

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON**

N° 2002464

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE OMEGA +

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Philippe Harang
Vice-président
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 5 octobre 2020

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 16 septembre 2020, et un mémoire enregistré le 1^{er} octobre 2020, la société par actions simplifiée OMEGA +, représentée par Me Serrano-Bentchich, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures, de :

1°) ordonner, avant dire droit, à la Ville de Toulon la communication du projet de contrat transmis par la Société ALG à l'appui de son offre initiale et ses annexes, et le projet de contrat remis par la Société ALG à l'appui de son offre après les négociations et ses annexes, ainsi que le contrat signé conclu entre la Société ALG et la Ville de Toulon et ses annexes, occultés, le cas échéant, des données couvertes par le secret des affaires ;

2°) ordonner, avant dire droit, la communication de la cession du contrat à la Société Zenith Omega Toulon et ses annexes, occultés, le cas échéant, des données couvertes par le secret des affaires ;

3°) ordonner, avant dire droit, à la Ville de Toulon de communiquer uniquement au tribunal, de manière confidentielle, le dossier de candidature déposé par la Société arts et loisirs gestion et le rapport d'analyse des candidatures non-occulté des données couvertes par le secret des affaires ;

4°) ordonner, avant dire droit, à la Ville de Toulon de communiquer uniquement au tribunal, de manière confidentielle, les rapports d'analyse des offres, établis avant et après les négociations, contenant les données non-occultées de la Société OMEGA + et ALG ;

5°) suspendre l'exécution du contrat conclu entre la Ville de Toulon et la Société Arts et Loisirs Gestion le 20 août 2020 portant sur l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live à Toulon ;

6°) suspendre l'exécution du contrat de cession relatif au contrat attaqué conclu entre les Sociétés Arts et Loisirs Gestion, Zenith Omega Toulon et la Ville de Toulon ;

7°) mettre à la charge de la Ville de Toulon une somme de 4.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

Elle soutient que :

- la condition tenant à l'urgence est remplie dès lors que son éviction irrégulière la prive de la seule activité qu'elle exerçait, et donc de son unique source de chiffre d'affaires. En d'autres termes, le contrat attaqué représente 100 % de son chiffre d'affaires ;

- la Ville de Toulon a gravement manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en : attribuant le contrat à la Société ARTS ET LOISIRS GESTION (qui ne dispose manifestement pas des capacités et de l'aptitude pour exécuter les prestations objet du contrat ; adoptant des critères de sélection des offres irréguliers ; adoptant une méthode de notation irrégulière ; s'abstenant d'indiquer aux candidats les exigences minimales lors de la négociation ; attribuant le contrat à la Société ALG alors que son offre était manifestement irrégulière puisque contraire à la réglementation fiscale en vigueur. Ces manquements sont d'une gravité telle qu'ils ne pourront aboutir qu'à l'annulation du contrat entaché d'invalidité, ou en tout état de cause, à sa résiliation. Ces manquements, et les moyens y afférents, créent donc « en l'état de l'instruction, un doute sérieux » quant à la validité du contrat attaqué.

- la Société ALG ne disposait pas, et ne dispose toujours pas des capacités financières, techniques et professionnelles pour assurer une bonne exécution du contrat

- la Ville de Toulon a méconnu les dispositions de l'article L.3123-19 du code de la commande publique en écartant pas la candidature irrecevable, et en tout état de cause, incomplète de la Société ALG ;

- Il appartient à la Ville de Toulon de démontrer la recevabilité de la candidature de la Société AGL et sa complétude, en produisant au tribunal de manière confidentielle, ainsi que le prévoit le code de justice administrative, l'ensemble des pièces constitutives du dossier de candidature de cette dernière, listées à l'article 4.1 du règlement de la consultation, ainsi que le rapport d'analyse des candidatures ;

- sauf à ce que la Ville de Toulon démontre la recevabilité et, en tout état de cause, la complétude de la candidature de la Société ALG, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L.3123-19 du code de la commande publique est fondé ;

- La Ville de Toulon a accordé un poids prépondérant de 11 points sur 20 à un critère manifestement irrégulier dès lors qu'il reposait sur l'établissement d'une programmation prévisionnelle des candidats, non-contraignante et invérifiable, pour les deux salles de spectacle du Zenith ;

- Dès lors que le compte d'exploitation prévisionnel été pris en compte par la Ville de Toulon pour noter les candidats, l'irrégularité de la procédure est avérée ;

- le critère 2 relatif aux « moyens mis en œuvre afin de valoriser auprès des usagers la programmation, ainsi que de manière plus générale promouvoir l'image de la Ville de Toulon » est non seulement imprécis mais sans lien avec l'objet du contrat ;

- Dès lors, au cas d'espèce, que les critères 1 et 3 sont, sans aucun doute possible et de manière évidente, irréguliers, la méthode de notation de ces deux critères, et la méthode de notation d'ensemble, actées et mises en œuvre par la Ville de Toulon sont irrégulières, entachées d'une erreur de droit et méconnaissent le principe d'égalité de traitement des candidats ;

- La Ville de Toulon a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en omettant de préciser les conditions et les exigences minimales relatives à la négociation dans son dossier de consultation.

- La Ville de Toulon aurait donc dû, dès le lancement de la consultation, dissocier la part de subvention soumise à la TVA, de celle n'entrant pas dans son champ d'application afin de permettre aux soumissionnaires de respecter la réglementation fiscale. Il en résulte que la Ville de Toulon ne pouvait pas sérieusement lui reprocher d'avoir rappelé les règles en la matière, et invoquer une prétendue irrégularité de son offre. De surcroît, si la Société ALG s'est conformée au projet de contrat et a exclu la subvention proposée du champ de la TVA. Son offre est manifestement irrégulière puisque contraire à la réglementation fiscale en vigueur

Par des mémoires en défense, enregistrés les 25 septembre et 1^{er} octobre 2020, la commune de Toulon représentée par Me Charrel, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 4 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761- 1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que la requête est irrecevable, que la condition tenant à l'urgence n'est pas remplie et que les moyens soulevés ne sont pas fondés ;

Par un mémoire, enregistré le 30 septembre 2020, la société à responsabilité limitée Arts et Loisirs Gestion (ALG), représentée par la SELARL Grimaldi-Molina et associés, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que la requête est irrecevable, que la condition tenant à l'urgence n'est pas remplie et que les moyens soulevés ne sont pas fondés ;

Vu :

- les autres pièces du dossier ;
- la requête enregistrée le 14 septembre 2020 sous le numéro 2002451 par laquelle la société requérante demandent l'annulation du contrat conclu entre la Ville de Toulon et la Société Arts et Loisirs Gestion le 20 août 2020 portant sur l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live à Toulon.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Harang, vice-président, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Foor, greffier d'audience, M. Harang a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Serrano-Bentchich et Me Bellon, représentants la SAS OMEGA + ;
- les observations de Me Charrel, représentant la commune de Toulon ;
- les observations de Me Schewing pour la SARL ALG.

Les parties ont été informées à l'audience tenue le 1^{er} octobre 2020, de ce que l'ordonnance du juge des référés est susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, tiré de l'absence de production du contrat attaqué.

L'instruction a été close à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS OMEGA + était attributaire d'une précédente délégation de service public d'exploitation de salles de spectacles au sein de la commune de Toulon. En octobre 2019, cette commune a lancé une consultation pour le renouvellement de cette délégation de service public dont la date limite de réception des offres était fixée au 31 octobre 2019. La société requérante a remis son offre le 31 octobre 2019. Par un courrier du 20 décembre 2019, la commune de Toulon a informé la SAS OMEGA + qu'elle était admise à participer aux négociations. Par une décision du 17 juillet 2020, le conseil municipal de la commune de Toulon a décidé d'attribuer le contrat relatif à l'exploitation des salles de spectacles Zénith Omega et Omega Live à la société ALG. Par un courrier du 23 juillet 2020, la SAS OMEGA + a demandé à la commune de Toulon la communication des motifs détaillés du rejet de son offre. Par une lettre du même jour, la commune a notifié à la société requérante le rejet de son offre. Par un courrier du 31 juillet 2020, la commune de Toulon a informé la société requérante des motifs du rejet de son offre. Le contrat liant la commune de Toulon à la société ALG a été signé le 20 août 2020.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

2. D'une part, aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. (...)* ». Aux termes de l'article L. 522-1 de ce code : « *Le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale. Lorsqu'il lui est demandé de prononcer les mesures visées aux articles L. 521-1 et L. 521-2, de les modifier ou d'y mettre fin, il informe sans délai les parties de la date et de l'heure de l'audience publique. (...)* ». Enfin aux termes du premier alinéa de l'article R. 522-1 dudit code : « *La requête visant au prononcé de mesures d'urgence doit (...) justifier de l'urgence de l'affaire.* ».

En ce qui concerne la recevabilité :

3. Il ressort des pièces du dossier que la société OMEGA+ a demandé, le 10 septembre 2020, à la commune de Toulon, de lui communiquer une copie du contrat signé le 20 août 2020 et qui fait l'objet de la présente requête. Il est constant que cette demande n'a pas été encore suivie d'effet. La société requérante doit dès lors être regardée comme satisfaisant à son obligation de production du contrat attaqué sans que l'on puisse lui opposer le fait que le délai imparti à la commune pour le lui communiquer ne soit pas encore expiré.

4. Il résulte de ce qui précède que la fin de non-recevoir reprise en défense lors de l'audience, après communication du moyen relevé d'office tiré de l'absence de production du contrat attaqué, doit être écartée.

En ce qui concerne la condition d'urgence :

5. L'urgence justifie que soit prononcée la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. En l'espèce, il ressort des pièces du

dossier que le chiffre d'affaires de la société OMEGA+, spécialement créée pour assurer la délégation de service public dont elle était déjà titulaire, est à 100% constitué par cette exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live, objet du présent renouvellement. Il est par ailleurs établi par ces mêmes pièces que sa pérennité est, à très court terme, menacée par la perte de ce contrat. Dans ces circonstances, la condition relative à l'urgence doit être regardée comme satisfaite.

En ce qui concerne la condition relative à l'existence d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de contrat attaqué :

6. L'article 5.2 du règlement de la consultation prévoyait que le troisième critère était relatif aux « conditions économiques et financières » proposées par chaque candidat. Il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que la commune a donné une part prépondérante, parmi les éléments d'appréciation des offres de ce sous-critère, à l'estimation du montant du chiffre d'affaire pendant toute la durée de la délégation.

7. Un tel critère, qui repose sur les seules déclarations des candidats, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude, n'est pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité délégante.

8. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que l'appréciation de la rentabilité de chaque offre était, partiellement, conditionnée par le régime fiscal applicable à la subvention que la commune était susceptible d'accorder au futur délégataire. L'imprécision des informations fournies par la commune sur ce point a contribué à fausser l'appréciation de ce même critère relatif aux « conditions économiques et financières » et à créer une rupture d'égalité entre les candidats. Ainsi, les moyens tirés, d'une part, de l'irrégularité du critère relatif aux « conditions économiques et financières » et d'autre part, de l'erreur d'appréciation des offres au regard de ce même critère, sont propres à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du contrat incriminé.

9. Il résulte de l'instruction, que la note de la société OMEGA+ sur ce critère n° 3 a été de 1,33 sur 4 alors que celle de la société attributaire était de 4 sur 4 et ce, alors que l'écart global, tous critères confondus, entre les deux sociétés n'est que de 2,2 points. Dans ces circonstances, le manquement commis par la commune de Toulon en tenant compte d'un critère irrégulier a été susceptible de léser la société OMEGA+.

10. Il résulte de ce qui précède que les conditions permettant de prononcer la suspension de l'exécution du contrat signé entre la Société ALG et la Ville de Toulon sont satisfaites. En revanche et même si cette suspension prive de base légale le contrat entre les Sociétés Arts et Loisirs Gestion, Zenith Omega Toulon et la Ville de Toulon, la société OMEGA+ n'est pas fondée à en demander la suspension dès lors qu'il ne constitue qu'une modalité d'exécution du premier contrat signé entre la Société ALG et la Ville de Toulon.

11. Enfin, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'intérêt général s'opposerait à la suspension du contrat signé entre la Société ALG et la Ville de Toulon dès lors que l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live est presque interrompue par la crise sanitaire actuelle et les contraintes qu'elle impose.

12. Ainsi, compte tenu des circonstances de l'espèce, il y a lieu de prononcer la suspension de l'exécution du contrat signé entre la Société ALG et la Ville de Toulon, jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur sa légalité.

Sur les conclusions aux fins d'injonction :

13. Compte tenu de la suspension prononcée, il n'y a pas lieu de donner suite aux demande de communication de documents présentées par la société OMEGA+.

Sur les frais d'instance :

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société OMEGA+, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme réclamée sur leur fondement par la société OMEGA+ et par la société ALG. Il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Toulon le versement à la société OMEGA+ d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'exécution du contrat conclu entre la Ville de Toulon et la Société Arts et Loisirs Gestion le 20 août 2020 portant sur l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live à Toulon, est suspendue.

Article 2 : La commune de Toulon versera la société OMEGA+ la somme de 3 000 (trois mille) euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions de la commune de Toulon et de la société ALG tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société par actions simplifiée Omega +, à la commune de Toulon et à la société à responsabilité limitée Arts et Loisir Gestion.

Fait à Toulon, le 5 octobre 2020.

Le Vice-président
Juge des référés,

Signé

Ph. Harang

La République mande et ordonne au préfet du Var en ce qui le concerne et à tous les huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,

Le greffier en chef,

Le greffier