la vérification des justifications fournies que lui impose l'article 55 ; qu'une offre en illimité ne permet ni une diminution des charges ni une meilleure maîtrise de la rentabilité pour l'opérateur ; que l'offre de la société SFR n'est pas conforme au cahier des charges et est par suite irrégulière à plusieurs titres ; qu'en effet en proposant un modèle de tarification s'appuyant sur des forfaits illimités dans lesquels les communications sont intégrées et fondues dans un abonnement mensuel forfaitaire, indépendamment du volume et de la durée des communications, l'offre ne respecte pas le cahier des charges qui exige un prix unitaire à la minute de communication et non un prix forfaitaire quelque soient le volume et la durée de communication ; qu'aucune comparaison ne pouvait être effectuée par le pouvoir adjudicateur entre une telle offre à caractère forfaitaire et l'offre de la société ORANGE FRANCE proposant, conformément au cahier des charges un prix unitaire de communication ; qu'en toute hypothèse une telle offre à caractère forfaitaire ne pourrait que s'analyser en une variante qui pourtant était formellement interdite et qui aurait dû être rejetée à ce titre, et également pour avoir été proposée sans présentation d'une offre de base conforme au cahier des charges ; que le règlement de la consultation prévoyait que l'analyse des offres se fera sur la base de l'analyse financière figurant en annexe IV du dit règlement sur la base des quantités et de situations réalistes ; que les candidats devaient renseigner cette simulation financière s'agissant des tarifs « France » et notamment pour « les services de communication voix » en indiquant pour la « formule voix temps réel », « le forfait voix de type GFU » et « l'extension de couverture chez l'opérateur tiers », le coût unitaire des prestations ; que s'agissant des services de communication voix à l'international et outre mer un coût unitaire à la minute était également exigé ; que l'annexe financière à l'acte d'engagement reprenait les mêmes exigences ; que les mentions figurant tant au cahier des clauses administratives particulières qu'au cahier des clauses techniques particulières et relatives à la forme des prix, au mode de règlement des prestations et à la facturation démontrent que le pouvoir adjudicateur attendait une proposition sur la base d'un abonnement et d'un coût à la minute ; que la notion d'illimité n'est prévue dans les documents de la consultation que pour certains services ; que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas matériellement comparer l'offre de la société requérante régulièrement composée de prix unitaire à la minute de communication et celle de la société SFR irrégulièrement constituée d'un prix à caractère forfaitaire illimité ; que c'est en raison de son caractère innovant et précisément sur ce critère qui n'avait pas été porté à la connaissance des candidats que l'offre de la société SFR a été retenue ; que la société ORANGE FRANCE a été empêchée de remettre une offre plus adaptée et plus performante et a été pénalisée par l'ignorance de ce critère sur lequel s'est fait le départage des offres, ce qui donne au dit critère une importance prépondérante ; que l'administration qui dispose déjà d'un marché en cours et a déjà un contractant en place en la personne de la société requérante qui continue à accomplir ses prestations, ne saurait se prévaloir de l'article L. 551-2 du code de justice administrative pour solliciter du juge des référés de ne pas annuler la procédure de passation en raison de l'intérêt public et de ce que les

conséquences négatives de cette annulation l'emporteraient sur ses avantages ;

Vu, enregistré le 8 septembre 2011 le mémoire en réplique présenté par le ministre de l'intérieur de l'outre mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ; le ministre conclut au rejet de la requête ; il soutient que le moyen tiré du caractère anormalement bas de l'offre est tout à la fois inopérant et non fondé ; que la société requérante ne peut arguer que l'offre de la société SFR serait anormalement basse, alors qu'elle est tout simplement plus compétitive qu'elle ; que l'offre de la société SFR était conforme aux dispositions de l'article 17 du code des marchés publics et aux prescriptions du cahier des charges puisqu'elle faisait apparaître pour les services de « communication voix » un prix unitaire par ligne, ce prix unitaire par ligne étant lui-même constitué de deux sous-prix unitaires, l'un relatif à l'abonnement mensuel, l'autre relatif à la minute de communication ; que le fait de proposer des prix mensuels d'abonnement faibles et des prix unitaires à la minute élevés, ou inversement, relève d'un choix commercial ; que la société SFR s'est saisie de cette faculté en proposant un abonnement à un tarif plus élevé que la société ORANGE FRANCE, tout en proposant un prix unitaire à la minute de communication égal à zéro ; que ce choix était conforme aux prescriptions du cahier des charges ; que si le cahier des clauses techniques particulières prévoit certaines prestations pour lesquelles la facturation en illimité est exigée, cela ne signifie pas à contrario qu'une telle facturation est interdite dans les autres cas ; qu'il ne peut être considéré que la présentation d'une offre financière valorisant à zéro le prix unitaire à la minute des consommations voix, incluant donc les consommations dans l'abonnement, est une variante alors même que le pouvoir adjudicateur n'a émis aucune exigence sur ce point ; que le pouvoir adjudicateur lors de la phase d'analyse des offres, a appliqué strictement et exclusivement les critères annoncés dans le règlement de la consultation ; qu'il n'a pas été tenu compte d'un autre critère, notamment pas celui du caractère innovant des offres ainsi que l'établit le rapport de dépouillement des offres ;

Vu, enregistré le 8 septembre 2011, le mémoire en réplique présenté pour la société SFR la société SFR conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société ORANGE FRANCE à lui verser la somme de 10 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle soutient que le pouvoir adjudicateur n'a nullement l'obligation de procéder aux vérifications prévues par l'article 55 du code des marchés publics dès lors que l'offre n'est pas anormalement basse ; que le moyen tiré de ce que elle le serait dépasse en outre l'office du juge du référé précontractuel ; qu'au surplus le moyen manque en fait puisque la société SFR a apporté toutes justifications sur de nature à confirmer la viabilité de son offre et qu'elle permettait une bonne exécution du marché ; que la société requérante ne démontre pas davantage que l'offre de la société SFR serait anormalement basse ; que la société SFR a intégralement complété tous les documents annexés au dossier de consultation et notamment le bordereau de prix complété dans toutes ses composantes y compris pour le service voix, en distinguant le prix à l'abonnement et le prix à la minute de communication ainsi que la simulation financière ; que les offres ont été établies sur les mêmes bases et comparées au regard des mêmes pièces ; qu'aucun critère supplémentaire lié au caractère innovant n'a été retenu pour l'analyse des offres ;

Vu la décision du 1^{er} septembre 2011, par laquelle le président du tribunal a désigné M. Mendras comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code des marchés publics ;

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

Après avoir prononcé son rapport et entendu au cours de l'audience publique qui s'est tenue le 9 septembre 2011 à 9 heures 30 en présence de Mme Gutierrez, greffière :

- les observations présentées pour la société ORANGE FRANCE par Me Hasday qui reprend l'argumentation développée dans ses écritures ;
- les observations présentées pour le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales, et de l'immigration par Mme Léglise, sous-directrice du conseil juridique et du contentieux qui reprend l'argumentation développée dans ses écritures ;
- les observations pour la société SFR par Me Letellier qui reprend l'argumentation développée dans ses écritures ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « 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. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 : « 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. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-3 : « Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 : « 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'aux termes de l'article L. 551-10 : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'État dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) » ; qu'aux termes de l'article R. 551-5 du code de justice administrative : « 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. Le juge ne peut statuer avant le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Ce délai est ramené au onzième jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. Dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-15, le juge ne peut statuer avant le onzième jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat. » ;

Considérant que le ministère de l'intérieur, coordonateur d'un groupement de commandes regroupant plusieurs services et établissements publics de l'Etat, a par un avis d'appel à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces de marchés publics le 10 mai 2011 et au Journal officiel de l'union européenne le 7 mai 2011, lancé une consultation pour la passation, selon la procédure de l'appel d'offres ouvert, d'un accord-cadre, dénommé « Opache 3 », ayant pour objet la fourniture de solutions de communications mobiles et de services associés ; que les prestations visées par l'accord-cadre consistaient en des services de transmission de la voix et des données et la fourniture et la maintenance de terminaux et d'accessoires ; que le règlement de la consultation prévoyait que le marché serait attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée au regard des trois critères de la valeur technique, du prix et de la performance en matière de protection environnementale, pondérés à hauteur de, respectivement, 35 %, 60% et 5 % ; que le marché a été attribué à la société SFR classée en première position, qui a obtenu la note de 600 sur 600 en ce qui concerne le critère du prix ; que la société ORANGE FRANCE qui avait également soumissionné et obtenu, sur ce même critère du prix, la note de 358 sur 600, a été informée du rejet de son offre par un courrier du 11 août 2011 ; que la dite société demande au juge des référés d'annuler la décision rejetant son offre, d'annuler la décision d'attribution de cet accord-cadre, de suspendre et d'annuler la procédure de passation à compter du stade de l'examen des offres et d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres ou à défaut d'annuler la procédure de passation ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 du code des marchés publics : « Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. » ;

Considérant que la société ORANGE FRANCE soutient que le ministère de l'intérieur a méconnu les dispositions précitées de l'article 55 du code des marchés publics en attribuant le marché à la société SFR ; qu'elle expose à cet effet, dans sa requête, que l'application d'une règle de trois à la formule de notation retenue par le pouvoir adjudicateur, permet de déterminer que le prix de 27 millions d'euros proposé par l'attributaire est inférieur de 40,3% à sa propre offre et de 54,9 % au montant des marchés qui seront passés en application de cet accord-cadre estimé par le pouvoir adjudicateur à 60 millions d'euros ; que toutefois, et à supposer même que le moyen qu'elle soulève relève des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence s'imposant au pouvoir adjudicateur, et puisse donc être utilement soulevé à l'appui d'une requête présentée devant le juge du référé précontractuel sur le fondement des dispositions précitées des articles L. 551-1 et suivants du code des marchés publics, le calcul qu'elle retient pour justifier de ces écarts, qui est fondé sur le mode de tarification qu'elle a proposé, alors que la société SFR a proposé un modèle de tarification différent reposant pour partie sur des forfaits illimités, indépendant du volume et de la durée des communications, n'est pas pertinent ; que la société requérante ne justifie donc pas par ces seuls écarts que l'offre de la société SFR paraissait anormalement basse ; qu'il ressort au surplus des pièces du dossier que le ministère de l'intérieur, après avoir relevé que le montant de la simulation financière de la société SFR était très largement inférieur à ceux des autres candidats, a demandé à la dite société, le 4 août 2011, d'apporter les précisions et justifications utiles afin de pouvoir apprécier le caractère économiquement viable de son offre et a ainsi eu recours à la procédure prévue par l'article 55 du code des marchés publics ; que la société a répondu à cette demande le 5 août 2011 en mettant précisément en avant l'optimisation des coûts rendue possible par le recours à des forfaits illimités ; que la société ORANGE FRANCE en se bornant dans son mémoire en réplique à soutenir, d'une part, que la réponse de la société SFR ne suffisait pas à justifier du prix qu'elle a proposé et, d'autre part,

qu'une offre forfaitaire en illimité ne permet pas d'alléger les charges liées aux prestations ni de justifier des marges plus faibles, ne démontre pas, ainsi pourtant qu'il lui incombe de le faire dès lors qu'elle soulève le moyen tiré de la violation de l'article 55 du code des marchés publics à l'encontre d'une décision d'admission d'une offre de l'un de ses concurrents, et pour autant, encore une fois, qu'elle est recevable à le faire dans le cadre de la présente instance devant le juge du référé précontractuel, que la dite offre n'est pas économiquement viable et serait susceptible de mettre en péril la bonne exécution du marché, ni par suite que le pouvoir adjudicateur a fait une application erronée du dit article en ne rejetant pas cette offre comme étant anormalement basse ; que ce premier moyen doit être, en conséquence, écarté ;

Considérant, en second lieu, qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : « Les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont éliminées » ; qu'aux termes de l'article 58 du même code : « III. - La commission d'appel d'offres ouvre les enveloppes contenant les offres et en enregistre le contenu. Les offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35 sont éliminées par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux. » ; qu'aux termes de l'article 35 du même code : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous. I. - Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence : 1° Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. 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. (.....) » ;

Considérant que si le cahier des clauses administratives particulières figurant dans le dossier de consultation des entreprises prévoyait dans plusieurs de ses articles relatifs à la forme des prix, au mode de règlement des prestations et au contenu des factures que certaines des prestations, dont notamment celles relatives aux services de « communications voix », feront l'objet d'un prix unitaire à la minute, ces stipulations ne faisaient pas obstacle à ce que la société SFR retienne, pour ces prestations, et alors même que cette formule ne lui était pas comme pour d'autres prestations imposée, l'option d'une offre forfaitaire illimitée, en proposant un abonnement à un tarif plus élevé que celui proposé par la société requérante, tout en retenant un prix unitaire de communication à la minute égal à zéro ; que la société ORANGE FRANCE n'est par suite pas fondée à soutenir que l'offre de la société SFR était irrégulière ; qu'il est par ailleurs constant que la société SFR a renseigné l'intégralité des rubriques de l'annexe financière à l'acte d'engagement du marché ainsi que le cadre de réponse financier qui permettait la simulation financière du marché sur la base de laquelle s'est faite, conformément au règlement de la consultation, l'analyse des offres au regard du critère du prix ; qu'il s'ensuit que la société requérante n'est pas davantage fondée à soutenir que la comparaison n'était pas possible entre les deux offres concurrentes, ni que l'offre de la société SFR doit s'analyser comme étant une variante, qui serait irrégulière au regard tant de l'article 50 du code des marchés publics, en ce qu'elle n'a pas été présentée en complément d'une offre de base, que du règlement de la consultation qui exclut la possibilité de présenter des variantes ;

Considérant, enfin, qu'il ressort des pièces du dossier et notamment de l'extrait du rapport d'analyse des offres produit par le ministre de l'intérieur que ce dernier s'est fondé sur les trois seuls critères susmentionnés indiqués dans le règlement de la consultation pour procéder à cette analyse et décider d'attribuer le marché à la société SFR ; que le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur

aurait fait application d'un nouveau critère fondé sur le caractère innovant des offres proposées manque en fait ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête de la société ORANGE FRANCE doit être rejetée ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales, et de l'immigration qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que la société ORANGE FRANCE demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche de condamner à ce titre la société requérante à verser à la société SFR la somme de 8 000 euros ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société ORANGE FRANCE est rejetée.

Article 2 : La société ORANGE FRANCE versera à la société SFR la somme de 8 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société ORANGE FRANCE, au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales, et de l'immigration et à la société SFR.

Fait à Paris, le 13 septembre 2011.

Le juge des référés,

A. MENDRAS

Le greffier,

I. GUTIERREZ

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie 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 décision.