

## Références

### CAA de NANCY

#### N° 17NC03031

Inédit au recueil Lebon

**4ème chambre - formation à 3**

M. KOLBERT, président  
M. Alexis MICHEL, rapporteur  
M. LOUIS, rapporteur public  
ADVEN AVOCATS, avocat

#### lecture du mardi 9 avril 2019

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

## Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société HDR Communications a demandé au tribunal administratif de Strasbourg :

- 1°) de surseoir à statuer dans l'attente de la transmission du dossier pénal ;
- 2°) d'annuler ou, subsidiairement, de résilier le marché conclu le 20 janvier 2015 entre la région Lorraine et la société Production ;
- 3°) de condamner la région Grand Est, venant aux droits de la région Lorraine, à lui verser une somme de 2 020 000 euros hors taxes en réparation de son manque à gagner, avec intérêts au taux légal à compter de sa réclamation préalable du 16 mars 2017 ;
- 4°) subsidiairement, de condamner la région Grand Est à lui verser une somme de 18 984 euros en réparation des frais engagés pour présenter son offre, avec intérêts au taux légal à compter de sa réclamation préalable du 16 mars 2017.

Par un jugement n° 1502374 du 18 octobre 2017, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête et des mémoires enregistrés le 15 décembre 2017, le 12 novembre 2018, le 18 décembre 2018, le 7 janvier 2019 et le 8 mars 2019, la société HDR Communications, représentée par Me B..., demande à la cour :

- 1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 18 octobre 2017 ;
- 2°) d'annuler le marché conclu le 20 janvier 2015 entre la région Lorraine et la société Production, subsidiairement d'en prononcer la résolution ;
- 3°) de condamner la région Grand Est à lui verser une somme de 2 020 000 euros hors taxes en réparation de son manque à gagner, avec intérêts aux taux légal à compter de sa réclamation préalable du 16 mars 2017 et la capitalisation des intérêts ;
- 4°) subsidiairement, de condamner la région Grand Est à lui verser une somme de 18 984 euros en réparation des frais engagés pour présenter son offre, avec intérêts aux taux légal à compter de sa réclamation préalable du 16 mars 2017 et la capitalisation des intérêts ;
- 5°) de mettre à la charge de la région Grand Est le versement d'une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative au titre des frais exposés en première instance, et une

somme de 5 000 euros sur le fondement des mêmes dispositions au titre des frais exposés en appel.

Elle soutient que :

- la décision de la commission d'appel d'offres du 16 décembre 2014 est insuffisamment motivée ;
- cette commission n'a pas procédé à un examen des offres, se bornant à entériner, sans le discuter, le rapport d'analyse des offres établi par la directrice du pôle communication, en méconnaissance de l'article 59 du code des marchés publics ;
- l'analyse et la notation des offres sur le critère de la valeur technique, pondéré à 80 %, ont été manifestement faussées par le pouvoir adjudicateur ;
- s'agissant du premier sous-critère de la valeur technique, la différence de notation de son offre par rapport à celle de la société Production ne saurait s'expliquer par le contenu de ses propositions, qui répondaient aux exigences du cahier des clauses particulières du marché ;
- à cet égard, les commentaires négatifs relatifs à son offre ne correspondent pas à la réalité ;
- ses réponses n'ont pas été valorisées et notamment en ce qui concerne le " suivi des journalistes reporter image ", les " outils collaboratifs ", les " plannings numériques " et les " vidéos " ;
- les premiers juges n'ont pas répondu à ce moyen ;
- alors que le cahier des clauses particulières du marché exigeait qu'un pourcentage du prix forfaitaire relatif à la gestion du site " mylorraine.fr " soit consacré à la réalisation de prestations de communication, sans être inférieur à 2 % du marché par an, ni dépasser 6 %, l'offre de la société Production a été valorisée alors même qu'elle avait prévu d'y affecter seulement 2,5 % de son budget tandis que l'offre de la société HDR Communications proposait 5 % ;
- les courriels circonstanciés des services de la région et notamment de la responsable de la cellule " marchés publics ", chargée de vérifier la concordance de l'analyse et de la notation des offres, ont critiqué le rapport d'analyse des offres comme ne reflétant pas la réalité et cherchant à avantager indûment la société Production, candidate sortante ;
- le pouvoir adjudicateur a ainsi commis une erreur manifeste d'appréciation pour ce sous-critère en attribuant la meilleure note de 50 points à l'offre de la société Production tandis que son offre a seulement obtenu 37,50 points ;
- s'agissant du second sous-critère de la valeur technique, elle a présenté une équipe plus fournie que celle de la société Production et axée sur l'équipe éditoriale conformément aux indications de l'article 3 du règlement de la consultation ;
- elle a présenté ses équipes avec le curriculum-vitae et a même ajouté ceux des personnes " freelance " ;
- la région ne peut reprocher à son offre le fait que les compétences attendues semblent extérieures à la société, ce qui serait un critère d'appréciation illégal des offres, la sous-traitance étant autorisée ;
- par ailleurs, ce critère n'a pas été annoncé dans le règlement de la consultation, ni prévu par les documents de la consultation ;
- la société Production a elle-même proposé un réseau de personnels " freelance " ;
- le recours à des personnes " freelance " n'est dès lors pas susceptible de justifier un écart de dix points entre son offre et celle de la société Production ;
- les plus-values de son offre n'ont pas été prises en compte ;
- la méthode de notation des offres concernant le critère de la valeur technique conduit à ne pas attribuer la meilleure note à l'offre la plus avantageuse et à priver de portée le critère de la valeur technique ou sa pondération ;
- il ressort du dossier pénal que les preuves sont concordantes pour établir que les appréciations et les notes ont été modifiées pour faire ressortir la société Production comme attributaire du marché, ce qui est de nature à caractériser un manquement au principe d'égalité entre les candidats ;
- la région s'est constituée partie civile dans la procédure pénale et ne produit aucun élément contradictoire aux pièces qu'elle verse à l'instance ;
- les manquements du pouvoir adjudicateur ont lésé ses intérêts ;
- ils concernent des vices d'ordre public, contraires aux principes fondamentaux de la commande publique et notamment à l'égalité de traitement entre les candidats, et qui ont concrètement faussé l'analyse des offres en cherchant à octroyer un avantage injustifié à son concurrent, la société Production ;
- elle a été illégalement privée de l'obtention du marché et a perdu une chance sérieuse d'obtenir le marché ;
- elle est ainsi fondée à être indemnisée de la perte de son bénéfice net ;
- elle justifie de ce manque à gagner pour une marge nette de 52,8 % ainsi qu'en atteste son expert comptable ;
- les indicateurs de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) dont se prévaut la région portent sur des activités manifestement incomparables ;
- ces indicateurs pour des activités comparables sont situés entre 46 % et 64 %, qui sont cohérents avec le taux vérifié par son expert comptable ;
- son manque à gagner doit être calculé sur une durée de quatre ans, soit la durée totale du marché, dès lors que, sans l'instruction pénale, la région n'aurait pas mis fin au marché et que l'accord-cadre que la région a passé en même temps que le contrat en litige continue de s'exécuter et porte sur des prestations complémentaires et indissociables ;
- la période d'indemnisation de son manque à gagner sera au minimum de deux années, période correspondant à l'exécution du marché en litige par la société Production ;
- par avis d'information du 5 février 2019 du juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Metz, l'ancienne directrice du pôle communication ainsi que l'ancien directeur général des services de la région ont été mis en examen du chef d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics pour des faits commis du 7 juin 2014 au 20 janvier 2015 prévus par l'article 432-14 du code pénal et réprimés par les articles 432-14 et 432-17 du même code et l'ancien président de la région Lorraine a été placé en qualité de témoin assisté.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 8 octobre 2018, 3 décembre 2018 et 7 janvier 2019, la région Grand Est, venant aux droits de la région Lorraine et représentée par Me A...de l'AARPI Schmitt Avocats, demande à la cour :

1°) de rejeter la requête ;

2°) subsidiairement, de limiter sa condamnation à une somme de 145 578 euros ;

3°) de mettre à la charge de la société HDR Communications le versement d'une somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'existence d'une information judiciaire ne saurait être interprétée comme de nature à démontrer que les faits qui en ont justifié l'ouverture sont avérés ;
- les faits relatifs à la procédure pénale ne peuvent avoir une valeur probante dans le présent litige dès lors que leur prise en compte par le juge administratif reviendrait à faire fi des suites de la procédure pénale en cours et porterait, de surcroît, une atteinte manifeste au principe de la présomption d'innocence ;
- ainsi, la demande avant-dire-droit de la société HDR Communications doit être rejetée ;
- le jugement rendu par le tribunal administratif concernant un agent de la région dans le cadre d'un litige relatif au non-renouvellement de son contrat à durée déterminée ne peut être pris en compte ;
- il n'appartient pas à la juridiction administrative de se prononcer sur l'existence ou non d'un délit pénal ;
- les courriels échangés au sein du service de la région dans le cadre de l'analyse des offres ne font que refléter des divergences d'analyse et d'appréciation et ne peuvent en aucun cas être interprétés comme établissant la volonté du pouvoir adjudicateur d'avantager un candidat ;
- ces courriels ne permettent pas de démontrer que la région aurait commis une erreur manifeste dans l'appréciation des mérites des offres des candidats et leur notation ;
- le tribunal n'était pas tenu de faire droit à la demande de la société HDR Communications tendant à ce que, dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction, il sollicite du parquet près le tribunal de grande instance de Metz la communication des pièces de l'information judiciaire en cours ;
- le tribunal n'était pas davantage tenu de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge pénal ;
- la procédure de passation du marché en litige n'a pas méconnu les dispositions de l'article 59 du code des marchés publics qui n'imposent pas à la commission d'appel d'offres d'effectuer elle-même l'analyse des offres remises ;
- cette commission s'est prononcée au vu de la présentation du rapport d'analyse des offres, ainsi qu'il ressort des mentions de son procès-verbal ;
- les moyens tendant à remettre en cause l'appréciation portée par la commission sur la valeur des offres sont inopérants dès lors que le juge administratif ne peut substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur et ne peut, par suite, se prononcer sur les mérites respectifs des offres ;
- la société requérante n'établit pas une erreur manifeste dans l'appréciation des offres au regard du critère de la valeur technique ;
- s'agissant du premier sous-critère, la notation est cohérente avec les offres remises et les exigences détaillées du cahier des clauses particulières du marché ;
- si les offres des sociétés Prodaction et HDR Communications étaient équivalentes sur certains points, l'offre de la société Prodaction était plus satisfaisante sur d'autres aspects, ainsi que la région l'a exposé en première instance ;
- s'agissant du second sous-critère, la région a eu de réelles difficultés à déterminer le nombre précis de personnes faisant partie de l'équipe exclusivement dédiée à " mylorraine.fr ", l'examen comparatif des personnes au siège de la société et celles figurant dans l'équipe dédiée à la région située à Metz faisant apparaître que certaines personnes ont été comptabilisées à deux reprises ;
- tous les curriculum vitae des membres de l'équipe dédiée n'ont pas été joints à l'offre de la société HDR Communications en méconnaissance du règlement de la consultation ;
- l'offre de cette société ne comportait pas le degré de précision requis concernant les " formations, les qualifications, et l'expérience, ainsi que la fonction occupée " des treize membres de l'équipe dédiée à l'exécution du marché ;
- alors que l'article 3 du règlement de la consultation accordait une importance particulière à la présentation de l'équipe éditoriale dédiée au marché, garantissant le respect de la ligne éditoriale de " mylorraine.fr ", il est apparu que dans l'offre de la société HDR communications, les compétences prioritairement demandées et attendues relatives au traitement de l'information étaient prises en charge non par l'équipe dédiée mais par des personnes extérieures à la société, cette équipe dédiée étant davantage spécialisée dans les métiers du web et de traitement de l'image que dans le volet éditorial ;
- tel était notamment le cas du rédacteur en chef proposé dans cette offre qui était une personne extérieure à la société, intervenant sous le statut de " freelance ", ce qui impliquait nécessairement qu'il puisse intervenir pour d'autres entités que la région ;
- la méthode de notation des offres est régulière ;
- les appréciations émises par le responsable du secteur image et le responsable du secteur administratif et financier du pôle communication de la région ne reflètent que leur impression personnelle et ne sont pas étayées par des éléments de nature à les justifier ;
- leurs courriels ne sauraient être regardés comme probants dès lors qu'ils étaient déjà informés, lors de la procédure de passation du marché, du non-renouvellement de leurs propres contrats ;
- les éléments recueillis, à cet égard, dans le cadre de l'instruction pénale ne peuvent être considérés comme

établis dès lors que c'est l'objet même de la procédure pénale d'établir la véracité des faits allégués ;

- les éléments produits par la société requérante ne permettent pas d'établir une méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre les candidats ni une erreur manifeste d'appréciation dans l'analyse des offres ;
- les éléments des procès-verbaux produits par la société requérante présentent une vision partielle et tronquée du dossier pénal, toutes les pièces probantes n'ayant pas été produites, en particulier les pièces qui remettent en cause certaines déclarations telles l'audition de la directrice du pôle communication devant le juge d'instruction confirmant que l'offre de la société Production était la meilleure ;
- l'article 114-1 du code de procédure pénale interdit de diffuser à un tiers les pièces remises en application de l'article 114 du même code ;
- son conseil dans la présente procédure n'est pas le même que celui qui intervient dans le cadre de l'information judiciaire en cours et il ne peut donc communiquer les pièces du dossier pénal ;
- subsidiairement, la demande de la société HDR Communications tendant au prononcé de la résiliation du marché est sans objet, le contrat ayant été entièrement exécuté ;
- la société requérante ne démontre pas l'existence d'un vice d'une particulière gravité affectant la validité du contrat ;
- elle n'établit pas son manque à gagner lequel, en tout état de cause, ne pourrait concerner qu'une année d'exécution ;
- l'accord-cadre, outil de communication politique pour la région, destiné à refléter les orientations de la collectivité sur les politiques qu'elle entend mettre en oeuvre, est un marché indépendant de celui en litige ;
- les secteurs d'activité de l'INSEE dont se prévaut la société requérante sont étrangers au contrat en litige ;
- très subsidiairement, le manque à gagner de la société HDR Communications ne saurait excéder une somme de 145 578 euros.

La requête a été communiquée à la société Production, qui n'a pas présenté de mémoire en défense.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de procédure pénale ;
- le code pénal ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Michel, premier conseiller,
- les conclusions de M. Louis, rapporteur public,
- et les observations de Me B... pour la société HDR Communications ainsi que celles de Me A...pour la région Grand Est.

Une note en délibéré, enregistrée le 3 avril 2019, a été présentée pour la société HDR Communications.

Considérant ce qui suit :

1. Au mois d'octobre 2014, la région Lorraine a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution, pour une durée d'un an renouvelable trois fois, d'un marché public de services ayant pour objet " l'accompagnement et la réalisation d'outils Internet " pour des prestations relatives, d'une part, à la gestion, l'évolution des contenus, l'hébergement et la maintenance du site participatif du conseil régional " mylorraine.fr " et, d'autre part, à l'hébergement, la gestion technique et la maintenance de la plate-forme " lorrainemedia.eu. ". Le montant total du marché, prévu à prix forfaitaire, a été estimé à 4 400 000 euros hors taxes pour sa durée maximale de quatre ans, soit 1 100 000 euros hors taxes par an. Par une ordonnance du 16 janvier 2015, le juge des référés précontractuels a rejeté la demande d'annulation de cette procédure présentée par la société HDR Communications et le marché a été signé, le 20 janvier 2015, avec la société Production, titulaire sortant. Par un jugement du 18 octobre 2017, dont la société HDR Communications fait appel, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté ses demandes en contestation de la validité du marché conclu entre la région Lorraine, aux droits de laquelle est venue la région Grand Est, et la société Production, et tendant à l'indemnisation du préjudice qu'elle estime avoir subi à raison de son éviction de ce marché.

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours de conclusions indemnitaires ainsi que d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat. 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.

3. Saisi par un tiers, dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

4. Il appartient au juge administratif dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis, à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi et notamment de requérir des parties ainsi que, le cas échéant, de tiers, en particulier des administrations compétentes, la communication des documents qui lui permettent de vérifier les allégations des requérants et d'établir sa conviction. Il lui incombe, dans la mise en oeuvre de ses pouvoirs d'instruction, de veiller au respect des droits des parties, d'assurer l'égalité des armes entre elles et de garantir, selon les modalités propres à chacun d'entre eux, les secrets protégés par la loi.

5. Pour se prononcer sur les moyens de la requête tirés, par la société appelante, de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre les candidats, résultant selon elle d'une volonté caractérisée de la personne publique de favoriser un candidat et d'affecter ainsi gravement la légalité du choix du titulaire du marché, le juge doit être en mesure de statuer en pleine connaissance de cause sur la matérialité des faits allégués à l'appui de tels moyens.

6. Or, il résulte de l'instruction et en particulier des éléments produits par la société requérante, qu'à la suite de la plainte qu'elle a déposée dès le 3 octobre 2016, une information judiciaire a été ouverte le 16 octobre 2016 par le parquet de Metz du chef d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics pour des faits relatifs notamment aux conditions dans lesquelles le marché en litige a été attribué à la société Production. Par avis d'information du 5 février 2019 du juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Metz, l'ancienne directrice du pôle communication ainsi que l'ancien directeur des services de la région Lorraine ont été mis en examen du chef d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics pour des faits commis du 7 juin 2014 au 20 janvier 2015 prévus par l'article 432-14 du code pénal et réprimés par les articles 432-14 et 432-17 du même code et l'ancien président de la région Lorraine a été placé en qualité de témoin assisté. Il n'est pas contesté, par ailleurs, que la région Grand Est s'est également constituée partie civile dans le cadre de cette procédure.

7. La cour ne trouvant pas au dossier l'ensemble des éléments permettant de vérifier avec certitude la matérialité des faits avancés par les parties et de se prononcer ainsi sur la validité du marché en litige, il y a lieu d'ordonner avant-dire-droit à la société HDR Communications et à la région Grand Est de communiquer à la cour tous les éléments ou pièces susceptibles d'être versés au dossier dans le respect des exigences liés au secret garanti par la loi, et notamment le secret de l'instruction, et permettant d'établir matériellement que l'attribution de ce marché procéderait d'agissements traduisant une volonté délibérée de favoriser le candidat retenu, en méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre les candidats.

D E C I D E :

Article 1er : Avant-dire-droit sur la requête n° 17NC03031 présentée par la société HDR Communications, tous droits et moyens des parties demeurant...

Article 2 : Le présent arrêt sera notifié à la société HDR Communications, à la région Grand Est et à la Société Production.

Copie en sera adressée au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Metz.

## **Analyse**

**Abstrats** : 39-02 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés.