

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 1402499/3-5

Société ORANGE

F. Bataille
Juge des référés

Ordonnance du 20 mars 2014

39-08-015-01

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 19 février 2014 présentée pour la société Orange dont le siège social est 78, rue Olivier de Serres à Paris (75015), par Me Hasday ;

La société demande au juge des référés :

1°) en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'enjoindre au Premier ministre – direction des services administratifs et financiers - :

- de reprendre la consultation du marché ayant pour objet « la fourniture des réseaux de collecte IP et Ethernet en métropole (hors Ethernet en Ile-de-France) du Réseau Interministériel de l'Etat (RIE) pour les sites des directions suivantes des ministères financiers : - la direction générale des finances publiques (DGFIP) ; - le service de l'environnement professionnel (SEP) du secrétariat général ; - l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) » au stade de l'analyse des offres, en intégrant dans le Détail quantitatif estimatif (DQE) des offres remises à la direction par les titulaires du lot n°1 du marché, les prix du Bordereau des prix unitaires (BPU) de l'Unité d'œuvre de type 4 relatifs aux raccordements des Points d'Interconnexion Backbone (PIB) au « backbone », sur une base comparable entre les candidats quant aux nombres, débit (1 Gbps et 10 Gbps), qualité de service et architecture proposés par les candidats ;

- de lui communiquer, en cours d'instance, les motifs exacts et circonstanciés du rejet de son offre, les motifs qui ont conduit au choix de l'offre de la société SFR, les notes détaillées attribuées aux deux soumissionnaires au regard des critères et sous-critères utilisés, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre de la société SFR et le montant du marché litigieux ;

- de lui communiquer, en cours d'instance, le rapport d'analyse des offres, dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale ;

2°) en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 8 000 euros ;

La société expose que :

- par un avis d'appel public à la concurrence publié le 30 novembre 2012 au Journal officiel de l'Union européenne et le 1^{er} décembre 2012 au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, l'Etat, Premier ministre – direction des services administratifs et financiers - , a lancé un appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un accord-cadre, d'une durée de 4 ans reconductible une fois, ayant pour objet « la fourniture des réseaux de collecte IP et Ethernet en métropole (hors Ethernet en Ile-de-France) du Réseau Interministériel de l'Etat (RIE) concernant l'ensemble des ministères et comportant deux lots multi-attributaires : le lot n° 1 relatif à des prestations de connectivité standard, hors service de confidentialité renforcée, composées des unités d'œuvre 1 à 6 décrites dans le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) et le lot n° 2 relatif à des prestations de connectivité assorties d'un service de confidentialité renforcée, composées des unités d'œuvre 7 à 12 décrites dans ce cahier ;
- les offres déposées par les sociétés Orange et SFR pour le lot n° 1 ont été analysées, par application de l'article 12 du règlement de la consultation en fonction des critères suivants : critère de la valeur technique, pondéré à 55%, comprenant trois sous-critères : compréhension des besoins (40%), déploiement des services (20%) et gestion opérationnelle des services (40%) et critère du prix de la prestation et de la note économique, pondéré à 45% et apprécié sur la base du bordereau des prix joint à l'acte d'engagement ;
- les deux lots ont été attribués à la société France Telecom, devenue Orange, et à la société SFR par notification du 23 mai 2013, avec avis d'attribution publié le 3 octobre 2013 au Bulletin officiel des annonces de marchés publics et le 4 octobre 2013 au Journal officiel de l'Union européenne ;
- sur le fondement de cet accord-cadre et du cahier des caractéristiques et modalités d'exécution (CCME), la direction a lancé un premier marché concernant le lot n° 1 par l'envoi d'une lettre d'invitation et d'un dossier particulier de consultation aux deux titulaires concernant les sites du Premier ministre, du ministre de l'intérieur, du ministre de l'agriculture, agroalimentaire et forêt, du ministre du travail, emploi, formation professionnelle et dialogue social, du ministre des affaires sociales et santé, du ministre de l'écologie, développement durable et énergie, du ministre de l'égalité des territoires et logement, du ministre de la culture et communication, qui a été attribué à la société Orange pour une durée de quatre ans reconductible une fois selon les mêmes critères et sous-critères également pondérés, l'offre de la société Orange ayant été choisie notamment au vu des prix proposés dans le DQE et notamment les prix des raccordements des PIB ;
- concernant le marché litigieux, l'offre était appréciée selon les mêmes critères et sous-critères également pondérés ; toutefois le DQE ne contenait aucune ligne concernant les prix d'installation des raccordements des PIB alors que ces raccordements, comme pour le premier marché subséquent sont indispensables à l'exécution même des prestations ; la société Orange a donc demandé en cours de consultation à la direction si des lignes spécifiques avaient été oubliées dans le DQE ; la direction a répondu qu'il s'agissait d'une omission volontaire et qu'elle se réservait la possibilité de commander en cours d'exécution les accès de raccordement des PIB au « backbone » à partir des prix proposés au BPU relatif à l'unité d'œuvre de type 4 ; la société Orange a reçu par courrier électronique du 10 février 2014 notification du rejet de son offre et de son classement en seconde position avec note globale de 86,4/100 derrière SFR qui a obtenu la note de 86,8/ 100 et les notes respectives en prix de 44,3/45 contre SFR 45/45 et technique de 42,1 contre 41,8 ; la société Orange a alors demandé par courrier électronique du 14 février 2014 et LRAR à la direction les motifs exacts et circonstanciés du rejet de son offre, les motifs qui ont conduit au choix de l'offre de la société SFR, les notes détaillées attribuées aux deux soumissionnaires au regard des critères et sous-critères utilisés, les caractéristiques et les

avantages relatifs de l'offre de la société SFR et le montant du marché litigieux en application des articles 80 et 83 du code des marchés publics ; cette demande est restée sans suite ;

La procédure de passation du marché litigieux est selon elle entachée de manquements, qui l'ont lésée, aux obligations de publicité et de mise en concurrence :

1°) méconnaissance de l'article 80 I 1° du code des marchés publics :

Ces dispositions imposent la communication aux candidats évincés du classement de leur offre, de leurs notes, du nom de l'attributaire et des notes obtenues par ce dernier. L'article 83 impose une réponse à toute demande écrite en ce sens, réponse qui doit comporter les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ;

En l'espèce, la direction lui a notifié électroniquement le 10 février 2014, ses propres notes par critère, sa note globale, son classement, le nom de l'attributaire et les notes de la société SFR mais ne lui a pas notifié ses notes et celles de l'attributaire par sous-critère ; le courrier précité du 14 février 2014 a donc été envoyé à la direction ; faute de réponse, la société Orange, du fait de l'utilité de ces renseignements pour la défense de ses intérêts, demande donc en cours d'instance ces renseignements ainsi que le rapport d'analyse des offres, dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale ;

2°) méconnaissance des articles 53 et 76 du code des marchés publics dans l'application du critère de prix et de l'efficacité de la commande publique protégée par l'article 1^{er} de ce code :

Ces dispositions imposent qu'un pouvoir adjudicateur est tenu d'attribuer chacun des marchés subséquents d'un accord-cadre à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses sur la base des critères non discriminatoires fixés par l'accord-cadre sans pouvoir apporter de modifications substantielles aux termes fixés dans celui-ci, en particulier aux modalités d'attribution ;

En l'espèce, le marché a pour objet d'étendre le réseau interministériel de l'Etat (RIE) à la direction générale des finances publiques (DGFIP), au service de l'environnement professionnel (SEP) du secrétariat général et à l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) ; le cœur de ce réseau est un « backbone », ou « épine dorsale » de réseau de longue distance à plus haut débit, devant mailler les grandes villes de France métropolitaine en Fibre optique noire (FON) qui suppose des Points d'interconnexion Backbone (PIB) qui ont pour fonction d'interconnecter l'ensemble des sites ministériels et les réseaux externes et sont situés dans les « datacenters » ministériels ; les PIB sont reliés entre eux par des tronçons de fibres ; ces raccordements spécifiques permettent de relier le « backbone » de l'Etat à la collecte de l'opérateur ; les réseaux IP régionaux passent obligatoirement par le « backbone » RIE pour communiquer avec une autre région ; au total les raccordements spécifiques au RIE sont donc fondamentaux ; l'installation des PIB, des points de raccordement aux PIB et des raccordements des PIB entre dans le champ de l'Unité d'œuvre de type 4 (UO4) ;

L'absence de ligne spécifique concernant les raccordements de PIB dans le DQE, contrairement au 1^{er} marché subséquent du lot n° 1, implique que les offres financières ont été comparées au vu d'un DQE qui ne prend pas en compte le coût estimatif d'une prestation inhérente au marché, que la direction se réserve la possibilité de commander en cours d'exécution ; le prix facial du DQE ne correspond donc pas à la valeur économique réelle qui sera payée au travers du BPU ; par suite la direction ne s'est pas mise en situation de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse : la note de prix des deux sociétés diffère de seulement 0,7 points et la note globale de 0,4 points ; la société Orange, dont rien n'exclut que les prix de raccordements sont inférieurs à ceux de la société SFR, a donc été lésée par un manquement entachant la détermination et l'application du critère du prix ;

Vu le mémoire, enregistré le 12 mars 2014, présenté pour l'Etat – Premier ministre direction des services administratifs et financiers – par Me Job, qui conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

1°) à titre principal, la société Orange ne peut invoquer de manquements dès lors que son offre était irrégulière au sens de l'article 35 du code des marchés publics du fait de renseignements erronés, ne se déduisant pas du BPU, présentés de façon fallacieuse et en méconnaissance du règlement de la consultation, fournis par la société concernant l'option « qualité de service » ; l'Etat demande en conséquence que soit substitué ce motif à celui retenu pour rejeter l'offre de la société Orange en vertu de l'article 53 III du même code ;

En effet l'option « qualité de service » à remplir tant dans le BPU que dans le DQE est impérative pour 208 sites prioritaires figurant au DQE dès lors qu'elle permet de garantir à certains flux majeurs une priorité sur d'autres flux (flux de téléphonie et visioconférence même quand les accès sont saturés). La société SFR fait reposer son offre sur un forfait activable par site tandis que la société Orange fonde la sienne sur un coût variable calculé par nombre de canaux dont le site a besoin, le montant par canal étant lui-même dépendant d'un paramètre complémentaire qui rend délicate l'explicitation du montant associé à l'option de qualité dès lors qu'elle dépend du nombre de canaux et de la technologie utilisée ;

La société Orange n'a intégré dans le DQE aucun élément de qualité de service, l'option qualité de service étant valorisée à 0 euros lorsqu'elle était présentée comme facturable selon le BPU, n'a pas précisé la valorisation associée pour chacun des périmètres en indiquant le coût des accès en intégrant les options indiquées, a de ce fait biaisé le prix global estimatif au bas de son DQE d'au moins plusieurs centaines de milliers d'euros ;

Des contradictions opposent ainsi le BPU (prix unitaires variables) et le DQE (prix nul).

Le pouvoir adjudicateur a du recourir à des paramètres et données ne pouvant pas se déduire du BPU alors que le règlement de consultation posait le principe que les prix indiqués pour chaque liaison ne doivent pas être conditionnés, sont forfaitaires pour chaque site mentionné au DQE et doivent pouvoir se déduire du bordereau de prix unitaires ;

Il ne peut être exclu que la production de données erronées par la société Orange ait eu pour objectif de tromper le pouvoir adjudicateur ;

Certes le pouvoir adjudicateur a reconstitué le prix de l'option qualité de service de la société Orange mais cette méthode n'est pas exempte de critiques et repose sur la reconstitution de prix de la société Orange ne résultant pas exclusivement des données du dossier de cette société ;

2°) A titre subsidiaire, les manquements invoqués sont infondés :

L'article 80 I 1° du code des marchés publics n'impose pas la notification des notes par sous-critère : CE 18 décembre 2012 Métropole Nice Côte d'Azur req n° 363342

Il n'entre pas dans l'office du juge des référés d'ordonner la communication du rapport d'analyse des offres CE 6 mars 2009 Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon req. N° 321217

Le manquement tiré de la méconnaissance de l'article 53 du code des marchés publics n'est pas fondé : la circonstance que les prix de raccordement des PIB n'aient pas été visés par le DQE résulte directement des exigences d'efficacité de la commande publique ;

En effet la société Orange a été construite et est aujourd'hui exploitée par le groupement Orange/Obiane au titre d'un précédent marché et Orange, en tant que titulaire du premier marché

subséquent de l'accord-cadre, dispose déjà des liens vers les PIB qui ont été déployés dans le cadre de ce 1^{er} marché ; dès lors dans le cadre du 2nd marché, seule SFR est contrainte de créer les raccordements aux PIB ; au surplus, des fibres optiques doivent être utilisées pour les liens vers les PIB ainsi que des routeurs portant les fonctions actives du lien, la fibre n'en constituant que le support physique passif et Orange qui opère déjà le routeur du « backbone » sur le PIB n'a pas besoin de déployer, à la différence de SFR, un nouvel équipement ; donc au total si le pouvoir adjudicateur avait intégré les prix liés au raccordement des PIB dans le DQE, l'offre d'Orange aurait été avantagée ; le pouvoir adjudicateur a donc remédié à cette distorsion de concurrence en ne visant pas les prix de raccordement de PIB dans le DQE ;

La prise en compte de cette distorsion de concurrence est cohérente avec l'esprit de l'accord-cadre qui suppose d'en compléter les termes lors de la passation des marchés subséquents et l'ensemble des principes du II de l'article 1^{er} du code des marchés publics a été respecté par la neutralisation de l'avantage d'Orange précité, ce que la société n'avait pas initialement contesté, en outre cette neutralisation est cohérente avec la jurisprudence, comme par exemple par analogie avec la neutralisation des avantages d'une personne publique soumissionnaire à un marché ;

Enfin à le supposer établi, le manquement ne peut entraîner le juge à accueillir les conclusions d'Orange en raison de l'intérêt public conformément au I de l'article L. 551-2 du code des marchés publics, car l'avantage dont dispose la société Orange l'amènerait à remporter tous les marchés subséquents au détriment d'une pleine concurrence ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 mars 2014, présenté pour la société SFR par Me Letellier et tendant au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Orange de la somme de 6 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société soutient que :

- à la suite du 1^{er} marché subséquent, la direction a entendu, afin d'éviter toute distorsion de concurrence, préserver la logique de l'accord-cadre et la mise en concurrence effective des opérateurs en n'intégrant pas au DQE les raccordements des PIB, ce dont les candidats étaient d'ailleurs informés ;

- l'ensemble des moyens est inopérant du fait de l'irrégularité de l'offre de la société Orange conformément à ce qui est soutenu par la direction qui est en droit de mander à cet égard une substitution de motifs ;

- s'agissant du moyen tiré de la méconnaissance de l'article 80 I 1° du code des marchés publics :

La demande de communication du rapport d'analyse des offres est irrecevable car elle ne relève pas de l'office du juge des référés ;

Au demeurant le moyen et les demandes de communication sont inopérants, de telles communications n'étant pas utiles à la solution du litige ;

Le moyen est enfin mal fondé s'agissant de la communication des notes relatives aux sous-critères ;

- s'agissant de la méconnaissance des articles 53 et 76 du code des marchés publics :

Le moyen est inopérant faute de lésion : la société Orange n'a pas été empêchée de formuler de manière parfaitement éclairée son offre ; les candidats se sont trouvés sur un pied d'égalité ; la société Orange n'a pas contesté les conditions de mise en concurrence ;

Le moyen repose sur un postulat erroné selon lequel le pouvoir adjudicateur doit s'en tenir à une analyse purement mathématique excluant toute marge d'appréciation quant aux éléments à intégrer ou non dans le DQE qui peut pourtant ne pas être similaire au 1^{er} marché subséquent ; Au contraire la méthode choisie par la direction est la seule permettant d'établir une véritable concurrence sans distorsion comme l'a analysé la direction et de respecter l'accord-cadre ;

Vu le mémoire, enregistré le 14 mars 2014, présenté pour la société Orange tendant aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ; la société demande en outre l'annulation de la décision d'attribution du marché et la décision de rejet de son offre ;

Elle soutient en outre que :

- son offre était régulière :

D'une part un défaut d'information ne peut entraîner l'irrégularité de l'offre que si elle empêche d'apprécier la valeur de l'offre ;

D'autre part l'irrégularité faute de mention de prix de certaines prestations ou matériels ne peut être retenue si elle résulte d'une imprécision des documents de la consultation ;

Or en l'espèce, l'information n'est pas substantielle : elle a pour objet de fluidifier l'acheminement de flux voix et « visio » pour 6% du nombre total de sites : le nombre de canaux peut être commandé en fonction du nombre maximum souhaité de communications simultanées et la société Orange peut moduler la compression de la voix. L'offre de la société SFR à travers une prestation forfaitaire est moins modulaire et riche que sa propre offre ;

En premier lieu la direction n'a pas demandé que soient incluses les options de qualité de service (voix et vidéo) dans le DQE à comparer avec le BPU mais seulement les options de sécurisation ;

En deuxième lieu aucune des pièces du marché ne précisait les éléments d'usage permettant d'estimer le nombre des canaux nécessaire pour l'acheminement des flux voix et visio alors qu'une colonne spécifique était prévue à cet effet dans le DQE, sauf concernant l'INSEE ;

En troisième lieu les colonnes d'option profil qualité de service n'ont pas été reprises dans le DQE contrairement à la sécurisation ;

En quatrième lieu, son offre ne comporte pas d'éléments contradictoires entre le DQE et le BPU : en effet la valorisation des options ne peut se faire qu'à travers des éléments quantitatifs d'usage qui n'ont pas été fournis par la direction ;

En cinquième lieu le règlement de la consultation du 2^{ème} marché, à la différence du 1^{er}, mentionnait pour chaque site du DQE que les prix incluent les options et prestations requises (et non les prix forfaitaires pour chaque site). En tout état de cause les prix se déduisaient du BPU ;

En sixième lieu la mention « sans objet » dans le DQE ne procède pas d'une volonté de tromperie dès lors qu'il ne signifie pas un prix associé au canal nul mais incalculable en l'état ;

En septième lieu l'absence de question posée est de bonne foi faute d'absence de colonne dans le DQE ;

En huitième lieu, le fait de ne pas indiquer de colonnes « surcoût mensuel profil qualité de service » est une preuve que la société Orange ne pouvait de bonne foi compléter le DQE ;

- à la supposer irrégulière, cette irrégularité procède d'un manquement du pouvoir adjudicateur ;

En tout état de cause un candidat dont l'offre serait irrégulière est susceptible d'être lésé par les manquements invoqués si cette irrégularité est le résultat du manquement dénoncé : les moyens ne sont donc pas inopérants ;

La direction ne peut opposer à la société Orange l'alternative de confirmer les faits qu'elle invoque ou de risquer de voir des éléments chiffrés de son BPU et de son DQE produits à l'instance. La communication doit être réservée au juge ;

Le moyen tiré de la méconnaissance des articles 53 et 76 du code des marchés publics est bien opérant et fondé :

Son offre prévoit de mettre en place 12 raccordements PIB pour le marché n°2 et non de se servir des liaisons du marché n° 1 : l'offre est donc dénaturée. Il n'y a pas de prime au sortant dès lors qu'il s'agit de deux marchés différents ;

La société Orange ne se trouverait pas avantagée : les raccordements du marché n° 1 ne sont pas suffisants pour l'exécution du marché n° 2 ; les précédents raccordements ne sont pas réutilisables. C'est d'ailleurs ce que prévoit le CCTP ;

Le coût des raccordements au x PIB de SFR est plus élevé en raison de l'installation nécessaire d'un équipement supplémentaire (un routeur à la différence de la société Orange). Cette technique ne provient pas du fait de que la société opère déjà avec un routeur du « backbone » sur le PIB : il n'y a donc pas de distorsion de la concurrence ;

Enfin aucun intérêt public ne s'oppose aux demandes formulées dès lors que le contrat n'est pas en cours d'exécution. En réalité il s'agit d'une volonté d'évincer la société Orange ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Bataille, vice-président de section, pour statuer sur les demandes de référés ;

Les parties ayant été convoquées à l'audience publique le 14 mars 2014 à 10h ;

Après avoir présenté son rapport et entendu les observations de :

- Me Hasday pour la société Orange;
- Me Job pour le Premier ministre ;
- Me Letellier pour la société SFR ;

Après avoir, à l'issue de l'audience publique, à 14h, fixé la clôture de l'instruction ;

1. Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un avis d'appel public à la concurrence publié le 30 novembre 2012 au Journal officiel de l'Union européenne et le 1^{er} décembre 2012 au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, l'Etat, Premier ministre – direction des services administratifs et financiers (ci-après « la direction ») -, a lancé un appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un accord-cadre, d'une durée de 4 ans reconductible une fois, ayant pour objet « la fourniture des réseaux de collecte IP et Ethernet en métropole (hors Ethernet en Ile-de-France) du Réseau Interministériel de l'Etat (RIE) concernant l'ensemble des ministères et comportant deux lots multi-attributaires : le lot n° 1 relatif à des prestations de connectivité standard, hors service de confidentialité renforcée, composées des unités d'œuvre 1 à 6 décrites dans le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) et le lot n° 2 relatif à des prestations de connectivité assorties d'un service de confidentialité renforcée, composées des unités d'œuvre 7 à 12 décrites dans ce cahier ; que les deux lots ont été attribués à la société France Telecom, devenue Orange, et à la société SFR par notification du 23 mai 2013, avec avis d'attribution publié le 3 octobre 2013 au Bulletin officiel des annonces de marchés publics et le 4 octobre 2013 au Journal officiel de l'Union européenne ; que sur le fondement de cet accord-cadre et du cahier des caractéristiques et modalités d'exécution (CCME), la direction a attribué à

la société Orange le 7 août 2013 un premier marché dans le cadre du lot n° 1 et concernant les sites du Premier ministre et de sept autres ministères (soit 5 000 sites environ pour un montant estimé de 105,6 M euros HT) pour une durée de quatre ans reconductible une fois ; que la direction a lancé la procédure d'attribution d'un second marché ayant pour objet « la fourniture des réseaux de collecte IP et Ethernet en métropole (hors Ethernet en Ile-de-France) du Réseau Interministériel de l'Etat (RIE) pour les sites des directions suivantes des ministères financiers : - la direction générale des finances publiques (DGFIP) ; - le service de l'environnement professionnel (SEP) du secrétariat général ; - l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) » (soit 3 500 sites environ pour un montant estimé de 24, 5 M euros HT) ; que ce second marché a été attribué à la société SFR après analyse des offres sur le fondement de critères et sous-critères identiques à celui du premier marché, à savoir un critère de la valeur technique, pondéré à 55%, comprenant trois sous-critères et un critère du prix pondéré à 45% ; que le classement en seconde position de la société Orange est issu de sa note globale de 86,4/100 (SFR 86,8/100) avec des notes respectives en critère technique de 42,1 (SFR 41,8) et en critère prix de 44,3 (SFR 45) ;

2. Considérant que la société Orange demande au juge des référés en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la décision d'attribution du marché à la société SFR et la décision de rejet de son offre et de reprendre la consultation du marché au stade de l'analyse des offres ; que la société Orange soutient que la procédure de passation du marché litigieux est entachée des manquements suivants, qui l'ont lésée, aux obligations de mise en concurrence : d'une part méconnaissance de l'article 80, I 1° du code des marchés publics en ce que la direction ne lui a pas notifié, malgré sa demande, ses notes et celles de l'attributaire par sous-critère, d'autre part méconnaissance des articles 53 et 76 du code des marchés publics et des principes posés par l'article 1^{er} de ce code en ce que le critère du prix a été appliqué en ne tenant pas compte des prix des raccordements aux « Points d'Interconnexion Backbone » (PIB), contrairement à l'analyse des offres du premier marché ; qu'en défense, le Premier ministre et la société SFR font valoir à titre principal que l'ensemble de ces moyens est inopérant du fait de l'irrégularité de l'offre de la société Orange, à titre subsidiaire qu'ils ne sont pas fondés ;

3. 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'en vertu de ces dispositions, 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 ; que toutefois, dans le cas où le pouvoir adjudicateur se prévaut à bon droit du fait que l'offre de l'entreprise requérante était irrégulière et aurait dû en conséquence être écartée, les moyens invoqués par cette entreprise sont inopérants faute de ce que cette entreprise ait pu en tout état de cause être lésée ou susceptible de l'être par les manquements qu'elle invoque ;

Sur la régularité de l'offre de la société Orange et le caractère opérant des moyens soulevés par la société Orange :

4. Considérant que la direction et la société SFR soutiennent à titre principal que la société Orange ne peut invoquer de manquements dès lors que son offre était irrégulière au sens de l'article 35 du code des marchés publics du fait de renseignements erronés et demande en conséquence que soit substitué ce motif à celui retenu pour rejeter l'offre de la société Orange en vertu de l'article 53 III du même code ; que la direction fait valoir que l'option « qualité de service » à remplir tant dans le Bordereau des prix unitaires (BPU) que dans le Détail quantitatif estimatif (DQE) est impérative et que la société Orange a fondé son offre sur un coût variable calculé par nombre de canaux dont le site a besoin, le montant par canal étant lui-même dépendant d'un paramètre complémentaire qui rend délicate l'explicitation du montant associé à l'option de qualité dès lors qu'elle dépend du nombre de canaux et de la technologie utilisée et que dans ces conditions l'offre était irrégulière ;

5. Considérant toutefois que la société Orange fait valoir que le règlement de la consultation du marché litigieux ne mentionnait pas que les prix devaient être forfaitaires mais que les prix devaient inclure les options et prestations requises et que la mention « sans objet » apposée par elle dans le DQE concernant la « qualité de service » ne signifiait pas un prix associé au canal nul mais incalculable en l'état ; qu'en outre la direction reconnaît qu'elle a accepté de reconstituer le prix concernant la « qualité de service » de la société Orange pour ne pas écarter l'offre d'Orange ; que si cette dernière circonstance n'est pas de nature à faire obstacle en elle-même à la demande de substitution de motif sollicitée, il n'en demeure pas moins que, dans l'ensemble de ces circonstances, l'offre de la société Orange ne peut être regardée comme ayant été irrégulière ; que, par suite, les moyens soulevés par la société Orange sont opérants ;

Sur le bien-fondé des moyens soulevés par la société Orange :

6. Considérant en premier lieu que la société Orange soutient que si la direction lui a notifié, le 10 février 2014, ses propres notes par critère, sa note globale, son classement, le nom de l'attributaire et les notes de la société SFR, elle n'en a pas moins méconnu l'article 80, I 1° du code des marchés publics en ce qu'elle ne lui a pas notifié, malgré sa demande par courrier du 14 février 2014, ses notes et celles de l'attributaire par sous-critère, ce qui nuit à ses intérêts compte-tenu de la faible différence des notes respectivement obtenues et rappelées au point 1 du présent jugement ; que, toutefois, l'information quant aux notes obtenues par sous-critère ne fait pas partie des prescriptions de l'article 80, I 1° du code des marchés publics non plus que de celles prévues par l'article 83 du même code au titre des caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue ; que, par suite, ce moyen doit être écarté ;

7. Considérant en second lieu que la société Orange soutient que la direction a méconnu les articles 53 et 76 du code des marchés publics et les principes posés par l'article 1^{er} de ce code en ce que le critère du prix a été appliqué en ne tenant pas compte des prix des raccordements aux « Points d'Interconnexion Backbone » (PIB), contrairement à l'analyse des offres du premier marché et pourtant indispensables, ce qui d'une part a provoqué une distorsion de concurrence par discordance entre le Détail estimatif quantitatif (DQE) et le Bordereau des prix unitaires (BPU), d'autre part n'a pas permis au pouvoir adjudicateur, qui n'avait proposé aucune variante en ce sens, d'évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse, enfin a présumé de l'offre de la société Orange qui n'avait pas entendu utiliser les 12 raccordements aux PIB mis en place pour les connexions lors du premier marché ; qu'au total, la société Orange soutient ainsi que, rien ne permettant d'exclure *a priori* que ses prix de raccordements sont inférieurs à ceux de la

société SFR, elle a donc été lésée par un manquement entachant la détermination et l'application du critère du prix ; qu'elle précise que cette situation est formellement révélée par le fait que le DQE ne comporte aucune ligne spécifique à remplir par le candidat concernant les raccordements aux PIB, contrairement au premier marché subséquent du lot n° 1, ce qui implique que les offres financières ont été comparées au vu d'un DQE qui ne prend pas en compte le coût estimatif d'une prestation qui est inhérente au marché et que la direction se réserve ainsi irrégulièrement la possibilité de commander en cours d'exécution ;

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché a pour objet d'étendre le réseau interministériel de l'Etat (RIE), qui est un réseau de longue distance à plus haut débit, à la direction générale des finances publiques (DGFIP), au service de l'environnement professionnel (SEP) du secrétariat général et à l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) ; que le cœur de ce réseau est un « backbone », ou « épine dorsale » de réseau, qui doit mailler les grandes villes de France métropolitaine et qui suppose des Points d'interconnexion Backbone (PIB) qui ont pour fonction d'interconnecter l'ensemble des sites ministériels et les réseaux externes ; que les raccordements spécifiques aux PIB permettent de relier le « backbone » de l'Etat à la collecte de l'opérateur ; que l'installation des PIB, des points de raccordement aux PIB et des raccordements des PIB entre dans le champ de l'Unité d'œuvre de type 4 (UO4) ;

9. Considérant qu'en défense, la direction fait valoir que le manquement tiré de la méconnaissance de l'article 53 du code des marchés publics n'est pas fondé dès lors que la circonstance que les prix de raccordement aux PIB n'aient pas été visés par le DQE résulte directement des exigences d'efficacité de la commande publique ; qu'en effet le « backbone » a été construit et est aujourd'hui exploité par le groupement Orange/Obiane au titre d'un précédent marché et la société Orange, en tant que titulaire du premier marché subséquent de l'accord-cadre, dispose déjà des liens vers les PIB qui ont été déployés dans le cadre de ce premier marché ; que la direction explique que, dès lors, dans le cadre du second marché, seule SFR était contrainte de créer les raccordements aux PIB et qu'au surplus, des fibres optiques doivent être utilisées pour les liens vers les PIB ainsi que des routeurs portant les fonctions actives du lien, la fibre n'en constituant que le support physique passif et qu'Orange qui opère déjà le routeur du « backbone » sur le PIB n'a pas besoin de déployer, à la différence de SFR, un nouvel équipement ; que la direction soutient donc au total que si le pouvoir adjudicateur avait intégré les prix liés au raccordement des PIB dans le DQE, l'offre d'Orange aurait été avantagée dès lors qu'Orange pouvait mutualiser les 12 raccordements utilisés dans le cadre du premier marché, les flux des premier marché et second marché pouvant être assurés par ces 12 raccordements suffisants à eux seuls alors que SFR devait installer, du fait de ne pas avoir remporté le premier marché, les raccordements nécessaires au second marché en cause ; que la direction conclut que le pouvoir adjudicateur a donc remédié à cette distorsion de concurrence en ne visant pas les prix de raccordement de PIB dans le DQE, en cohérence avec l'esprit de l'accord-cadre qui suppose d'en compléter les termes lors de la passation des marchés subséquents et l'ensemble des principes de l'article 1^{er} du code des marchés publics ; que la direction reconnaît que ce remède à une distorsion de concurrence n'est pas une pratique fréquente mais doit être admis de façon pragmatique ;

10. Considérant qu'il résulte objectivement de ces circonstances que l'inclusion ou non des prix de raccordement aux PIB pour l'évaluation des offres concernant un des marchés subséquents dépend de la chronologie de la soumission des marchés subséquents et non de la seule nécessité technique propre à ce marché dès lors que tout ou partie des points de raccordement aux PIB prévu lors de l'attribution du précédent marché peut être utilisé lors du marché suivant ; qu'en l'espèce, cet aspect, surprenant en principe, est pondéré en fait par la

circonstance que le premier marché conclu est de forte ampleur et a nécessité la mise en place de 12 points de raccordement aux PIB pouvant servir aux flux concernés par le second marché ; qu'il apparaît ainsi que si le second marché avait inclus le prix des raccordements aux PIB, la société Orange, à la différence de la société SFR, aurait pu proposer une offre avec un prix nul concernant les raccordements aux PIB dès lors que ceux-ci étaient déjà en place au titre du premier marché ou aurait du proposer un prix pour des raccordements qui n'auraient pas, pour les mêmes raisons, à être commandés effectivement ; qu'au surplus rien n'indique, contrairement à ce que soutient la société Orange, que le mécanisme correcteur ainsi mis en place par la direction avait pour effet, voire objet, de l'évincer, dès lors que les offres pouvaient être analysées et comparées sur les matériels et prestations hors raccordements et que rien ne laissait présumer que la société Orange ne pouvait l'emporter et faire l'offre la plus économiquement avantageuse dans le cadre de ce périmètre ainsi restreint ; que, par suite, le moyen doit être écarté ;

11. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède et sans qu'il soit besoin en tout état de cause d'ordonner la communication au juge du rapport d'analyse des offres, que, faute de manquement aux règles de publicité et de concurrence, les conclusions de la société Orange citées au point 2 du présent jugement doivent être rejetées ;

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

12. Considérant que, l'Etat n'étant pas partie perdante, les conclusions de la société Orange présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées ; qu'il en va de même dans les circonstances de l'espèce de celles présentées au même titre à l'encontre de la société Orange par l'Etat et la société SFR ;

ORDONNE :

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

Article 2 : Les conclusions présentées par l'Etat et la société SFR au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à l'encontre de la société Orange sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Orange, au Premier ministre – direction des services administratifs et financiers - et à la société SFR.

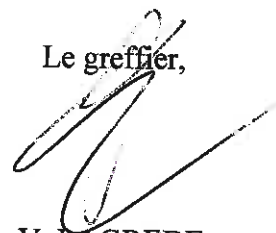
Fait à Paris, le 20 mars 2014.

Le juge des référés,



F. BATAILLE

Le greffier,



V. LAGREDE

La République mande et ordonne au Premier ministre, 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.