

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS

N° 1121007/3-3

Société Orange France

M. Bataille
Rapporteur

Mme Barrois de Sarigny
Rapporteur public

Audience du 13 novembre 2012
Lecture du 27 novembre 2012

39-02-005

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris

(3ème Section - 3ème Chambre)

Vu la requête, enregistrée le 25 novembre 2011, présentée pour la société Orange France, dont le siège est situé 1 avenue Nelson Mandela à Arcueil Cedex (94745), par Me Hasday ; la société Orange France demande au tribunal :

1°) d'annuler l'accord-cadre mono-attributaire ayant pour objet la « fourniture de solutions de communications mobiles » et des services y associés signé par le ministère de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration le 20 septembre 2011 avec la société SFR ;

2°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de la justice administrative ;

La société Orange France soutient que l'accord-cadre a été conclu en méconnaissance du principe d'égalité des candidats et comporte plusieurs irrégularités au regard des obligations de publicité et de mise en concurrence :

Vu le mémoire en défense, enregistré le 2 avril 2012, présenté par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration ; le ministre demande au tribunal :

1°) de rejeter la requête de la société Orange France ;

2°) à titre subsidiaire, de faire usage des pouvoirs conférés par la jurisprudence Tropic, en modulant les effets d'une éventuelle annulation pour irrégularité de procédure, afin de tenir compte de l'impératif de continuité des services de l'Etat et des conséquences particulièrement graves de l'annulation d'un tel contrat ;

.....

Vu le mémoire en intervention, enregistré le 6 avril 2012, présenté pour la société SFR ; la société SFR demande au tribunal :

1°) de rejeter la requête de la société Orange France ;

2°) de mettre à la charge de la société Orange France, à verser à la société SFR, la somme de 15 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 15 juin 2012, présenté pour la société Orange France tendant aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ; elle demande elle demande en outre que soit enjoint au ministre de l'intérieur de communiquer au tribunal, et à lui seul, l'annexe financière à l'acte d'engagement de SFR dans son intégralité ;

.....

Vu le mémoire enregistré le 22 octobre 2012, présenté pour la société SFR qui persiste dans ses conclusions de rejet par les mêmes motifs et porte sa demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à la somme de 20 000 euros ;

.....

Vu l'avis de réception de la demande ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 13 novembre 2012 :

- le rapport de M. Bataille, rapporteur ;
- les conclusions de Mme Barrois de Sarigny, rapporteur public ;
- et les observations de Me Hasday, pour la société Orange France, de Me Letellier, pour la société SFR et de M. Laronche pour le ministre de l'intérieur ;

Connaissance prise des notes en délibéré, enregistrées respectivement les 14 novembre 2012, 16 novembre 2012 et 16 novembre 2012, produites par le ministre de l'intérieur, pour la société Orange France et pour la société SFR ;

1. Considérant que le ministre chargé de l'intérieur, coordonnateur d'un groupement de commande regroupant plusieurs services et établissements publics de l'Etat bénéficiaires en application de l'article 8 du code des marchés publics, a par un avis d'appel à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne le 7 mai 2011 et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics le 10 mai 2011, lancé une consultation pour la

passation, selon la procédure de l'appel d'offres ouvert en application des articles 33 et 57 à 59 du code des marchés publics, d'un accord-cadre mono-attributaire, dénommé « Opache 3 », intitulé « fourniture de solutions de communications mobiles pour le compte des services relevant des bénéficiaires » et ayant pour objet de « définir les conditions administratives, financières et techniques dans lesquelles seront acquises, dans le cadre de marchés subséquents, des prestations portant sur la fourniture de services de communications mobiles voix et données, de terminaux, d'accessoires et de services associés, pour le compte du groupement de commande... » ; que la durée prévue de l'accord-cadre par cet avis de marché est de 48 mois, soit une durée ferme de trois ans, reconductible une fois pour une durée d'un an et l'estimation de la valeur totale des acquisitions pour l'ensemble de la durée de l'accord-cadre de 60 000 000 (soixante millions) euros ;

2. Considérant que la société Orange France a été informée du rejet de son offre par un courrier du 11 août 2011 et que l'accord-cadre a été signé par le ministre chargé de l'intérieur le 20 septembre 2011 avec la société SFR ; que, par la présente requête, la société Orange France demande au tribunal d'annuler cet accord-cadre en invoquant la faculté offerte à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif de former un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ;

Sur les irrégularités alléguées :

3. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ;

En ce qui concerne le moyen tiré du caractère anormalement bas de l'offre de SFR :

4. Considérant que la société Orange France, qui a effectué une offre à 45 000 000 (45 millions) euros et a obtenu une note de 358/600 au critère prix pondéré à 60 %, quand la société SFR a obtenu la note maximale de 600 points, en déduit, sans être contredite, en application de la formule de calcul de points, que l'offre de la société SFR a été effectuée pour un prix de 27 000 000 (27 millions) euros ;

5. Considérant que la société Orange France fait valoir que le pouvoir adjudicateur était tenu de rejeter l'offre de la société SFR, qui présentait un caractère anormalement bas, et ne pouvait se contenter, sans plus ample vérification du fait que l'offre de SFR n'était pas de nature à compromettre la bonne exécution du marché, des réponses succinctes fournies par cette société à la demande d'observations formée le 4 août 2011 par le pouvoir adjudicateur en application de l'article 55 du code des marchés publics qui prévoit que : « *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...* » ;

6. Considérant que la circonstance alléguée par la société Orange France selon laquelle le pouvoir adjudicateur a failli à son obligation de contrôle prévu par l'article 55 du code des marchés publics en se contentant, sans plus ample vérification économique et financière, des précisions en réponse de la société SFR, selon lesquelles le bas montant de son offre s'explique par le caractère innovant de celle-ci, fondée sur « un modèle de facturation tourné vers l'illimité » permettant « une prédictibilité budgétaire aisée et... une gestion financière facilitée » ainsi que « une prise en compte de l'évolution actuelle des usages » et une « optimisation des coûts », ne peut constituer en soi un moyen mais seulement un argument à l'appui du moyen, opérant, soulevé par la société requérante et tiré du caractère anormalement bas de l'offre de la société SFR ;

7. Considérant qu'il est constant que la différence des montants des offres SFR et Orange France (27 et 45 millions d'euros) et la différence des montants de l'offre SFR et de la prévision du prix par le pouvoir adjudicateur (60 millions d'euros), si elles ont conduit le pouvoir adjudicateur à demander le 4 août 2011, avec délai de réponse fixé au 5 août 2011 à midi, des précisions à la société SFR en vertu de l'article 55 du code des marchés publics en mentionnant que « Le montant tel qu'issu de la simulation financière remplie par vos soins est très largement inférieur à ceux qui peuvent être constatés chez les autres candidats à la consultation », constituent des présomptions simples et ne peuvent, à elles seules, permettre de conclure au caractère anormalement bas de l'offre de la société SFR ;

8. Considérant que la société Orange France fait valoir que ledit recours à un modèle tourné vers l'illimité (avec une facturation des communications voix à prix nul) ne coûte pas moins cher quant à la gestion de l'accord-cadre dès lors que celui-ci comporte des coûts incompressibles en matière d'aide, assistance et conseil quotidiens et de suivi constant, de prise de commande, de facturation compte tenu du nombre d'options, et de service après-vente et que, « au contraire, le caractère illimité de l'offre génère un risque additionnel important sur la viabilité de l'offre » ; qu'à l'inverse, le ministre de l'intérieur et la société SFR insistent sur le fait que l'offre en illimité conduit à une offre simple et facile à appréhender pour les gestionnaires de l'administration et à un modèle de facturation simplifié, ce qui permet à SFR d'économiser des ressources en support administratif ;

9. Considérant que, même compte tenu de l'importance des différences de prix proposés, et en raison des précisions apportées, il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur ne peut être regardé comme ayant commis une erreur manifeste d'appréciation quant à la possibilité d'une bonne exécution de l'accord-cadre, dont au demeurant l'exécution effective par marchés subséquents n'a donné lieu à ce jour à aucune anomalie significative ni passation d'avenants ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de faire droit à la demande effectuée par la société Orange France tendant à ce que soit communiquée au tribunal, et à lui seul en raison de la protection du secret professionnel, l'annexe financière remplie par la société SFR, le moyen soulevé par la société Orange France et tiré du caractère anormalement bas de l'offre de la société SFR doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de l'adjonction irrégulière d'un nouveau critère fondé sur l'innovation :

11. Considérant que le règlement de la consultation prévoit que l'accord-cadre sera 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, respectivement pondérés à hauteur de 35 %, 60 % et 5 % ;

12. Considérant que la société Orange France soutient que le critère du caractère innovant de l'offre, qui figure au nombre des critères pouvant être en principe fixés en vertu de l'article 53 du code des marchés publics, a été en l'espèce ajouté implicitement en cours d'examen des offres et sans avoir été porté à la connaissance des candidats ; que la société requérante, bien qu'ayant soutenu précédemment, comme il a été dit ci-dessus, que l'offre en illimité n'impliquait en aucune manière une compression des coûts, fait valoir à ce stade qu'elle a été ainsi empêchée de remettre une offre à prix plus compétitif ;

13. Considérant toutefois que si le ministre de l'intérieur reprend dans ses écritures les précisions de la société SFR en réponse à sa demande du 4 août 2011, et en conclut au caractère innovant de l'offre de la société SFR, une telle argumentation ne peut être regardée comme ayant pour effet de révéler l'adjonction, lors de l'examen des offres, d'un critère implicite et non révélé d'appréciation des offres ; que par suite, le moyen précité doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la violation de l'article 17 du code des marchés publics :

14. Considérant qu'en vertu de l'article 17 du code des marchés publics, les prix des prestations sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées ;

15. Considérant que l'article V.4.2.1. du cahier des clause administratives particulières (CCAP) prévoit un mode de règlement des prestations par application de prix unitaires ; que l'article V.4.2.3 du même cahier concernant la « facturation des communications voix » prévoit que « la facturation des communications voix est uniquement dite « au compteur » avec un coût unitaire à la minute et facturation dès la première seconde, sans coût de mise en relation ou autres coûts » ; que l'article V.4.2.2. de ce cahier, relatif au « contenu des factures », mentionne « les consommations téléphoniques (temps réel et temps facturé) » ; que l'annexe VI de simulation financière prévue par l'article V-2.2.2 du règlement de consultation et l'annexe financière à l'acte d'engagement, document contractuel selon le 1°) du I.1.4. du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), mentionnent, s'agissant des « tarifs France – services de communication voix (sous-prestation 1.1) Formule voix temps réel », un « abonnement Voix sans GFU (Groupe fermé d'Utilisateurs) » facturé par mois et par ligne et un « coût unitaire en euros HT » facturé par minute pour les « communications nationales Voix hors GFU » ;

16. Considérant que la société Orange France soutient que l'offre de la société SFR en prévoyant un prix unitaire de consommation par minute nul, soit égal à « zéro », pour les « tarifs France – services de communication voix (sous-prestation 1.1) Formule Voix temps réel » méconnaissait les stipulations susmentionnées ainsi que les principes de l'article 17 du code des marchés publics dès lors que cette rubrique n'était plus remplie de ce fait dans l'annexe financière que par un prix forfaitaire de l'abonnement ;

17. Considérant toutefois que les prix à fixer par les candidats comportaient, quelles que soient leurs réponses, un mixte concernant la sous-prestation en cause entre prix forfaitaire (l'abonnement) et prix unitaire (la consommation facturée par minute) ; qu'au surplus, comme le rappelle la société Orange France elle-même, d'autres types de prestations figuraient en illimité

telles que « abonnement GFU– formule appels internes illimités » au sein du « Forfait voix de type GFU », lequel comprend aussi une « formule appels internes à tarif préférentiel » avec abonnement par mois et par ligne et un coût à la minute ; qu'ainsi, compte tenu des spécifications de l'accord-cadre reposant sur des prix forfaitaires (abonnements mais aussi communications dans certains cas) et des prix unitaires (communications dans d'autres cas), l'offre de la société SFR ne peut être regardée comme portant mécaniquement atteinte, en violation de l'article 17 du code des marchés publics, à un accord-cadre prévoyant dans sa globalité partie des prestations à prix forfaitaire et partie à prix unitaire ; que, par suite, le moyen précité doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que l'offre de la société SFR introduit une variante prohibée :

18. Considérant qu'aux termes du I de l'article 50 du code des marchés publics : « ... *Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises...* » ; que le II.1 9) de l'avis de marché prévoit que : « *Des variantes seront prises en considération : non* » et que l'article I.3.7 du règlement de consultation prévoit que : « *Les variantes ne sont pas autorisées dans le cadre du présent accord-cadre* » ;

19. Considérant qu'il ressort des stipulations de l'article V.4.2.3 du CCAP, concernant la « facturation des communications voix », selon lesquelles « la facturation des communications voix est uniquement dite « au compteur » avec un coût unitaire à la minute et facturation dès la première seconde, sans coût de mise en relation ou autres coûts », de l'article V.4.2.2. de ce cahier, relatif au « contenu des factures », qui mentionne « les consommations téléphoniques (temps réel et temps facturé) » et de l'annexe VI de simulation financière prévue par l'article V -2.2.2 du règlement de consultation, mentionnant, s'agissant des « tarifs France – services de communication voix (sous-prestation 1.1) Formule voix temps réel », et notamment de l'expression « temps réel » employée par ces stipulations, que le coût unitaire par minute des services de communication voix (sous-prestation 1.1) ne pouvait être nul (zéro) selon les spécifications de l'accord-cadre ; qu'en effet cette proposition implique une facturation liée au seul abonnement sans prise en compte de la durée réelle, c'est-à-dire effective et variable, des communications ;

20. Considérant dès lors que si le préambule de l'annexe financière prévoit que : « *Dans le cas où le prix est nul, il convient de le renseigner expressément par la valeur zéro « 0 »* » ; cette mention ne peut être interprétée comme s'appliquant à la sous-prestation 1.1 comportant la mention « temps réel » qui s'y oppose clairement ;

21. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Orange France est fondée à soutenir que l'offre de la société SFR comporte une modification substantielle de spécifications de l'accord-cadre, soit une variante au sens de l'article 50 du code des marchés publics, laquelle était prohibée par cet accord-cadre ;

Sur les effets de l'irrégularité sur la validité de l'accord-cadre :

22. Considérant que, saisi d'un recours de pleine juridiction contestant la validité d'un contrat par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité dudit contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la

résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

23. Considérant que la durée prévue de l'accord-cadre est de 48 mois, soit une durée ferme de trois ans, reconductible une fois pour une durée d'un an ; que l'accord-cadre a été signé le 20 septembre 2011 ; qu'à la date du présent jugement, le 27 novembre 2012, soit durant 14 mois, la bonne exécution de cet accord-cadre n'a été aucunement compromise ; qu'à cette même date, l'exécution de la tranche ferme trouve son terme dans 22 mois ; que, par ailleurs, si la validité de l'accord-cadre en cause est entachée d'une irrégularité du fait de l'acceptation d'une variante prohibée présente dans l'offre de la société SFR, la gravité de cette irrégularité doit être pondérée par la circonstance, selon partie des dires mêmes de la société requérante, en cela entachés de contradiction interne, que cette variante n'a eu aucun effet, voire le contraire, dans le sens d'une éventuelle compression des coûts lors de l'offre de la société SFR ;

24. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a seulement lieu, eu égard à l'objet du marché et sous peine d'atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits de la société SFR, de réformer l'accord-cadre litigieux en décidant qu'il ne pourra faire l'objet d'une reconduction d'un an à l'expiration de la tranche ferme d'exécution de trois ans ;

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

25. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner l'Etat à payer à la société Orange France une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'en revanche, les conclusions présentées au même titre par la société SFR à l'encontre de la société Orange France doivent être rejetées ;

DECIDE :

Article 1er : L'accord-cadre ayant pour objet la fourniture de solutions de communications mobiles et des services y associés signé par le ministre de l'intérieur avec la société SFR le 20 septembre 2011 est réformé en ce sens qu'il ne pourra faire l'objet d'une reconduction d'un an à l'expiration de la tranche ferme d'exécution de trois ans.

Article 2 : L'Etat versera la somme de 5 000 euros à la société Orange France en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au même titre par la société SFR à l'encontre de la société Orange France sont rejetées.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la société Orange France, au ministre de l'intérieur et à la société SFR.

Délibéré après l'audience du 13 novembre 2012, à laquelle siégeaient :

M. Bataille, président,
M. Baffray, premier conseiller,
M. de Souza Dias, conseiller,

Lu en audience publique le 27 novembre 2012

Le président rapporteur,



F. BATAILLE

L'assesseur le plus ancien,



J.-F. BAFFRAY

Le greffier,



I. BEDR

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur en ce qui les concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.