

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON**

**2001913
2001999**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SAS OMEGA +

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Sylvie Wustefeld
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 7 août 2020

Vu la procédure suivante :

I. Par une requête et des mémoires, enregistrés les 22 et 27 juillet et 6 août 2020, la société par actions simplifiée (SAS) OMEGA +, représentée par Me Serrano-Bentchich, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'ordonner, avant dire droit, à la commune de Toulon de communiquer au tribunal le dossier de candidature déposé par la société Arts et Loisirs Gestion (ALG) et le rapport d'analyse des candidatures non-occulté des données couvertes par le secret des affaires ainsi que de communiquer à la SAS OMEGA + les rapports d'analyse des offres, établis avant et après les négociations contenant les données non-occultées de la SAS OMEGA + et les informations non-couvertes par le secret des affaires de la société ALG et la méthode de notation sur chacun des critères de sélection des offres fixés à l'article 5.1 du règlement de la consultation, et la méthode de notation globale des offres ;

2°) d'annuler la procédure de passation de la commune de Toulon relative à l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live ;

3°) d'annuler la décision en date du 23 juillet 2020 par laquelle la commune de Toulon a rejeté son offre dans le cadre de la consultation ayant pour objet l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live et la décision d'attribution du contrat à la société Arts et Loisirs Gestion ;

4°) de déclarer inconstitutionnels les articles R.3125-1 et R.3125-3 du code de la commande publique, tels qu'interprétés par le Conseil d'Etat dans sa décision n° 363342 « *Métropole Nice Côte d'Azur* » du 18 décembre 2012 ;

5°) de 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 commune de Toulon aurait dû rejeter l'offre de la société attributaire qui était manifestement incomplète et irrégulière comme irrecevable ;
- elle a adopté des critères de sélection des offres manifestement irréguliers, notamment le critère 1 « *moyens mis en œuvre pour proposer aux usagers une programmation de qualité* » qui repose sur l'établissement d'une programmation prévisionnelle des candidats et le critère 3 relatif aux « *conditions économiques et financières* » tenant au compte d'exploitation prévisionnel ;
- elle n'a pas porté avec suffisamment de précision et de manière exhaustive tous les critères de sélection des offres à la connaissance des candidats ;
- 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 ;
- la méthode de notation actée et mise en œuvre par la commune de Toulon est entachée d'une erreur de droit et contraire au principe d'égalité de traitement des candidats en ce qu'elle repose sur des critères de sélection irréguliers et en ce qu'elle comprend des sous-critères pondérés ;
- la commune de Toulon n'a pas précisé les conditions et caractéristiques minimales non négociables ;
- elle a méconnu les dispositions des articles R. 3125-1 et R 3125-3 du code de la commande publique en s'abstenant de communiquer les motifs du rejet de l'offre de la société requérante ;
- l'interprétation du Conseil d'Etat dans sa décision « *Métropole Nice Côte d'Azur* » des articles R.3125-1 et R.3125-3 du code de la commande publique est inconstitutionnel.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 3 et 4 août 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 l'offre de la société requérante était irrégulière et que les moyens soulevés ne sont pas fondés et ne permettent pas de remettre en cause la légalité de la procédure suivie.

Par un mémoire, enregistré le 3 août 2020, la société à responsabilité limitée (SARL) 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 les moyens soulevés sont infondés.

II. Par une requête et un mémoire, enregistrés les 28 juillet et 6 août 2020, la société par actions simplifiée (SAS) OMEGA +, représentée par la Me Serrano-Bentchich, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'ordonner, avant dire droit, à la commune de Toulon de communiquer au tribunal le dossier de candidature déposé par la société Arts et Loisirs Gestion (ALG) et le rapport d'analyse des candidatures non-occulté des données couvertes par le secret des affaires ainsi que de

communiquer à la SAS OMEGA + les rapports d'analyse des offres, établis avant et après les négociations contenant les données non-occultées de la SAS OMEGA + et les informations non-couvertes par le secret des affaires de la société ALG et la méthode de notation sur chacun des critères de sélection des offres fixés à l'article 5.1 du règlement de la consultation, et la méthode de notation globale des offres ;

2°) d'annuler la procédure de passation de la commune de Toulon relative à l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live ;

3°) d'annuler la décision en date du 23 juillet 2020 par laquelle la commune de Toulon a rejeté son offre dans le cadre de la consultation ayant pour objet l'exploitation des salles de spectacles Zenith Omega et Omega Live et la décision d'attribution du contrat à la société Arts et Loisirs Gestion ;

4°) de déclarer inconstitutionnels les articles R.3125-1 et R.3125-3 du code de la commande publique, tels qu'interprétés par le Conseil d'Etat dans sa décision n° 363342 « *Métropole Nice Côte d'Azur* » du 18 décembre 2012 ;

5°) de 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 les mêmes moyens que ceux développés dans l'instance n° 2001913.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 3 et 4 août 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 pour les mêmes motifs que ceux exposés sous le n° 2001913.

Par un mémoire, enregistré le 3 août 2020, la société à responsabilité limitée (SARL) 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 pour les mêmes motifs que ceux exposés sous le n° 2001913.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné Mme Sylvie Wustefeld pour statuer sur les demandes de référés en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Foor, greffière d'audience :

- le rapport de Mme Wustefeld, juge des référés ;

- les observations de Me Serrano-Bentchich et Me Bellon, représentants la SAS OMEGA +, qui concluent aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens qu'ils exposent oralement ;
- les observations de Me Charrel et Ms Le Houelleur et Danigo, représentants la commune de Toulon, qui ont confirmé leurs écritures ;
- les observations de Me Schewing pour la SARL ALG qui a confirmé ses écritures.

Les parties ont été informées à l'audience, le 4 août 2020, de ce que l'ordonnance du juge des référés est susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, tiré de ce que les conclusions tendant à l'annulation de la décision du 23 juillet 2020 rejetant l'offre de la SAS OMEGA + ainsi que de celle attribuant le contrat à la société Arts et Loisirs Gestion et à déclarer inconstitutionnels les articles R.3125-1 et R.3125-3 du code de la commande publique, tels qu'interprétés par le Conseil d'Etat dans sa décision n° 363342 « *Métropole Nice Côte d'Azur* » du 18 décembre 2012 sont irrecevables dès lors qu'il n'entre dans l'office du juge du référé précontractuel tel que défini à l'article L. 551-1 du code de justice administrative ni de prononcer l'annulation des actes détachables du contrat tels que les décisions rejetant une offre ou attribuant le contrat, ni de déclarer inconstitutionnels des dispositions légales telles qu'interprétées par le Conseil d'État.

Me Charrel a remis au juge des référés, dans leurs versions non occultées, les rapports d'analyse des candidatures et des offres ainsi que la note financière de l'offre de la SAS OMEGA + en application des dispositions combinées des articles R. 611-30 et R. 412-2-1 du code de justice administrative.

La clôture de l'instruction a été, à l'issue de l'audience publique, fixée au 6 août 2020 à 18h.

Le 6 août 2020, dans les deux instances, un mémoire a été enregistré respectivement pour la commune de Toulon et la société ALG ainsi que des pièces complémentaires pour la société requérante. Ils n'ont pas été communiqués.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS OMEGA + était attributaire d'une précédente délégation de service public d'exploitation de salles de spectacles pour satisfaire les besoins 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. Puis, par une lettre du 29 avril 2020, la commune a demandé à la société requérante si elle acceptait la prolongation de la validité de son offre. Enfin, 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 de Toulon 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.

2. Les requêtes susvisées n° 2001913 et n° 2001999, présentées par la SAS OMEGA +, ont le même objet et ont fait l'objet d'une instruction commune. Il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul jugement.

Sur la recevabilité :

3. Il n'entre dans l'office du juge des référés précontractuels tel que défini par l'article L. 551-1 du code de justice administrative précité ni de prononcer l'annulation des actes détachables du contrat tels que les décisions rejetant une offre ou attribuant le contrat, ni de se prononcer sur le caractère inconstitutionnel d'une disposition légale ou de son interprétation par le Conseil d'Etat, ainsi que le juge des référés en a informé les parties à l'audience publique. Il n'appartient pas davantage au juge des référés statuant sur ce fondement d'ordonner la communication du dossier de candidature déposé par la société concurrente, de la méthode de notation ou des rapports d'analyse des offres, ainsi que le font valoir la commune de Toulon et la société ALG. Dès lors, il y a lieu de rejeter les demandes tendant à l'annulation de la décision du 23 juillet 2020 rejetant l'offre de la SAS OMEGA + ainsi que de celle attribuant le contrat à la société Arts et Loisirs Gestion, à déclarer inconstitutionnels les articles R.3125-1 et R.3125-3 du code de la commande publique, tels qu'interprétés par le Conseil d'Etat dans sa décision n° 363342 « *Métropole Nice Côte d'Azur* » du 18 décembre 2012 et à la communication du dossier de candidature déposé par la société ALG, de la méthode de notation et des rapports d'analyse des offres.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

4. 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* ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *I. - Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* ». Selon l'article L. 551-10 du même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)* ».

5. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration. En vertu de cet article, 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Dès lors, il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne la régularité de l'offre de la société Omega + :

6. Aux termes de l'article L. 3124-2 du code de la commande publique : « *L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées.* » Selon l'article L. 3124-3 du même code : « *Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.* » Un candidat dont l'offre est irrégulière et doit être rejetée pour ce motif, n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque, sauf si cette irrégularité est le résultat de l'un de ces manquements.

7. La commune de Toulon soutient que l'offre de la SAS OMEGA + serait irrégulière parce que, d'une part, le compte d'exploitation prévisionnel ne comprenait pas les travaux mis à la charge du concessionnaire, et parce que, d'autre part, son offre proposait le versement par la ville d'une subvention toutes taxes comprises (TTC). Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction et notamment pas du règlement de la consultation que la commune de Toulon a entendu inclure ces éléments dans les conditions et caractéristiques minimales de la délégation de service public objet du litige, la production d'un compte d'exploitation prévisionnel n'ayant été mentionné qu'au titre des éléments d'appréciation pris en compte pour l'application des critères de sélection. Par suite, la commune de Toulon n'est pas fondée à soutenir que l'offre de la société Omega + serait irrégulière et que les manquements qu'elle invoque ne seraient pas susceptibles de l'avoir lésée.

En ce qui concerne le caractère incomplet et irrecevable de l'offre de la société attributaire :

8. Aux termes de l'article L. 3123-20 du code de la commande publique : « *Est irrecevable une candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles L. 3123-1 à L. 3123-14, L. 3123-16 et L. 3123-17 ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de la présente section.* »

9. La société requérante, qui a un intérêt à conclure le contrat au sens des dispositions sus-rappelées de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, soutient que la commune de Toulon était tenue d'écarter la candidature de la société ALG comme irrecevable dès lors qu'elle serait incomplète et irrégulière.

10. D'abord, il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des candidatures du 19 novembre 2019 dans sa version versée au débat contradictoire et du procès-verbal de la commission de concession et délégation de service public du 20 novembre 2019 que la société ALG a présenté l'ensemble des pièces constitutives du dossier de candidature prévues à l'article 4.1. du règlement de la consultation et plus particulièrement les comptes de résultats des trois derniers exercices.

11. Puis, il est constant que le dirigeant de la société ALG dispose de la licence d'entrepreneur relative à l'exploitation de lieu, à la production et à la diffusion de spectacles (catégories 1, 2 et 3) et d'une attestation de formation spécifique à la sécurité des spectacles. La seule circonstance que la société attributaire exploite actuellement des salles de spectacles d'une capacité inférieure à celle du complexe cinématographique objet de la procédure de passation en litige ne révèle pas une capacité professionnelle insuffisante. Par ailleurs, elle se défend utilement en faisant valoir que son gérant a dirigé pendant six ans l'exploitation du Stadium de Vitrolles d'une capacité de 6 000 places dans le cadre d'une précédente délégation de service public.

12. Ensuite, il résulte également de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des candidatures du 19 novembre 2019 dans sa version versée au débat contradictoire, ainsi qu'il vient d'être dit au point 10 que la société ALG a produit à l'appui de sa candidature ses bilans des trois derniers exercices et a déclaré ses chiffres d'affaire pour la même période. Le règlement de la consultation ne prévoyait, s'agissant de la vérification des capacités des candidats au stade de l'examen des candidatures, aucun chiffre d'affaire annuel minimum. Le projet de contrat ne prescrivait aucun investissement financier important pour l'exploitation des biens immobiliers et mobiliers mis à disposition. Si la société ALG n'a pas produit à l'instance ses trois derniers bilans, elle précise qu'elle appartient au groupe Delta Conseil dont le chiffre d'affaire est estimé à 25 millions d'euros. Il ressort de l'extrait K-bis du 26 juillet 2020 produit à l'instance que le capital social de la société s'élève à 10 000 euros et qu'elle ne fait l'objet d'aucune procédure collective. La circonstance qu'une autre société qui comptait parmi ses associés le gérant de la société ALG et la société Delta Conseil a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée le 10 mars 2008 est sans incidence sur la capacité financière de la société ALG dans le cadre du présente litige.

13. Enfin, il ne résulte pas davantage de l'instruction et notamment du projet de contrat que la subvention prévue à son article 14 destinée à permettre le maintien et le développement des salles au service du public fixée de manière forfaitaire constante et hors champ TVA est contraire à la réglementation fiscale en vigueur. Par suite, la commune de Toulon a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, estimer que les garanties professionnelles et financières de cette société étaient suffisantes. Dès lors, le moyen tiré du caractère incomplet et irrégulier de l'offre de la société ALG ne peut qu'être écarté.

En ce qui concerne les critères d'attribution des offres :

14. Aux termes de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : « *Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers./ Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat./ Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire.* ».

S'agissant du caractère suffisamment exhaustif et précis des critères :

15. L'article 5.2. du règlement de la consultation définit trois critères pour l'évaluation des offres et précise ensuite les éléments au regard desquels ces critères seront appréciés. Le premier critère renvoie aux moyens mis en œuvre pour proposer aux usagers une programmation de qualité, le deuxième se rapporte 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 et le dernier concerne les conditions économiques et financières. Les différents éléments d'appréciation mentionnés spécifient avec une précision suffisante les attentes de l'autorité concédante et ne constituent pas, eu égard à leur nature respective et à l'absence de pondération ou d'hiérarchisation entre eux, des sous-critères. Dès lors, ils ne sont pas assimilables à de véritables critères de jugement des offres. En outre, il résulte de l'instruction et notamment du rapport de l'autorité habilitée à signer en vue de la saisine du conseil municipal dans sa version produite à l'instance que les critères ont strictement été appréciés au regard des éléments portés à

la connaissance des candidats dans le règlement de la consultation. Ainsi, la circonstance que la commune de Toulon a fait précéder l'énumération des éléments pris en compte au titre de chaque critère de l'adverbe « notamment » ne révèle pas une volonté d'ajouter au stade de l'analyse des offres d'autres éléments qui n'auraient pas été portés à la connaissance des candidats. Dès lors, le moyen tiré du caractère insuffisamment exhaustif et précis des critères d'évaluation des offres ne peut qu'être écarté.

S'agissant du premier critère :

16. La SAS OMEGA + soutient que le premier critère, relatif aux moyens mis en œuvre pour proposer aux usagers une programmation de qualité, serait irrégulier dès lors qu'il repose, entre autre, sur l'établissement d'une programmation prévisionnelle des candidats, non-contraignante et invérifiable. Il résulte toutefois de l'extrait du rapport de l'autorité habilitée à signer en vue de la saisine du conseil municipal qui lui a été communiqué le 23 juillet 2020 que la société requérante a obtenu la note maximale de 11 points pour la mise en œuvre de ce critère et que ses notes pour les deux autres critères étaient inférieures à celles de la société ALG. Ainsi, le manquement allégué n'a pas été susceptible de la léser. Au surplus, il ressort de ce même rapport que ce critère a été mis en œuvre pour apprécier l'ambition artistique, culturelle et sociale du candidat. Contrairement à ce que soutient la société Omega +, il n'avait pas vocation à être apprécié sur la base des seules déclarations des candidats, mais bien de références professionnelles antérieures, dont l'exactitude pouvait être vérifiée.

S'agissant du deuxième critère :

17. La SAS OMEGA + soutient encore que le deuxième critère, 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 sans lien avec le contrat. Toutefois, l'appréciation, faite de ce critère telle qu'elle ressort notamment du règlement de la consultation qui vise clairement à apprécier les actions en communication proposées et les moyens mis en œuvre pour l'exploitation et la promotion du site internet n'est pas manifestement étrangère à l'appréciation de la valeur technique de l'offre, ni, dès lors, à l'objet du marché. Ce critère n'est donc pas irrégulier en lui-même et apparaît au contraire comme étant de nature, combiné aux autres critères prévus, à permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

S'agissant du troisième critère :

18. Enfin, pour soutenir que le troisième critère, relatif aux conditions économiques et financières, serait irrégulier dès lors qu'il repose notamment sur l'établissement d'un compte d'exploitation prévisionnel sur cinq ans, la SAS OMEGA + se borne à demander au juge du référé précontractuel de vérifier la mise en œuvre de la méthode de notation de ce critère. L'article 5.2. du règlement de la consultation prévoit que le troisième critère sera apprécié au regard de quatre éléments d'appréciation : la politique tarifaire proposée, le montant de la subvention demandée, le mode de calcul pour la part variable de la redevance et la présentation « *d'un compte d'exploitation prévisionnel sur cinq ans accompagné des sous-détails relatifs à la masse salariale et au chiffre d'affaire établi en corrélation avec la politique tarifaire.* » Ainsi, ce critère ne donnait pas lieu à une évaluation sur la base des seules déclarations des candidats, mais bien des engagements contractuels qu'ils consentaient, notamment en matière de redevance, d'investissement ou de conditions tarifaires, et sur la base de garanties financières fournies par les candidats, dont la commune pouvait contrôler l'exactitude. Au surplus, il résulte de l'instruction et notamment du rapport de l'autorité habilitée à signer en vue de la saisine du conseil municipal dans sa version produite à l'instance que la commune de Toulon a accordé la

même valeur à chacun de ces quatre éléments d'appréciation qui ne constituent pas des sous-critères ainsi qu'il a été dit au point 15. Il résulte également de l'instruction que la SAS OMEGA + a obtenu un 1 point ramené à 1,33 points après amplitude au titre du critère 3 et la société ALG 3 points ramenés à 4 pour un total de respectivement de 16,08 et de 18,28 points, l'offre de la société requérante ayant été jugée moins avantageuse concernant le montant de la redevance et ses comptes insincères. Ainsi, même en attribuant un point supplémentaire à la société Omega + au titre de cet élément d'appréciation, soit 2 points pour le critère 3, ramené à 2,66, elle n'aurait obtenu qu'un total de 17,41 ne lui permettant pas de se placer en première position. Dans ces circonstances, le manquement invoqué n'aurait pas été susceptible de léser la société requérante.

En ce qui concerne la négociation des offres :

19. Aux termes de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique : « *Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat./ La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.* »

20. La SAS OMEGA + fait grief à la commune de Toulon de n'avoir pas précisé les conditions et caractéristiques minimales non négociables. Il résulte de l'instruction que, dans les documents de la consultation, l'objet de la délégation de service public était très précisément défini, quant à sa nature et à sa durée, aux conditions de reprise du personnel ainsi qu'au contexte financier. Les soumissionnaires pouvaient ainsi identifier l'ensemble des caractéristiques minimales non négociables de la concession. Si l'article 5-3 du même document indique que « *Après avis de la commission de concession, la commune de Toulon peut engager des négociations avec le ou les candidats de son choix* », cette indication doit être comprise non comme signifiant qu'il n'y aurait aucun élément non négociable, mais que dans le cadre légal qui exclut certains éléments de la négociation, toutes les aspects de l'exploitation proposée pourront être discutés, qu'il s'agisse d'éléments artistiques, techniques ou financiers. Par suite, la circonstance que ces documents n'indiquaient pas de façon expresse et exhaustive l'ensemble des éléments non négociables n'était pas de nature à léser la société requérante qui n'indique au demeurant pas en quoi elle aurait pu être, sur ce point, induite en erreur.

En ce qui concerne l'analyse des offres :

S'agissant de la régularité de la notation des offres :

21. Si le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics, ces méthodes de notation sont toutefois entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Par ailleurs, cette méthode échappe en principe, sous réserve d'une erreur de droit ou d'une discrimination illégale, au contrôle du juge du référé précontractuel.

22. Pour contester la régularité de la notation des offres, la SAS OMEGA + soutient que la commune de Toulon a utilisé une méthode de notation par ratio, des sous-critères pondérés et

qu'elle a mis en œuvre des critères irréguliers. D'une part, il résulte de l'instruction que la commune de Toulon, sans avoir introduit des sous-critères, ainsi qu'il a été dit au point 15, a eu recours à la méthode dite d'amplitude de la note, conseillée par le ministère de l'Économie et des Finances dans son guide des prix d'avril 2013 qui consiste à porter, après que chaque offre a été notée individuellement, systématiquement et pour chaque critère, la meilleure note à la note la plus élevée, les notes suivantes, étant, selon une règle de trois, portées elles aussi à une valeur par référence à la meilleure note. D'autre part, ainsi qu'il a été dit aux points 16 à 18, les critères de sélection des offres ne sont entachés d'aucune irrégularité. Ainsi, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la méthode de notation retenue serait intrinsèquement discriminatoire ou de nature par elle-même à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération.

S'agissant de l'offre de la SAS OMEGA + :

23. Si la SAS OMEGA + entend soutenir que la commune de Toulon a dénaturé son offre, elle n'assortit pas un tel moyen des précisions suffisantes permettant d'en apprécier le bien-fondé.

En ce qui concerne les motifs du rejet de l'offre :

24. L'information sur les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dont est destinataire le soumissionnaire évincé de la procédure de passation d'une délégation de service public, en application combinée des dispositions des articles R. 3125-1 et R. 3125-3 du code de la commande publique, a notamment pour objet de lui permettre de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

25. Cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées à cet article a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

26. Il résulte de l'instruction que la SAS OMEGA + s'est vue communiquer, le 23 juillet 2020, le détail de la notation de son offre et de celle de l'attributaire, ainsi que le 31 juillet 2020 les motifs détaillés du rejet de son offre au regard des notes qu'elle avait obtenues pour chacun des trois critères. Dès lors, la société requérante a été mise à même de contester utilement son éviction dans le cadre de la présente instance. En conséquence, aucun manquement ne peut être retenu sur ce terrain à l'encontre du pouvoir adjudicateur.

27. Il résulte de ce qui précède que la SAS OMEGA + n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation relative à la délégation de service public pour l'exploitation des salles de spectacles Zénith Omega et Omega Live.

Sur les frais liés au litige :

28. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la SAS OMEGA + une somme de respectivement 1 500 euros au titre des frais exposés par la commune de Toulon et la SARL ALG et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la SAS OMEGA + est rejetée.

Article 2 : La SAS OMEGA + versera à la commune de Toulon la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La SAS OMEGA + versera à la SARL ALG la somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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 7 août 2020.

Le juge des référés,

signé

S.WUSTEFELD

La greffière,

signé

L.FOOR

La République mande et ordonne au préfet du Var, en ce qui le 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.

Pour expédition,

Le greffier,